

IMPRESO POR  
EDIT. CENTRO - INST. GRAFICO LTDA.  
BOGOTA

ARTURO VALENCIA ZEA

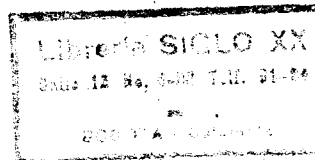
**DONADO POR**  
**Alejandro Martínez Caballero**

# CURSO DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO

III-IV

DERECHO DE FAMILIA  
EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

**DONADO POR**  
**Alejandro Martínez Caballero**



**LIBRERIA AMERICANA**  
EDITORA Y DISTRIBUIDORA DE OBRAS JURIDICAS  
BOGOTÁ

CALLE 12 N°. 6-02  
CARRERA 6ª. N°. 12-07

1946

TELEFONO N°. 192  
TELEGRAMAS: «AMERICANA»

REPUBLICA DE COLOMBIA  
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA  
PALACIO DE JUSTICIA

BELM-22774

•° INVENTARIO: \_\_\_\_\_

COMPRA \_\_\_\_\_ CANCELACION \_\_\_\_\_ DONACION

FECHA: 16 DIC. 2004

PRECIO: \_\_\_\_\_

PROCEDENCIA: Dr. Alejandro-

PAIS Martínez Caballero;

NUMERO  
CLASIFICACION

**III**

**DERECHO DE FAMILIA**

# PRIMERA DIVISION

## REGLAS FUNDAMENTALES QUE DOMINAN EL DERECHO DE FAMILIA

**1.—Plan general.**—Tres divisiones comprende esta parte: 1ª Reglas fundamentales que dominan el derecho de familia; 2ª Reglas especiales relativas a la familia proveniente del hecho del matrimonio (familia legítima); 3ª Reglas especiales relativas a la familia no proveniente del matrimonio (familia natural y adoptiva).

**2.—Bibliografía.**—a) E. Champeau y A. J. Uribe, Tratado de derecho civil colombiano, t. I, ed. de 1899; b) Planiol, Ripert y Andrés Rouast, Tratado práctico de derecho civil, t. II, La Familia, trad. esp. de Brusone, Díaz, ed. 1939; c) Fr. Consentini, Código Civil panamericano, L. II. Derecho de Familia, ed. 1922; d) R. de Ruggiero, Istituciones de derecho civil, trad. Serrano-Santa Cruz, t. II. 1931 (p. 657-970); e) L. Josserand, Cours de Droit Civil Positif Francais, t. I. (p. 387 s.), 3ª ed. 1938; f) Colin, Capitant y de la Morandiere, Cours de Droit civil francais, t. 1º 9ª ed. 1939; g) Demogue, Repetitions écrites de droit civil, 1933-1934; h) J. Bonnecase, SUPPLEMENT (Traité théorique et pratique de Droit civil, Braudry-Lacantiner), t. IV, 1928 (p. 632-791); i) V. Loewenwarter, Derecho civil alemán comparado, 2ª ed. 1943 (p. 531-615).

**3.—Definición.**— En un sentido restringido se entiende por familia el grupo social que se interpone entre el individuo y el Estado. Está constituida por los padres y los hijos. Pero en amplio sentido se entiende por familia el “conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por los lazos del parentesco” o, lo que es lo mismo: “conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje” (Dic. de la Real Academia). Nuestra ley hace producir algunos efectos a esta segunda definición de la familia (pensión de alimentos, transmisión de la herencia, etc.)

Mirando a la finalidad social que representa dentro de la colectividad la institución de la familia, es definida así por Bon-necase: "Es un organismo social de orden natural, que reposa sobre la diferenciación de sexos, la diferenciación correlativa de funciones, y que tiene por misión suprema asegurar la perpetua-ción de la especie humana y el modo de existencia que mejor con- venga a sus aspiraciones y caracteres específicos" (Supplément, IV p. 654).

4.—Las reglas fundamentales que dominan el derecho de fa- milia abarcará el estudio de estas cuestiones: 1ª—Los caracteres de la familia moderna; 2ª—El parentesco; 3ª—Efectos de las obligaciones provenientes del parentesco (especialmente la pen- sión de alimentos); 4ª—El patrimonio o bien de familia.

## SECCIÓN PRIMERA

### LOS CARACTERES DE LA FAMILIA MODERNA

5.—La familia moderna se orienta por ciertos caracteres que se han producido después de una larga evolución.

I.—*La monogamia.* Este estado que supone la unión de un solo hombre con una sola mujer no ha sido constante a través de los tiempos. Hoy día constituye un principio aceptado por los sistemas jurídicos de los pueblos occidentales. Su implantamiento se debe a las mayores ventajas que se obtienen para la sociedad como para la misma familia. En primer lugar la monogamia es más favorable a la conservación de la especie humana; determina y precisa mejor las obligaciones y deberes entre cónyuges y las de éstos para con los hijos; en segundo lugar contribuye al desarrollo de la propiedad individual, pues, según afirman los autores a cada fase de la organización de la familia corresponde una fase en la apropiación de los bienes; el paso de la poligamia a la monogamia corresponde a la transición de la propiedad común familiar a la privada. Finalmente la monogamia “es el índice del desarrollo de las actividades pacíficas y de la vida industrial”. (Consentini). Además, debe agregarse, que la monogamia es el estado natural de la familia, pues, “aún en el seno de la familia polígama una sola mujer se eleva sobre las demás y llega a ser la única dueña del hogar; la sola compañera del marido no solo en el cumplimiento de los ritos sino también en la administración de los negocios domésticos; ella sola adquiere el carácter de legítima, quedando las demás relegadas al rango de concubinas. Tal estado de cosas influye en la situación de los hijos: los de la primera mujer son legítimos, los demás quedan como bastardos, excluidos de la familia y de todo derecho de sucesión” (Consentini, *Filosofía del derecho*, ed. 1930, p. 226). Para más detalles sobre la constitución, evolución y fundamento de la familia: José D' Aguanno, *Génesis y Evolución del Derecho*, trad. de Dorado, 1943, p. 231-345.

6.—II.—**El debilitamiento del principio de autoridad.**—El principio de autoridad de la familia está representado por un poder de dirección que las costumbres y la ley le conceden al padre

sobre sus hijos y sobre su mujer. Antiguamente era pleno y absoluto. Respecto a los hijos la patria potestad se ejercía sobre la persona y bienes en forma acentuada, hasta el punto de que el padre tenía sobre el hijo el derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*). En cuanto a la mujer la potestad marital igualmente se ejercía sobre la persona y bienes; por la primera, la mujer debía obediencia y respeto absolutos a su marido; por la segunda, perdía su capacidad y pasaba a la categoría de los incapaces.

Mas estas dos potestades se han transformado notablemente en la época moderna. La patria potestad no se organiza ya como un principio absoluto de autoridad instituido a favor del padre, sino como un conjunto de derechos otorgados al jefe de la familia para que pueda cumplir con sus deberes; dicha potestad subsiste a favor del hijo y no del padre. En cuanto a la potestad marital ésta ya no se ejerce sobre los bienes de la mujer; sólo subsiste sobre la persona, pero considerablemente atenuada.

Esto ha hecho pensar a muchos juristas en el hecho de que nuestro tiempo asiste a una crisis de la familia; "después de haber estado dominada por el principio de autoridad, y por consiguiente de desigualdad, ella reclama hoy las ideas modernas de igualdad, de libre arbitrio, de libertad individual; después de ser el reflejo de un gobierno absoluto, ha devenido a ser una suerte de república doméstica" (Josserand, I, p. 389).

#### 7.—III.—El intervencionismo oficial en la familia—

El debilitamiento del principio de autoridad del marido trajo como consecuencia natural la intervención creciente de la autoridad en el seno de la familia. La autoridad judicial controla si es debidamente ejercida la patria potestad sobre los hijos; si se ejerce indebidamente se emancipa al hijo para someterlo a un régimen de representación; vigila si los esposos cumplen con sus deberes de hogar y los constriñe a su cumplimiento mediante severas sanciones. Igualmente la autoridad quiere que se dé a los hijos un minimum de educación; se decreta por los funcionarios de policía la supresión provisional de la obligación para la mujer de cohabitar con su marido cuando se hace imposible la paz doméstica o cuando la mujer corre grave peligro. Y aún se pide que se haga más intensa esa intervención de los poderes públicos, pues, la crisis del principio de autoridad dentro de la familia, sin reemplazarlo por otro, traería como consecuencia la dispersión y ruina de la familia, su decadencia y anarquía.

#### 8.—IV.—El carácter jurídico de los derechos de orden familiar.

En su gran mayoría son de orden público, constituyen reglas imperativas que no pueden ser derogadas por la voluntad de los miembros de la familia, especialmente los que miran a las

relaciones de orden personal o derecho de familia puro. Así, la obligación para la mujer de seguir el domicilio del marido, la de cohabitar con él, la del marido de socorrer a su mujer o viceversa, etc., son derechos y obligaciones que jamás pueden los cónyuges derogar de común acuerdo; cualquier cláusula en dicho sentido se mirará como no escrita. En el derecho de familia referente a los bienes (régimen económico matrimonial) existen reglas de orden privado, pero hay otras de orden público.

**9.—V.—Medidas de orden eugénico y social para el mejoramiento de la familia.**—Se predica el que la legislación controle y dirija la constitución y funcionamiento de las familias a fin de que cumplan con los altos fines sociales y morales que se les asignan. Esta nueva política debe realizarse por toda una serie de medidas, de las cuales las más importantes son:

1º—Control de las condiciones que deben reunir los candidatos al matrimonio para que éste sea “socialmente útil e impida uniones anormales, destinadas a dar descendencia también anormal, o a aumentar los casos de separación de cuerpos y de divorcio” (Consentini).

Uno de los requisitos fundamentales al respecto sería el del certificado médico prenupcial que deben presentar los novios para que su matrimonio sea autorizado, certificado que debe contener datos sobre la sana constitución mental y física de los contrayentes, sobre el estado y desarrollo de sus órganos genitales, etc.

2º—Los impedimentos del parentesco y de la impotencia son condiciones negativas de orden eugénico; “se conexionan no solamente con la finalidad fundamental del matrimonio, la procreación, sino también con un interés social altísimo: la formación de un contingente demográfico sano y vigoroso”.

En este sentido todas las legislaciones modernas prohíben la unión sexual de los parientes cercanos por ser contraria a la ley de cruzamientos y a la de selección. En cuanto a la impotencia manifiesta e incurable, el derecho canónico desde hace tiempo la considera como impedimento, invitando, así, a los legisladores a tenerla en cuenta.

3º—Las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias (sífilis, tuberculosis, lepra, demencia, enfermedades derivadas del alcoholismo, abuso de estupefacientes, etc.), son causales de divorcio en nuestra legislación, y en otras impedimentos para el matrimonio (art. 93, Nº 2º del código civil P.A.).

4º—La desproporción de edad entre los cónyuges superior a 20 años es causa de prohibición para el matrimonio en la legislación de Estonia y en algunos estados de Norte América, especialmente si el más joven de los esposos es apto para la procreación.

10.—Todas estas medidas y otras muchas tienden a proteger la familia y son un producto de las nuevas orientaciones sociales del derecho.

En Colombia la institución de la familia ha descansado sobre estas dos bases: *principio absoluto de libertad en el hombre y mujer para unirse en matrimonio o concubinato, y acentuado concepto cristiano de las uniones sexuales.*

Si la primera base no debe desaparecer, por lo menos, necesita ser mitigada y limitada por la regla de la responsabilidad en el cumplimiento de un *mínimum* de deberes para con la familia y para con la sociedad. Por la segunda base se limitó la familia a la formada según las prescripciones del derecho canónico, es decir, a la que tiene su fuente en el matrimonio, para dejar en desamparo la familia natural que reconoce como origen la "unión libre" o "concubinato". Pero la nueva legislación (Ley 45 de 1936) corrigió este concepto, organizando al lado de la familia legítima la familia natural; ambas tienen un mismo fundamento, una misma finalidad y con el tiempo tendrán una misma organización y una misma protección.

## SECCION SEGUNDA

### EL PARENTESCO

11.—En su más amplia acepción el parentesco es la relación o conexión que existe entre las personas que pertenecen a una familia. Como las fuentes de la familia son el matrimonio, la unión libre y la adopción se deduce que existen tres clases de parentescos: el legítimo, el natural y el civil. A su vez, como no son de igual naturaleza las relaciones existentes entre padres e hijos o relaciones de sangre, a las existentes entre la familia del marido y su mujer, y viceversa, parentesco que no tiene por base la sangre, es necesario distinguir el parentesco de consanguinidad que tiene por fundamento la sangre y el parentesco de afinidad que no tiene esta base.

12.—I.—**Parentesco de consanguinidad.**—Es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre. (art. 35 del c.c.).

a) Las personas que descienden las unas de las otras son los ascendientes y descendientes. Los descendientes de una persona son los hijos, nietos, biznietos, etc.; los ascendientes son los padres, abuelos, etc. Toda persona tiene ascendientes, mas no necesariamente descendientes.

b) Las personas que no descienden las unas de las otras pero que están unidas por los lazos de la sangre por provenir de un autor común (tronco o raíz) son los colaterales, como los hermanos, los primos hermanos, los tíos, los sobrinos, etc.

Los ascendientes y descendientes forman la línea directa o recta; y las que no descienden las unas de las otras la línea indirecta o transversal (arts. 41 y 42 del c.c.); como se ve la línea directa sólo comprende personas generantes y engendradas. El padre con el hijo se encuentran en línea directa; los hermanos en línea indirecta.

Tanto la línea directa como la indirecta puede ser paterna y materna. La paterna es la que abraza los parientes por parte del padre; la materna los parientes por parte de la madre (art. 45 del c.c.). Dos hermanos son parientes tanto por la línea pa-

terna como por la paterna; pero los hermanos medios sólo están unidos por una de esas líneas.

**13.—Los grados del parentesco.—Manera de determinarlos.**—Lo más importante en el parentesco de consaguinidad es determinar la proximidad o distancia entre las personas unidas por él. Esto se hace mediante los grados.

En la línea directa constituye un grado cada generación. Así el hijo está con su padre en primer grado de consaguinidad por la línea directa; el nieto con su abuelo en segundo grado de consaguinidad en la línea directa; en cuarto grado de consaguinidad por la línea directa se encuentra el biznieto respecto a su bisabuelo (art. 37 del c.c.).

En la línea indirecta o colateral se cuentan los grados por el número de generaciones que existen entre unos de los parientes hasta el tronco o raíz común, y luego partiendo de ésta hasta encontrar el otro pariente (art. 46 del c.c.). Más claro: los grados de parentesco entre parientes colaterales es igual a la suma de grados de la línea directa de cada uno de los parientes en cuestión, partiendo del autor común de donde extraen vínculos comunes de sangre. Así dos hermanos tienen un mismo padre y cada uno de ellos está con él en primer grado de consaguinidad por la línea directa, luego ellos entre sí en segundo grado de consaguinidad por la línea indirecta o colateral. El sobrino con un tío: el primero es nieto de un abuelo y por tanto dista dos grados por la línea directa; el segundo es hijo del que sirve de tronco o raíz común y sólo dista un grado; luego los sobrinos con sus tíos están en tercer grado de consaguinidad por la línea indirecta. Dos primos hermanos están en cuarto grado de consaguinidad, línea indirecta o colateral, porque cada primo es forzosamente nieto del tronco o raíz común de donde extraen lazos comunes de sangre.

#### **14.—Parentesco de consaguinidad legítimo e ilegítimo.**

Parentesco legítimo de consaguinidad es aquel en que todas las generaciones provienen del matrimonio, como entre dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos, que han sido hijos legítimos del abuelo común (art. 38 del c.c.).

Parentesco de consaguinidad ilegítimo es aquel en que una o más de las generaciones de donde resulta, no provienen del matrimonio sino de una unión libre o del concubinato; como entre dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común (art. 39 del c.c.).

La legitimidad conferida a los hijos por matrimonio posterior de los padres, produce los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de

dos hermanos que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en cuarto grado de consaguinidad indirecta o colateral legítima (art. 40 del c.c.).

Es bueno advertir que el parentesco legítimo de consaguinidad existe indefinidamente; pero el parentesco ilegítimo de consanguinidad se limita en la línea directa a un grado y en la indirecta a dos grados; lo que quiere decir, que desde el punto de vista jurídico no existen nietos naturales, ni primos hermanos naturales; sólo existen padres e hijos naturales y hermanos naturales. Continuamente la ley hace aplicación de esta regla cuidándose de no mencionar a los ascendientes y descendientes naturales, sino únicamente mencionado a los padres e hijos naturales.

**15.—II.—Parentesco de afinidad.**—Son los vínculos que se establecen entre marido y mujer respecto a los parientes consaguíneos del otro.

Este parentesco es legítimo e ilegítimo. Legítimo es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consaguíneos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consaguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consaguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consaguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad legítima en línea directa, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en línea indirecta, con los hermanos legítimos de su mujer (art. 47 del c.c.).

Parentesco ilegítimo de afinidad es el que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consaguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consaguíneos ilegítimos de la otra (art. 48 del c.c.). Así el padre legítimo está en primer grado de afinidad ilegítima por la línea directa con el concubino de una de sus hijas; un hermano natural del marido está en segundo grado de afinidad ilegítima por la línea indirecta con la mujer legítima de éste.

**16.—III.—Parentesco de adopción o civil.**—Parentesco civil es el que resulta de la adopción mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo, se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas (art. 50 del c.c.) y carece de toda importancia práctica.

**17.—Los grados limitan el parentesco en sus efectos legales.**—Los grados del parentesco son ilimitados; quién po-

drá decirnos el límite de nuestros ascendientes, es decir, llegar hasta el primer hombre y mujer de donde procedemos? En vista de esta sucesión indeterminada de parientes, especialmente en la línea indirecta o colateral actualmente vivos de una persona (ya que la naturaleza se ha encargado de poner un límite a los ascendientes actualmente vivos de una persona, hasta el punto de que generalmente sólo existen parientes en 2º grado y excepcionalmente en tercer grado) la ley, cuando trata de hacer producir efectos al parentesco, lo limita, es decir, dice, hasta qué grado de parentesco se producen esos efectos.

Los límites establecidos al parentesco, especialmente al de consanguinidad legítimo, son claros:

1º—La familia, en nuestra sociedad, regularmente está constituida por los padres y los hijos (parientes en primer grado consanguinidad línea directa y 2º grado consanguinidad línea colateral), y excepcionalmente por los abuelos de los nietos, los hermanos del padre y los primos hermanos (2º grado cons. línea directa, 3r. grado cons. línea colateral y 4º grado cons. línea colateral). Se puede, por tanto, establecer que difícilmente se encuentran familias, que dentro de su mismo seno y bajo el mismo techo, englobe parientes más allá del 4º grado de consanguinidad.

2º—Porque precisamente el parentesco de consanguinidad reposa en el hecho de que varias personas están unidas por los lazos comunes de la sangre. Y la experiencia médica enseña que los hijos respecto al padre sólo tienen el 50% de su misma sangre; y a medida que aumentan los grados la sangre común se disminuye notablemente, hasta llegar, según experimentos, a establecerse que la relación de la sangre entre consanguíneos en 4º grado es del solo uno por ciento; del uno por 264 entre parientes en 6º grado y del uno por 364 en el 8º grado.

**18.—El parentesco de consanguinidad produce efectos hasta el 4º grado por la línea colateral o indirecta.**—El principal efecto del parentesco se traduce en la vocación sucesoral a los bienes de una persona por causa de muerte. Los herederos son precisamente los parientes más próximos del difunto. A este respecto en el sistema del código (art. 1.049) se establecía el límite de los parientes consanguíneos por la línea colateral hábiles para recibir la herencia de una persona hasta el octavo grado; posteriormente la Ley 153 de 1887 en su art. 87, Nº 2º amplió ese límite hasta el décimo grado; pero la Ley 60 de 1935 realizó una importante reforma a este respecto; el art. único de dicha ley estableció: "Los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del cuarto grado". La ley no necesita limitar el parentesco de consanguinidad por la línea

directa, ya que es la misma naturaleza la que se encarga de limitarlo; este parentesco se extiende a lo más hasta el tercer grado de parientes actualmente vivos de una persona.

Y para los demás efectos que nuestras leyes señalan al parentesco rara vez se extiende más allá del 2º grado de consanguinidad por la línea colateral.

En cuanto al parentesco de consanguinidad ilegítimo ya dijimos de cómo la ley no ve parientes más allá del primer grado por la línea directa y del segundo grado por la línea colateral o indirecta.

## SECCION TERCERA

### EFFECTOS PRINCIPALES DEL PARENTESCO. OBLIGACION DE ALIMENTOS

19.—Múltiples efectos se han señalado al parentesco, principalmente al de consanguinidad.

a) *Punto de vista penal.*—1º El art. 37, Nº 4º del código penal considera como circunstancia de mayor gravedad para quien comete un delito las relaciones de parentesco que existan entre el delincuente y el ofendido.

2º—El art. 357 del mismo código al sancionar el delito de incesto, limita el parentesco a la línea directa tanto del de consanguinidad como del de afinidad; y en la línea colateral o indirecta hasta el 2º grado, es decir, entre hermanos y hermanas; por tanto el acceso carnal entre tío y sobrina y entre primo hermano y prima hermana no constituye delito en razón del parentesco.

3º—El art. 363, Nº 1º del código penal establece que el homicidio toma la denominación de asesinato, y es castigado más fuertemente, cuando se comete contra ascendiente o descendiente consanguíneo legítimo o natural, o contra el cónyuge o hermanos, o pariente afín en línea directa o recta en primer grado (suegro o suegra, yernos).

4º—Igualmente los arts. 226 y 227 del código de pr. penal hacen algunas aplicaciones del parentesco.

b) *Punto de vista civil.*—Es en donde se producen los mayores efectos del parentesco, como en materia de sucesiones, lo que se estudiará en otra parte. Por ahora vamos a estudiar ciertos deberes de asistencia que se deben por la ley los parientes y conocidos con el nombre de obligación de dar alimentos (título 21 del L. 1º del c.c.).

Se suele estudiar esta obligación al lado de la familia legítima; pero es necesario tener en cuenta que esta obligación se extiende también sobre los padres e hijos naturales como sobre los padres e hijos adoptivos. Por tanto su fuente directa es el parentesco.

El estudio de esta obligación comprende estos puntos: 1º En favor de qué parientes existe; 2º Cuál es su cuantía y cómo se

determina; 3º Mediante qué procedimiento se obtiene y sanciones en caso de incumplimiento. y 4º Naturaleza jurídica de esta obligación.

1.—*En favor de qué parientes existe la obligación de alimentos.*

20.—Esta obligación no es otra cosa sino la sanción de ciertos deberes de la moral: deber de asistir a los padres, a los hijos, al cónyuge, a los hermanos. Ella surge cuando un pariente que tiene derecho a ella se halla materialmente pobre en forma que difícilmente puede proveer a su sustentación. Las personas que tienen derecho a alimentos son muy pocas y se hallan taxativamente enumeradas en la ley, y son: 1º El cónyuge; 2º los descendientes, tanto legítimos como naturales (arts. 411 del c.c. Nos. 2º y 5º, modificado por la Ley 45 de 1936, art. 25); 3º los ascendientes legítimos y naturales (arts. 411, Nº 3º y 6º, y 25 de la Ley 45 de 1936); 4º los hijos adoptivos; 5º los padres adoptivos; 6º los hermanos legítimos; y 7º el que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

21.—I.—*Alimentos al cónyuge.*—Es una consecuencia natural del matrimonio, una de las obligaciones que nacen de él, como lo es la de “socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida” (arts. 176 y 179 del c.c.). En principio estas disposiciones son claras: el cónyuge que tenga bienes debe no solamente dar alimentos al otro sino además socorrerlo, darle habitación, vestuario y proveer a sus necesidades más elementales.

Si la obligación de dar alimentos se contempla en los arts. 176 y 179 del código, qué objeto tiene el repetir dicha obligación en los numerales 1º y 4º del art. 411 del mismo código? Y si tenemos en cuenta que el Nº 1º del 411 establece que se deben alimentos al cónyuge (tanto a marido como mujer) y el Nº 4º del mismo art. establece que se deben alimentos a la mujer divorciada sin culpa suya, las cosas se complican. Si no existiese este último numeral podría interpretarse el Nº 1º en el sentido de que la obligación de dar alimentos, y sólo alimentos, tiene cabida cuando por cualquier causa, y sin romperse el vínculo matrimonial, los cónyuges se hallan separados; y los arts. 176 y 179 del código se aplican a los casos en que los cónyuges no se hallen separados. (No obstante Champeau y Uribe afirman que el Nº 1º del 411 se aplica al caso normal del matrimonio y el 4º al caso de separación, siendo de advertir que entonces jamás tiene derecho el marido a alimentos, y la mujer sólo cuando la separación no ha sido por culpa suya: interpretación odiosa e inequitativa, que es necesario rechazar en nombre del buen sentido y de la lógica más elemental).

Lo que pasa es que existe una evidente contradicción entre los arts. 176 y 179 del código por una parte y el 411 por otra. Dicha contradicción es necesario destruirla, no recurriendo a una presunta voluntad del legislador que no es posible encontrar, ni pretendiendo hacer producir a todos esos artículos legales efectos de alguna naturaleza, como lo pretendieron los autores exégetas, inventando al respecto las más casuísticas y aventuradas interpretaciones. Se debe buscar una interpretación que no contrarie los dictados de la equidad y que haga útil y justa la ley en su aplicación. Para ello es necesario tener en cuenta:

1º—Los arts. 176 y 179 del código civil se refieren al caso normal del matrimonio, es decir, cuando los cónyuges hacen vida común; el art. 411, o sea la obligación concreta de dar alimentos, se debe aplicar a los casos anormales, es decir, cuando por cualquier circunstancia los cónyuges sé hallen separados. Desde este punto de vista no existe contradicción entre los arts. 176, 179 y 411 en su aspecto general.

2º—Pero aún así cómo interpretar el Nº 1º y el 4º del art. 411 del código? No en otra forma sino así: tanto el marido como la mujer separados sin culpa tienen derecho a alimentos; en consecuencia debe mirarse como no escrito el numeral 1º del art. 411 del c.c., y extender por analogía el numeral 4º al caso del marido divorciado sin culpa suya.

3º—Además del divorcio puede haber separaciones entre los cónyuges, como las ordenadas provisionalmente por los funcionarios de la policía, para los casos en que alguno de los cónyuges corra grave peligro por el cumplimiento de la obligación de cohabitar. En ese caso también existe la obligación de prestar alimentos.

4º—Debe entenderse que la obligación de dar alimentos existe a favor del cónyuge que no haya originado la separación por su culpa, aunque haya sido la causa de ella. Si uno de los cónyuges por enfermedad contagiosa da lugar a la separación tiene derecho a los alimentos por parte del otro; mas no en el caso de abandono.

5º—La obligación de dar alimentos dura mientras dure el matrimonio; si éste se anula no existe la obligación. Sólo son cónyuges el marido y la mujer mientras estén unidos por el vínculo matrimonial.

**22.—Entre concubinos no existe esta obligación.**—Esto constituye, dentro del moderno derecho, una verdadera falla de la legislación. El código se ha preocupado de reglamentar la obligación para ascendientes naturales de cualquier grado, y no para el concubino o concubina; siendo así que más deber tiene un hombre de alimentar a la concubina que a un abuelo natural.

No obstante dentro del sistema del código existía una importante excepción a esta regla y era la contemplada en los arts. 330 y 414, inc. 2º El art. 330 establecía que en caso de raptó el raptor sería obligado a suministrar a la mujer raptada que quedare en cinta y llegare a ser madre, los alimentos que competieran a su rango social; estos alimentos eran congruos según el art. 414, inc. 2. Mas estas disposiciones legales fueron derogadas por el art. 65 de la ley 153 de 1887.

Empero, existe la disposición del art. 73 de la ley 153 de 1887 que establece que el raptor debe al hijo no solamente los alimentos necesarios, sino en cuanto fuere posible los que competan al rango social de la madre. Mas estos alimentos en principio se deben al hijo y no directamente a la madre raptada; por eso es hoy innecesaria en presencia del texto del art. 25 de la ley 45 de 1936.

**23.—II.—A los descendientes legítimos, hijos naturales y a su descendencia legítima.** —Los numerales 2º y 5º del art. 411 del código reglamentan esta obligación; se reglamentó en numerales distintos porque dentro del sistema del código eran de diferente naturaleza los alimentos a que tenían derecho los descendientes legítimos a los que tenían los hijos naturales y su descendencia legítima. Los primeros tenían derecho a alimentos congruos, los segundos a alimentos simplemente necesarios. Pero el art. 25 de la Ley 45 de 1936 estableció que también los hijos naturales y sus descendientes legítimos tienen derecho a alimentos congruos. Por tanto desaparece el motivo para enunciar en numerales separados unos y otros descendientes; en esta forma quedó modificado el art. 414 del código.

Al paso que los descendientes legítimos tienen derecho siempre a alimentos, sin tener en cuenta el grado que los separe del ascendiente, no así tratándose de la descendencia ilegítima; aquí los alimentos no se deben sino a los descendientes naturales en primer grado o sea a los hijos; no se deben a los descendientes naturales en 2º, 3º, etc., grados o sea los nietos, biznietos naturales. Pero los descendientes legítimos de un hijo natural sí tienen derecho a alimentos. Aplicaciones: 1. Los padres naturales deben siempre alimentos a sus hijos naturales; 2. No deben alimentos a los hijos naturales de sus hijos o sea a los nietos naturales; 3. Deben alimentos a los hijos legítimos de sus hijos naturales o sea a sus nietos (que aunque naturales, no obstante son hijos legítimos); 4. Los abuelos no deben alimentos a los nietos que son hijos naturales de uno de sus hijos legítimos.

24.—Parece innecesario que la ley reglamente esta obligación de dar alimentos en los arts. 411 y ss. del código; ella no queda acaso comprendida entre las obligaciones de quien ejerce

la patria potestad, y especialmente en los arts. 253 y 260 del código? Si bien es verdad que el título 12 del libro primero del código reglamenta la obligación de dar alimentos, junto con la de educar y sostener a los hijos legítimos y naturales, no obstante la reglamentación del título 21 no puede mirarse como simple repetición. Esta última (arts. 411 y s.), es más amplia y extensa que la primera: 1º La del título 12 (art. 253 y 260) sólo se extiende sobre los descendientes en primer grado o sea sobre los hijos; la del título 21 abarca a todos los descendientes legítimos, y a la descendencia legítima de los hijos naturales; 2º La del título 12, por regla general sólo se extiende sobre los hijos menores de edad; la del título 21 abarca a los hijos de cualquier edad; 3º La del título 12 tiene por fundamento la patria potestad; la del título 21 tiene por fundamento el parentesco.

**25.—III.—Alimentos a los ascendientes tanto legítimos como naturales.**—Los numerales 3º y 6º del art. 411 del c.c. reglamentaban esta obligación a favor de los ascendientes legítimos y de los padres naturales. A los primeros correspondía alimentos congruos y a los segundos alimentos necesarios. Pero el numeral 6º de dicho artículo, fue modificado por el art. 25 de la Ley 45 de 1936 en dos sentidos: 1. La obligación de dar alimentos se extendió a los ascendientes naturales de cualquier grado (padres, abuelos, etc., naturales); 2. Se estableció que dichos ascendientes tienen derecho a alimentos congruos lo mismo que los ascendientes legítimos. Por tanto quedaron equiparados los ascendientes naturales a los ascendientes legítimos tanto en el alcance de la obligación como en la cuantía, motivo por el cual no se justifica reglamentar esa obligación en dos numerales (el 3º y 6º del art. 411 del c.c.).

**26.—IV.—A los hermanos legítimos.**—Es bueno advertir que el parentesco de consanguinidad no produce efectos por la línea colateral; por tanto un hermano natural jamás debe alimentos a otro hermano natural. (Nº 9º, art. 411 c.c.).

**27.—V, VI y VII.**—A los hijos adoptivos, a los padres adoptivos, y al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada. Nos. 7º, 8º y 10 del art. 411 del c.c.). Estos casos rara aplicación tienen.

*II.—Cuantía de los alimentos y condiciones para tener derecho a ellos.*

**28.—I.—Determinación de la cuantía.**—Existen dos clases de alimentos: congruos y necesarios. Congruos son los que ha-

bilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a la posición social. Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida (art. 413 del c.c.).

Los alimentos congruos pueden variar notablemente según la categoría de la persona que tiene derecho a ellos; en cambio los necesarios tendrán cierta uniformidad, porque lo que una persona necesita para alimentarse es generalmente de igual valor para todo sér humano.

Unos y otros son tasados por el juez habida consideración de las circunstancias: los primeros mirando a la posición social del alimentado, los segundos a su constitución física y al valor que tienen las cosas en el lugar donde vive.

El valor de unos y otros alimentos tienden a coincidir en las clases proletarias, las que generalmente viven de los estrictamente necesario; su valor empieza a separarse según el grado de la posición social del alimentado.

**29.—Valor común en la obligación alimentaria.**— La palabra alimentos no es equivalente a la comida; ella tiene un sentido más amplio. Así, la última parte del art. 413 del código establece que tanto los alimentos congruos como los necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 21 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

Y si bien es cierto que los mayores de 21 años no tienen derecho a ser educados y establecidos en un arte o profesión, tampoco respecto a ellos puede establecerse que los alimentos coincidan con la comida. Ni siquiera respecto a los alimentos simplemente necesarios puede hacerse dicha afirmación, ya que la definición de esta clase de alimentos es la de aquellas cosas que una persona necesita para sustentar la vida, y una persona no sólo vive con lo que come. Por tanto los alimentos, tanto los congruos como los necesarios, comprenden el vestido, la habitación, los gastos médicos que necesite una persona, los gastos de última enfermedad, etc. (V. Planiol, Ripert, Rouast, t. II. La familia. p. 33 y ss.).

**30.—A qué personas se deben alimentos congruos y a cuáles necesarios.**—Alimentos congruos se deben al cónyuge divorciado o separado sin culpa suya, a los descendientes legítimos, a los hijos naturales y a su descendencia legítima, a los ascendientes (tanto legítimos como naturales). Alimentos simplemente necesarios se deben a los hermanos legítimos, al padre e hijos adoptivos y al que hizo una donación cuantiosa (arts. 414 del c.c. y el art. 25 de la Ley 45 de 1936).

Esta división de los alimentos obedece al grado de parentesco: los parientes consanguíneos legítimos o naturales por la línea directa tienen derecho a alimentos congruos y además el

cónyuge divorciado sin culpa suya; los demás parientes sólo tienen derecho a alimentos necesarios.

**31.—En qué caso los alimentos congruos se reducen a los necesarios y en qué caso cesa la obligación.**—Cuando el alimentario comete una injuria grave contra el alimentante, se convierten los alimentos congruos en necesarios. Y para este caso concreto constituye injuria grave “los delitos leves contra cualquiera de los derechos individuales de la misma persona que debe los alimentos” (art. 414 del c.c.).

En el caso de injuria atroz cesará enteramente la obligación de prestar alimentos (art. 414 del c.c.). Constituye injuria atroz los delitos graves y aquellos delitos leves que entrañen ataque a la persona del que debe alimentos. Todo delito, por leve que sea, si se comete contra la persona del alimentante constituye siempre injuria atroz; los únicos delitos que admiten el ser clasificados en injuria grave y atroz, son aquellos que sin atender contra la persona del alimentante, atentan contra alguno de sus derechos individuales. ¿Qué delitos atentan contra la persona? Todos aquellos que como tal no sólo implican un ataque material a ella como el homicidio y las lesiones personales, sino, además, el secuestro, la violencia carnal, etc., los delitos que atentan contra alguno de los atributos de esa persona como la calumnia, la injuria, etc. En cambio el hurto, la estafa, el robo, el abuso de confianza, etc., son delitos que atentan únicamente contra alguno de los derechos patrimoniales del alimentante. La determinación de cuándo un delito es injuria grave o atroz queda al arbitrio del juzgador, puesto que la ley no ha indicado ningún criterio al respecto.

**32.—II.—Condiciones para tener derecho a los alimentos.** Son tres: a) Existencia del lazo de parentesco. b) Que el petionario carezca de réntas para alimentarse, y c) Que el alimentante las tenga.

a) Quien aspire a la obligación de alimentos debe acreditar los lazos de parentesco que lo ligan con la persona a quien los pide. La enumeración de los arts. 411 del código y 25 de la Ley 45 de 1936 no es arbitraria; ella indica que en caso de que una persona necesite alimentos y tenga varias personas de quien los pueda reclamar debe dirigirse en primer lugar a los descendientes; si éstos no existieren o no estuvieren en posibilidad de prestarlos debe dirigirse a los ascendientes próximos; a falta de unos y otros a los hermanos legítimos. Pero el varón o mujer casados debe dirigirse en primer término a su cónyuge (art. 416 del c.c.). Cabe preguntarse: en caso de que una persona se haga indigna de obtener alimentos respecto a un pariente podrá dirigirse a otro? ¿Podrá, por ejemplo, la mujer divorciada por adulterio,

pedir alimentos a los hijos o a los padres? La ley no ha dicho nada al respecto como tampoco la jurisprudencia. Es necesario dar una solución afirmativa, con fundamento en que toda persona por depravada que sea tiene derecho a vivir, y en que la causa de indignidad es sólo relativa respecto a una persona, y no respecto a todas. Igualmente en el caso de que una persona tenga varios parientes de regulares recursos y ninguno pueda por sí mismo proveer convenientemente a los alimentos, deberán contribuir todos en la forma que pudieren hasta completar la pensión de alimentos.

Jamás se puede ser titular de dos pensiones alimenticias a la vez.

**33.—b) Que el peticionario carezca de lo necesario para vivir.**—Es necesario acreditar que el peticionario carece de rentas, salario o sueldo con qué sostenerse, pues, los alimentos no pueden ser jamás un motivo para que se enriquezca el alimentario. ¿Cuándo a una persona le hacen falta los recursos necesarios para vivir? Esta es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los jueces. Mas en todo caso pueden al respecto hacerse algunas indicaciones:

1ª—La indignicia y pobreza de una persona debe ser apreciada de acuerdo con las rentas que tenga, cualquiera que sea su origen, y no de acuerdo con el valor de sus bienes. Un individuo que puede procurarse de qué vivir, trabajando, no tiene derecho a alimentos, aunque no tenga bienes; no es tampoco necesario que esa profesión lucrativa sea ejercida de hecho; basta que su ejercicio sea posible. En cambio, un individuo que posea bienes importantes, pero que no pueda obtener rentas de ellos, tendrá derecho a alimentos; el deudor no puede pretender que se le obligue a venderlos para procurarse una renta vitalicia suficiente; la necesidad del acreedor consiste en la falta actual de rentas. Es preciso, sin embargo, que, en este caso, no se deba a culpa del alimentista la no enajenación de bienes improductivos (V. Planiol, Ripert, Rouast, II, p. 28).

2ª—No hay que tener en cuenta las causas culposas que puedan concurrir en el alimentado, como por ejemplo, los vicios que hayan producido su desdicha (Ibídem, p. 29).

3ª—No se requiere que al alimentista le hagan totalmente falta recursos para vivir; esa falta puede ser parcial, caso en el cual el alimentante no está obligado a pasarle alimentos "sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar su vida" (art. 420 del c.c.).

**34.—c) Que el alimentante tenga manera de pagar los alimentos.**—En la tasación de los alimentos se deben tener en cuenta las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas

(art. 419 del c.c.). Si sus rentas o salarios apenas le alcanzan para vivir será absuelto, o condenado en una suma exigua, aunque los alimentos a que tenga derecho el peticionario sean congruos. Igualmente debe tenerse en cuenta si el alimentante ya fue condenado a pagar alimentos a otro pariente.

*III.—Cómo se obtiene esta obligación y sanciones para su incumplimiento*

35.—La demanda para obtener alimentos debe ir acompañada de las pruebas necesarias en que se funde la obligación; y debe expresarse la cuantía y la forma en que deben ser satisfechos por el demandado (art. 831 del C.J.). Corresponde al juez determinar la cuantía y la forma en que hayan de prestarse, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en un Banco, y se restituya al alimentante o sus herederos luégo que cese la obligación (art. 423 del c.c.).

La sola demanda de alimentos puede producir algunos efectos. El primero y más importante es el señalado en el art. 417 del código que establece: Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos (según los trámites estatuidos en los arts. 831 y ss. del C. J.); podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria.

El segundo efecto es el derecho que en principio se concede al peticionario para retener definitivamente las pensiones provisionales de alimentos en caso de que obtenga sentencia desfavorable; pues, como establece el inc. 2º del art. 417 del código ese derecho cesa y por tanto hay obligación a la restitución cuando no haya habido fundamento plausible para obtener la pensión y no hubiere obrado de buena fe; ahora bien: la buena fe se presume y precisamente la pensión provisional se decreta cuando el juez encuentre fundamento plausible, lo que indica que hay obligación a la restitución sólo en el caso de que se acredite la mala fe o dolo.

En caso de dolo o mala fe para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que hayan participado en el dolo. (art. 418 del c.c.).

36.—**Desde cuándo se deben los alimentos y cuándo cesa la obligación.**—Los alimentos se deben desde la demanda y no desde el día de la ejecutoria de la sentencia (art. 421 del c.c.).

En general la tasación de alimentos se hace por cada mes y en dicho caso se pagarán anticipadamente (art. 421 del c.c.).

La obligación de dar alimentos termina cuando cesan las causas que la motivaron; así la adquisición por parte del alimentario de un empleo o renta hace cesar la obligación. Igualmente la muerte hace cesar ese derecho.

**37.—Sanciones para el incumplimiento de esta obligación.**—En nuestra ley positiva no existen sino sanciones de orden civil: el deudor incumplido puede ser ejecutado sobre sus bienes.

Mas estas sanciones son insuficientes, pues, la experiencia demuestra de cómo muchos deudores hacen traspasos simulados de sus bienes, es decir, se insolventan ficticiamente para hacer desaparecer la obligación. Por tanto debieran existir sanciones penales para estos casos. En el derecho francés, en donde existía el mismo sistema de nuestra ley, se llegó a la conclusión de que era insuficiente contra aquellos deudores sin escrúpulos, resueltos a sustraerse a la obligación de dar alimentos. "Fue necesario recurrir a medios enérgicos para vencer su inercia y asegurar así la ejecución de las más sagradas de las deudas: se hizo necesario añadir a las sanciones civiles una sanción penal suficientemente rigurosa para ejercer una presión sobre la voluntad del deudor recalitrante.

'Esta reforma se realizó por la ley de febrero 7 de 1924 cuyo tenor fue modificado por otra ley de abril 3 de 1928. Según los nuevos textos, la falta de pago de la pensión es constitutivo de un delito penal, el delito de abandono de familia; bien entendido que se trata no de un abandono material de la persona física del alimentado, sino de un abandono de orden pecuniario, de un abandono de socorro. El nuevo delito es castigado con prisión de tres meses a un año y multa de 100 a 2.000 francos... etc." (Josserand, I. pp. 645 y ss.).

Tarde o temprano nuestro legislador se verá abocado a seguir el camino seguido por el legislador francés.

#### *IV.—Naturaleza jurídica de la pensión de alimentos.*

**38.—La naturaleza de esta obligación de dar alimentos se configura por estos caracteres:** 1º Es una obligación personal tanto respecto al acreedor como del deudor; 2º Es una obligación cuya fuente directa es la ley y por tanto es de orden público.

1º—*Su carácter personal.*—Se manifiesta tanto respecto al deudor como del acreedor. Respecto al acreedor establece la ley que los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. Con todo ningún varón de aquellos

a quienes sólo se debe alimentos necesarios, podrá pedirlos después de que haya cumplido los 21 años, salvo que por algún impedimento físico o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare revivirá la obligación alimentaria (art. 422 del c.c.). En cuanto a los alimentos congruos se deben siempre sin distinguir la edad; salvo que desaparezcan las circunstancias que legitimaron la demanda. No obstante el carácter personal de esta pensión en caso de que al alimentario se hubieren anticipado pensiones y falleciese no podrá el deudor pedir la restitución de las anticipaciones consumidas y no devengadas (art. 421 del c.c. inc. 2º).

Consecuencias naturales del carácter personal de esta pensión respecto al acreedor son: a) El derecho a pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte (art. 424); b) No puede el acreedor hacer cesión de la pensión a otra persona a ningún título, ni oneroso (como la venta, permuta, etc.), ni gratuito (art. 424).

El carácter personalísimo de esta pensión se manifiesta respecto del deudor. 1º—Solo mientras viva está obligado a pagarla; después de su muerte no hay acción ninguna contra sus herederos; 2º—El deudor no puede compensar pensiones alimenticias al acreedor en razón de lo que éste le debe a él, por no tener esas otras acreencias el carácter personalísimo de la pensión de alimentos (art. 425 del c. c.).

No obstante esta regla de la personalidad de las pensiones alimenticias tanto activa como pasivamente comportan una excepción: respecto a las pensiones alimenticias atrazadas constituyen un derecho patrimonial despersonalizado, y por tanto pueden pasar a los herederos del acreedor quienes podrán demandarlas no solo del deudor, sino también a los herederos de éste; además pueden cederse a cualquier título y están sujetas a prescripción. Finalmente estas pensiones pueden ser compensadas por el deudor a otros créditos del acreedor (art. 426 del c. c.).

Si bien es cierto que la muerte del alimentante pone fin a la obligación para lo futuro y sus herederos no están obligados a continuar el pago de la pensión, distinta cosa sucede cuando se trata de pagar los plazos vencidos que no se hubieren reclamado en el momento de la defunción, pues, en este caso no se trata de hacer nacer una obligación, sino de ejecutar la obligación ya existente y no extinguida ( Planiol, R. y Rouast, II. p. 41).

**39.—2º.—Su carácter de orden público.**—Es una consecuencia de su carácter estrictamente familiar. Las consecuencias son: a) Es irrenunciable; toda cláusula que obre en sentido contrario se mirará como no escrita (art. 424 del c.c.); b) Es inembargable por los acreedores del titular de la pensión.

No obstante las pensiones atrasadas podrán renunciarse, pues, han entrado dentro del patrimonio y adquirido el carácter de los derechos patrimoniales.

La naturaleza especial de estas pensiones de alimentos se deriva de la misma ley; mas al lado de ellas pueden existir otras pensiones que deriven directamente de la voluntad de una persona, como en el caso de pensiones hechas por testamento o por donación entre vivos; dichas pensiones no se rigen por las reglas expuestas, sino por la propia voluntad del testador o donante (art. 427 del c. c.) y son esencialmente revocables y renunciables.

El art. 415 del código representa un anacronismo: quiso establecer que las personas que son incapaces de ser titulares del derecho de propiedad ( y no simplemente de ejercerlo) no lo son para recibir alimentos; se explicaba dentro del sistema primitivo del proyecto original de Bello que admitía la institución de la muerte civil; pero al adoptarse el código de Bello como ley nacional se suprimió dicha institución, por el cual debe mirarse como no escrita la regla del mencionado art. 415.

## SECCION CUARTA

### EL PATRIMONIO O BIEN DE FAMILIA

40.—Denomínase patrimonio o bien de familia la afectación especial de un bien al servicio de una familia legítima o natural. Esta institución es de origen americano y equivale al Homestead. En nuestra legislación se estableció por la ley 7ª de 1931.

Los caracteres generales del patrimonio de familia son:

A) Solo los inmuebles pueden afectarse como bienes de familia (art. 3º de la ley 70 de 1931). En consecuencia: 1º Todos los inmuebles pueden afectarse como bienes de familia: predios urbanos o rústicos, casas o simples lotes de tierra, etc. Los bienes muebles son refractarios a ser constituidos como bienes de familia. 2º El valor del inmueble no debe ser superior a diez mil pesos (\$ 10.000.000); no obstante el mayor valor del inmueble no se toma en cuenta; si el inmueble vale menos de esa suma puede adjuntársele otro u otros hasta completar ese valor. 3º El patrimonio de familia puede constituirse sobre varios inmuebles; en este sentido se quiere proteger la pequeña propiedad.

B) La constitución del patrimonio de familia debe recaer sobre el dominio pleno del inmueble o inmuebles; lo que indica que el inmueble no puede estar sujeto a condición resolutoria de ninguna clase, ni gravado con derechos reales (hipoteca, usufructo, etc), censos o anticresis, ni poseerse proindiviso con otras personas (art. 3º de la precitada ley). Pero las servidumbres a que esté sometido el inmueble no se tomarán en cuenta.

C) El beneficiario del patrimonio debe ser siempre una familia. Esta puede estar constituida por el marido, la mujer y los hijos menores, o de solo marido y mujer, o simplemente de un menor, o de dos o más menores que estén entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad legítima o natural (art. 4º de la citada ley). De donde se desprende:

1º—El patrimonio de familia no puede constituirse a favor de mayores de edad exclusivamente puesto que ellos no son hijos de familia, excepto el marido y la mujer.

2º—El patrimonio de familia no se organiza exclusivamente a favor de la familia legítima; se organiza también a favor de la familia natural en cuanto ésta tenga hijos naturales; no puede constituirse un patrimonio de familia a favor de los concubinos

simplemente, pero sí a favor de la madre natural y sus hijos o del padre natural y sus hijos, o del padre y madre natural y sus hijos, o de hijos naturales simplemente.

D) El patrimonio de familia puede ser constituido por cualquier persona, ya sea por un tercero, por el marido y mujer o por ambos conjuntamente, etc. (arts. 5º y 6º de la ley 70 de 1931).

**41.—Necesidad de la autorización judicial para la constitución del patrimonio de familia.**—Ya sea que se constituya el patrimonio de familia por acto entre vivos o por acto testamentario requiere necesariamente la autorización judicial dada con conocimiento de causa y previos los siguientes requisitos:

1º—Quien pretenda constituir un patrimonio de familia debe solicitar la autorización judicial por medio de memorial dirigido al juez del circuito en lo civil que corresponda a su domicilio en el cual se expresará: a) nombre y apellido, domicilio y profesión del constituyente si como de los beneficiarios; b) Si es casado o célibe tanto el constituyente como el beneficiario o beneficiarios; c) La determinación del inmueble o inmuebles por sus nombres, situación y linderos.

2º—A la demanda se deben acompañar estas pruebas: a) Las respectivas partidas del estado civil; b) Los títulos de propiedad del inmueble; c) Un certificado de libertad de 20 años y d) Una relación de los acreedores del constituyente o constituyentes si tienen (arts. 12 y 13 de la precitada ley).

3º—Cumplido lo anterior el juez admite la demanda y dispone: a) Emplazamiento de los acreedores que se crean con derecho a oponerse por edicto que debe durar treinta días; b) Notificación de la admisión de la demanda al beneficiario o representante legal para que dentro de 30 días diga si acepta o no; si guarda silencio se entiede que acepta. De esta diligencia se prescinde cuando la constitución del patrimonio se hace a favor de la propia familia del constituyente o de personas pertenecientes a ella. c) Publicación del edicto de emplazamiento por tres veces, por periodos de 30 días, si fuere posible en el periódico oficial de la región, o a falta de periódico en carteles fijados en lugares públicos, etc. d) Citación personal de los acreedores citados en la demanda para que dentro del término de tres días manifiesten si se oponen o no; e) Estimación del inmueble por peritos; f) De la demanda debe darse traslado al respectivo Agente del Ministerio Público (arts. 14 y 15 de la precitada ley).

Cumplidas las anteriores diligencias como las demás ordenadas por la ley el juez decide si otorga la licencia para la constitución del patrimonio de familia o la niega. En caso de autorización ordena: 1. Inscripción de la sentencia en el libro especial de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos que corres-

ponda a la ubicación del inmueble, dentro de los 90 días siguientes a su ejecutoria so pena de nulidad; 2. Cancelación de las inscripciones anteriores en el libro 1º o en el de causas mortuorias según el caso; 3. Protocolización del expediente en una notaría (art. 18 de la precitada ley).

#### **42.—Régimen jurídico del patrimonio de familia.—**

El bien constituido como patrimonio de familia queda afectado exclusivamente al servicio de la familia a favor de la cual se constituyó; para realizar dicha finalidad ese bien prácticamente sale del comercio. En consecuencia: a) No es embargable por los acreedores de los beneficiarios, ni siquiera en el juicio de quiebra. b) Ninguno de los beneficiarios puede hipotecarlo, ni gravarlo con otras clases de derechos reales ni con censos, anticresis, ni vendido con pacto de retroventa (arts. 21 y 22 de la precitada ley).

No obstante el propietario puede enajenar el bien constituido como patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien a su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o la cancelación se subordinan, en el primer caso, al consentimiento del cónyuge, y, en el segundo al consentimiento de los hijos, con intervención de un curador si lo tienen o nombrado por el juez (art. 23 precit. ley).

En caso de expropiación por utilidad pública y si entre los beneficiarios hay menores, el juez tomará las medidas conservatorias para que con el producto se compre otro inmueble y se afecte a patrimonio de familia.

Puede substituirse un patrimonio de familia por otro, pero si entre los beneficiarios hay menores, necesitan de sentencia judicial con conocimiento de causa (arts. 24 y 25 ib.).

En caso de destrucción del bien constituido en patrimonio de familia por incendio, inundación u otra causa que den lugar a indemnización, a la suma pagada por el asegurador o por la persona obligada a la reparación, se le aplican las reglas expuestas o sea que se destina a la compra de otro bien que quedará sometido al régimen del bien destituido (art. 26 ib.).

**43.—Extinción del patrimonio de familia.—**Sólo cuando los beneficiarios han alcanzado todos la mayor edad (art. 29 ib.).

**44.—Utilidad social del patrimonio de familia.—**Esta institución persigue una alta finalidad social y moral: que la familia disponga siempre de un determinado bien y dedique sus productos al sostenimiento del hogar, educación y crianza de los hijos. Se personifica la familia, se la eleva a una verdadera institución, y se le trata de proveer de recursos para que cumpla sus fi-

nes. Del progreso de la familia depende el progreso de la raza, de la sociedad y del Estado.

Empero esta es una cuestión más bien de educación y cultura de los habitantes de un pueblo, que de una institución jurídica. Tal vez este el motivo por el cual esta institución no haya entrado a las costumbres de las familias colombianas.

# SEGUNDA DIVISION

## LA FAMILIA LEGITIMA

### TITULO PRIMERO

#### EL MATRIMONIO

45.—La familia legítima tiene su única fuente en el matrimonio; éste crea entre los cónyuges dos sociedades; una de personas y otra de bienes. La primera es la más importante y abarca no sólo a los cónyuges sino además a los hijos. Todas las reglas que hacen relación a la sociedad de personas en su conjunto forman el denominado “Derecho de familia puro”. La sociedad de bienes se refiere al régimen de bienes de los esposos, es decir, a las relaciones de orden económico que se establecen entre marido y mujer con ocasión del matrimonio; las reglas que regulan esta sociedad reciben el nombre de “Régimen económico matrimonial”.

Estas dos sociedades, a pesar de tener ambas su fuente en el matrimonio son de diferente naturaleza.

1º—La sociedad de personas (vínculo matrimonial) no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges; en cambio la sociedad de bienes o sociedad conyugal se disuelve no solo en los casos de disolución del vínculo matrimonial, pues existen otras causales para su liquidación.

2º—Consecuencia natural es el de que a pesar de existir el vínculo matrimonial o sociedad de personas, puede no existir la sociedad de bienes (sociedad conyugal); pero esta última no puede existir sin vínculo matrimonial.

3º—La sociedad de personas es principal; la de bienes es accesorio, lo que indica que su existencia está condicionada a la de la primera. Toda ruptura del vínculo matrimonial acarrea la ruptura de la sociedad de bienes; mas la liquidación de ésta no implica rompimiento del vínculo.

46.—**Definición del matrimonio.**—Es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir

juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente (art. 113 del c. c.). De esta definición se deducen los caracteres generales del matrimonio:

I.—El matrimonio es un contrato, o sea el acuerdo de dos voluntades con el fin de crear derechos. No hay matrimonio sino cuando se expresa libremente el consentimiento de los contrayentes. Alguna doctrina ha criticado esta característica, afirmando que el matrimonio no es un contrato, pues, es de la esencia de los contratos el regular las partes como a bien tengan las obligaciones y el de disolverlos por mutuo acuerdo (art. 1602 del c. c.). Además todo contrato tiene un objeto, ¿y cuál sería ese objeto en el matrimonio? Si bien es cierto que un hombre y una mujer convienen en unirse, no obstante ellas no pueden decidir cuáles son las obligaciones que habrá de producir; dichas obligaciones están reglamentadas por la ley y son de orden público.

Pero nada obsta para considerar el matrimonio como un contrato de características especiales. Se diferencia de los demás contratos en que él no solo versa sobre bienes o cosas sino principalmente sobre personas; todos los demás recaen solo sobre cosas. Y como contrato principal de personas su naturaleza y reglamentación es distinta a la reglamentación de los contratos que solo versan sobre cosas.

1º—El contrato de matrimonio no está sujeto a las modalidades a que pueden estar sometidos los contratos de cosas. Celebrado empieza a producir todos sus efectos: no está sujeto a término o condición.

2º—Las partes contratantes no pueden modificar los efectos legales del matrimonio en cuanto a las personas: en cambio en los contratos de cosas sí se pueden modificar esos efectos.

3º—El matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los contrayentes; los demás contratos tienen distintas causales de disolución, y la muerte de uno de los contratantes no lo extingue sino que obliga a los herederos.

4º—En cuanto al sistema de nulidades es completamente diferente en tratándose del matrimonio, como lo veremos oportunamente (Champeau y Uribe, ob. cit. p. 156 y 157).

Pero pese a estas diferencias tan fundamentales entre los contratos que versan sobre cosas y el matrimonio, no obsta ello para negar al matrimonio la categoría de contrato. Y si bien es cierto que una vez celebrado no pueden los contrayentes modificar los efectos de él, en su base existe un acuerdo de voluntades sin el cual no pueden existir; toda persona es libre de casarse o no, pero si se casa se supone que por anticipado ha adherido a la reglamentación que de ese contrato hace la ley.

Desde este punto de vista puede compararse el contrato de matrimonio a los contratos de adhesión.

47.—II.—**Es un contrato solemne.**—La solemnidad hace el contrato; si se omite no hay matrimonio.

48.—III.—Solo pueden celebrar el matrimonio dos personas de sexo diferente, es decir, un hombre y una mujer. Es una consecuencia del principio de la monogamia predicado por nuestro derecho y de la finalidad de este contrato o sea el de la procreación.

49.—IV.—Los contrayentes en el matrimonio persiguen unos mismos intereses e ideales. En esto se diferencia de los contratos que recaen sobre cosas en donde las partes generalmente persiguen y representan intereses opuestos. El matrimonio representa una unión de personas, una asociación de ellas; los mismos juristas romanos habían puesto de relieve esta característica del matrimonio en fórmulas de alta nobleza y significado al definir el matrimonio como “consortium omnis vitae”; “divini et humani juris communicatio”.

La finalidad principal del matrimonio es la perpetuación de la especie humana: “procrear”. Gran número de expositores han llegado a criticar esta característica del matrimonio, advirtiendo que no siempre el matrimonio tiene esta finalidad, como en los casos de los matrimonios in extremis, el de personas de edad avanzada (Champeau y Uribe, p. 157). A esto se replica: si se trata de concubinos que tienen hijos y se casan in extremis para otorgar el beneficio de legitimación a sus hijos naturales, el matrimonio produce importantes efectos; revalida retroactivamente una unión ilegítima, la consolida para el futuro. Lo que justamente no se explica es la existencia de matrimonios entre personas de edad avanzada y que no tengan por efecto legitimar hijos habidos antes. Estos matrimonios debieran prohibirse, en nombre de la misma moral y de la alta finalidad social del matrimonio.

Aun se dirá: si la finalidad del matrimonio es la de procrear debieran anularse aquellos matrimonios en donde por esterilidad u otra causa se hace imposible la procreación, a pesar de tener cada uno de los cónyuges órganos sexuales apropiados. Si nuestra ley no consagra como nulidad esta causal sólo indica una imperfección; en todo caso debe aproximarse a este ideal.

En resumen: la finalidad del matrimonio ha sido y será siempre la de perpetuar la especie humana; en vista de esta finalidad se ha organizado y reglamentado en todo sistema jurídico. Del hecho de que no se saquen todas las consecuencias del principio, solo indica una imperfección en la ley, pero en manera alguna desvirtúa la verdadera finalidad del matrimonio.

50.—**En derecho colombiano el matrimonio es una institución tanto de la ley civil como de la ley eclesiástica.**—Siendo la religión católica la profesada por la casi totalidad de los

colombianos, la ley civil ha reconocido todos sus efectos a los matrimonios eclesiásticos celebrados según el rito católico (art. 12 de la ley 57 de 1887). Dicho matrimonio para que produzca la plenitud de los efectos civiles, tanto respecto a la persona de los contrayentes como de sus bienes, deberá celebrarse de acuerdo con las prescripciones del Concilio de Trento (art. 17 de la ley 35 de 1888). En consecuencia: la familia legítima en nuestro derecho tiene dos fuentes. Una en el matrimonio civil, el cual tiene la ventaja de ser general, es decir, que no se tiene en cuenta la profesión religiosa de los contrayentes, ni su nacionalidad; y la otra en el matrimonio que se celebra según la iglesia católica, el cual solo se autoriza para las personas que pertenecen al seno de esa iglesia.

Estas dos fuentes de la familia legítima son independientes la una de la otra: 1º Las personas que quieran contraer el matrimonio canónico deben someterse a los requisitos exigidos por la legislación canónica; los que quieran contraer el matrimonio civil deben someterse a los requisitos señalados por la legislación civil; 2º El sistema de nulidades de la ley civil se aplica a los matrimonios civiles; los matrimonios canónicos quedan sometidos al sistema de nulidades de la legislación canónica.

Mas esta independencia no es absoluta; porque produciendo efectos civiles el matrimonio eclesiástico, es solo por virtud de la ley civil; por tanto la autoridad pública tiene cierta intervención en dichos matrimonios.

**51.—Plan.**— Concretando nuestro estudio al matrimonio civil y a la intervención de la autoridad civil en el matrimonio eclesiástico, estudiaremos esta institución en función de los siguientes puntos: I. Condiciones para la celebración del matrimonio; II. Sanciones para el incumplimiento de las condiciones exigidas para el matrimonio; III. Efectos del matrimonio; IV Disolución del vínculo matrimonial y separación de cuerpos (divorcio); V. Intervención de la autoridad civil en los matrimonios eclesiásticos.

## SECCION PRIMERA

### CONDICIONES PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

52.—Las condiciones necesarias para la celebración y validez del matrimonio se traducen en la existencia de ciertos requisitos de fondo y de forma. Los requisitos de fondo hacen referencia a las condiciones que deben reunir los contrayentes en sí mismos considerados; los de forma hacen referencia al modo como se ha de celebrar el acto del matrimonio.

#### A).—LOS REQUISITOS DE FONDO

53.—Entre los requisitos de fondo hay unos que son positivos y otros que son negativos. Son requisitos o condiciones positivas: 1º La diferencia de sexo entre los contrayentes y 2º Existencia de capacidad en los mismos. Son requisitos o condiciones negativas: 1º Existencia de un matrimonio anterior en alguno de los contrayentes; 2º Vínculo de parentesco entre los contrayentes; 3º El plazo de viudez en la mujer y 4º Algunos casos especiales.

##### a) *Requisitos y condiciones positivas.*

54.—**Primer requisito: Diferencia de sexo en los contrayentes.**— Es de la esencia el de que las personas que contraen el acto del matrimonio tengan diferencia neta de sexos. La ley de manera expresa ha dicho que las dos personas que contraen matrimonio deben ser un hombre y una mujer. Y aunque nada se hubiese dicho en la definición de matrimonio, es un requisito exigido por la misma finalidad de esta institución.

¿De qué grado debe ser esa diferenciación de sexo? Los autores están acordes en decirnos que es preciso no confundir a este respecto la impotencia en alguno de los cónyuges con la no diferenciación de los sexos. Si nuestra jurisprudencia ha guardado silencio sobre este particular, la jurisprudencia francesa y belga en cambio han sido muy solícitas en determinar el grado de diferenciación de sexos en los contrayentes.

a) Una importante sentencia de la Corte de Casación francesa de abril 6 de 1903 estableció: El matrimonio no puede ser

contraído sino entre dos personas que pertenezcan la una al sexo masculino y la otra al sexo femenino; por tanto su existencia está subordinada a la doble condición de que el sexo de cada uno de los contrayentes sea reconocible y que difiera del otro contrayente. Pero si estas dos condiciones son necesarias, ellas son al mismo tiempo suficientes, y cuando se han reunido, la falta, la debilidad o imperfección de ciertos órganos característicos del sexo no tienen influencia sobre la validez del matrimonio; en consecuencia un estado de impotencia natural o accidental, no influye en su validez. Esto con el fin de evitar las incertidumbres, las dificultades y escándalos de la prueba.

Con fundamento en estas razones creyó la Corte que no era el caso de anular un matrimonio en el cual la esposa estaba desprovista de los órganos genitales internos, pero que tenía todas las apariencias externas del sexo femenino (En *Bonnecase*, Supplément, t. III, p. 15 y ss.; t. VI, p. 174 y ss.).

b) En la jurisprudencia belga se ha discutido si los vicios de conformación de los órganos genitales de uno u otro sexo, se deben considerar como simples casos de impotencia o esterilidad (caso en que no se invalidaría el matrimonio) o si se deben considerar como casos de no diferenciación del sexo (caso que daría lugar a la anulabilidad).

Mas una sentencia estableció que cuando a consecuencia de los vicios de conformación del sexo se hacen imposibles las relaciones sexuales entre los esposos, entonces se invalida el matrimonio. "La verdadera razón de ser del matrimonio es la producción de generaciones; por tanto el matrimonio supone la diferenciación de sexos entre las dos personas que se unen, y esta diferenciación no existe cuando el sexo de alguno de los esposos no está determinado. La diferenciación de sexos no debe asimilarse al caso de que alguno de los esposos esté atacado de impotencia o esterilidad, teniendo, no obstante sus órganos conformados. Pero los vicios de conformación de los órganos de alguno de los esposos que hace imposible la unión sexual debe mirarse como no existencia de la diferenciación de sexos".

Con fundamento en esta argumentación, conceptuó el Tribunal que era el caso de declarar inexistente un matrimonio celebrado en 1930 y en el cual la esposa tenía una malconformación de los órganos genitales que no podía ser modificada quirúrgicamente y que hacía imposible las relaciones sexuales (V. *Bonnecase*, Supplément, t. VI, p. 176 y ss.).

En resumen: El requisito de la diferenciación de sexos implica que cada uno de los contrayentes tenga los órganos propios de su sexo. Los vicios de conformación no constituyen diferenciación de sexo cuando hacen imposible la unión sexual.

**55.—Segundo requisito: Capacidad.**—Los contrayentes deben ser capaces para el matrimonio, es decir, deben poseer una voluntad plena y reflexiva. Mas la capacidad que se exige para el matrimonio difiere en ciertos aspectos a la capacidad general que se exige para los demás contratos.

El requisito de la capacidad se enuncia en el art. 115 del código así: “El matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes...”. ¿Cuándo considera nuestra ley que los contrayentes poseen una voluntad plena para el matrimonio? ¿Cómo se manifiesta esa voluntad? Dos interrogantes que es necesario esclarecer por ser ello de vital importancia.

**56.—I.—Determinación de la capacidad.**—La capacidad para el matrimonio se ha determinado teniendo en cuenta estas dos reglas: 1ª Solo las personas que han cumplido 21 años, poseen una voluntad plena; 2ª Pero los varones que han cumplido 14 y las mujeres 12 años, si bien no poseen una voluntad plenamente desarrollada, no obstante en esa edad sus órganos genitales han llegado a completo desarrollo. De lo que se deduce: si psíquicamente no son capaces para celebrar el contrato del matrimonio, física y orgánicamente sí son capaces de realizar la finalidad del matrimonio o sea la procreación.

Sin discutir el fundamento biológico de la 2ª regla, el legislador ha combinado prudentemente esas dos reglas y ha establecido que las personas mayores son plenamente capaces para contraer el matrimonio; y los menores adultos también lo son en principio, solo que necesitan ser autorizados por ciertas personas; mas la falta de autorización no anula en ningún caso el matrimonio.

1º Los mayores adultos son plenamente capaces para contraer el matrimonio; solo que la ley considera para este acto del matrimonio como mayores a los varones que han cumplido 21 años y a las mujeres que han cumplido 18 años (art. 116 del c. c.). Por qué motivo se hace a la mujer una excepción a las reglas generales y, se les anticipa, solo en tratándose del matrimonio, la mayor edad a los 18 años? Proque como generalmente es el marido quien tiene las cargas del matrimonio, sólo él debe darse cuenta exacta del acto que celebra, y porque, además, siendo integral su voluntad, suple las deficiencias que puedan existir en la voluntad de su mujer comprendida entre los 18 y 21 años.

**57.—2º** Los menores adultos pueden contraer matrimonio pero no libremente; deben ser autorizados por ciertas personas que en su orden son las siguientes: a) Los padres legítimos, naturales o adoptivos (art. 117 del c. c.); en cuanto a los padres legítimos, se requiere el consentimiento expreso de ambos, en caso de discordancia prevalece la voluntad del padre (art. 117 del c. c.); en

cuanto a los hijos naturales se aplica la misma regla en caso de que ambos padres hayan reconocido al hijo; si uno solo lo ha reconocido solo es necesario la autorización de él.

La autorización o permiso para el matrimonio de los menores adultos tiene por fin suplir la ausencia de voluntad plena en ellos; por tanto el padre o madre que se hallen ausentes o no posean una voluntad plena por enfermedad mental no son capaces de autorizar al hijo menor, caso en el cual se entiende que hacen falta (art. 118 del c. c.). Igualmente se entenderá faltar el padre que ha sido privado de la patria potestad, y la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educación de sus hijos (art. 119 del c. c.).

b) A falta de padres deben autorizar el matrimonio de los hijos legítimos sus ascendientes; en caso de varios ascendientes solo es necesaria la autorización de los ascendientes por la línea paterna (en caso de disenso primará el del abuelo); a falta de ascendientes por la línea paterna se recurre a los ascendientes por la línea materna. Esta regla no se aplica a los hijos naturales, pues, en ellos el parentesco no se extiende más allá de sus padres.

c) Los hijos legítimos a quienes falten sus padres y ascendientes y los hijos naturales a quienes falten sus padres necesitan de la autorización de su curador general (art. 120 del c. c.).

d) Y cuando al menor adulto haga falta un curador general necesita la autorización de un curador especial, el cual será nombrado por el respectivo juez (art. 120 del c. c.).

**58.—En qué consiste la autorización y cuál es su naturaleza.**— La autorización para el menor adulto debe consistir en un permiso expreso para el matrimonio y que debe constar por escrito (art. 117 del c. c.).

En cuanto a la autorización proveniente de los padres o ascendientes es un derecho absoluto; la proveniente de un curador es derecho relativo. Evidentemente: Los padres o ascendientes pueden negar la autorización para el matrimonio de su hijo menor adulto sin dar las razones de su negativa; ella puede constituir un verdadero perjuicio para el hijo a quien sí le conviene el matrimonio; esa negativa puede tener por causa un simple capricho de los padres o ascendientes o hasta la intención de perjudicar al hijo; en ningún caso se compromete la responsabilidad del padre o ascendiente; la ley les ha concedido un derecho absoluto, incausado.

En cambio el curador que niega la autorización está obligado a expresar la causa. Las razones que pueden justificar el disenso del curador no podrán ser otras sino éstas: 1ª La existencia de cualquier impedimento legal; 2ª El no haberse practicado algunas de las diligencias ordenadas por la ley para quienes se casan por

segunda vez (arts. 159 y s. del c.c.); 3ª Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole; 4ª Vida licenciosa, embriaguez habitual, pasión inmoderada por el juego de la persona con quien el menor desea casarse; 5ª Estar sufriendo esa persona la pena de reclusión; y 6ª No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio ( art. 122 del c. c.).

Con muy buen criterio el proyecto sobre matrimonio de la "Comisión de Reforma del Código Civil" (art. 20 y 21) exige que todas las personas que deben autorizar el matrimonio del menor adulto están obligadas a expresar la causa de su negativa; por tanto los padres y ascendientes deben justificar su negativa con alguna de las razones que actualmente sólo se exige a los curadores. Finalmente el art. 21 del proyecto establece que " contra el disenso de los padres o ascendientes o del curador, el menor podrá recurrir al juez a fin de que, apreciando los motivos, le conceda licencia para contraer matrimonio".

**59.—Exclusión de la capacidad para los enfermos mentales.**— Los varones mayores de 21 y las mujeres de 18 años son plenamente capaces para contraer matrimonio por presumir en ellos la ley una voluntad plena; los menores adultos son incapaces relativos y deben ser autorizados.

Pero la capacidad para los mayores de edad puede quedar excluida en razón de alguna enfermedad mental que destruya la voluntad plena que hace presumir la mayor edad; solo que en tratándose de la celebración del matrimonio las reglas generales sobre exclusión de la voluntad en razón de enfermedades mentales sufren algunas modificaciones, a saber:

1. Los disipadores en interdicción que son incapaces para administrar por sí mismos sus bienes, son plenamente capaces para celebrar el acto del matrimonio.

2. Los sordomudos que no saben escribir son incapaces para ejercer sus derechos civiles; pero no para el matrimonio a condición de que puedan expresar con claridad su voluntad de contraer el matrimonio por signos manifiestos (art. 140 del c. c., N° 3°).

3. En general el demente que no ha sido puesto en interdicción puede celebrar el matrimonio, excepto los locos furiosos (art. 140 N° 3°). Lo que indica que el matrimonio del enfermo mental no puede atacarse alegando que lo contrajo bajo el imperio de la enfermedad mental como sucede respecto a los demás actos de la vida civil (V. art. 553 del c. c. y t. II. Nos. 169 y s.).

**60.—II.—La manifestación de la voluntad en el matrimonio.—De los esponsales y del contrato de corretaje matrimonial.**—El consentimiento o expresión de la voluntad para el matrimonio debe expresarse en el momento de su celebración

ante el funcionario competente (arts. 115 y 135 del c. c.). Pero la expresión de esa voluntad implica forzosamente que los esposos han convenido con anterioridad en tomarse como marido y mujer; que la declaración que hacen ante el funcionario el día del matrimonio fue convenida previamente. Y en general de la celebración de todo contrato solemne puede afirmarse lo mismo; sólo que dada la importancia del acto del matrimonio se trata de saber si esos convenios anteriores tienen algún valor o no. Dos situaciones cabe contemplar: 1ª La promesa de matrimonio o esponsales y 2ª La promesa de matrimonio mediante un intermediario o corretaje matrimonial.

### 1).—*Promesa de matrimonio ó esponsales*

61.—La promesa de matrimonio, que recibe el nombre de esponsales o desporios, es el compromiso de celebrarlo mutuamente entre los futuros contrayentes sin intermediario de ninguna clase (art. 110 del c. c.). ¿Cuál es la naturaleza de esta clase de promesa y qué efectos produce? Todos los autores están acordes en afirmar que los esponsales son un contrato bilateral en donde cada uno de los futuros contrayentes contrae determinadas obligaciones; igualmente existe acuerdo unánime en afirmar que se trata de un contrato lícito. Pero en cuanto a la fuerza obligatoria y efectos de este contrato, existe un desacuerdo completo en los sistemas legislativos. Los tres principales son: el sistema de la ley colombiana, el de la ley francesa y el de la ley alemana.

62.—I.—**El sistema colombiano.**—Según este sistema los esponsales no tienen ninguna fuerza obligatoria, ni generan ninguna responsabilidad para el contratante que no cumple lo prometido; “es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación ninguna ante la ley civil” (art. 110 del c.c.). De lo cual se deduce que cualesquiera de los novios puede romper el contrato de esponsales impunemente: 1º No tendrá acción el novio a quien se incumple para obligar al otro a contraer el matrimonio; 2º No está obligado a indemnizar al otro en razón de los perjuicios causados; 3º Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro.

No obstante si la multa se hubiere pagado no habrá acción para pedir su devolución (art. 111 del c. c.).

Prácticamente el único efecto de los esponsales es el indicado en el art. 112 del código o sea el de que el contratante a quien se ha incumplido la promesa de matrimonio puede pedir la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha celebrado. No establece la ley si el contratante a quien se incumple está obligado a hacer esa restitución

al contratante que incumple. Debe afirmarse que no está obligado a ello; así lo exige la misma equidad.

Al sistema colombiano se le hace una objeción bastante seria y es la de que si los esponsales no están destinados a producir efectos civiles, si son un hecho privado gobernado por el honor y la conciencia de quienes lo celebran, entoces porqué el legislador se toma el trabajo de redactar un título con tres artículos para sólo decir que no producen efectos? No se concibe que la ley contemple situaciones sino únicamente para reglamentarlas; las situaciones que no son objeto de reglamentación jurídica se pasan en silencio.

**63.—II.—El sistema francés.**—El código de Napoleón guardó silencio sobre este particular; la doctrina y la jurisprudencia han decidido que, en principio los esponsales en sí mismos considerados están desprovistos de valor jurídico; que por tanto ninguno de los novios puede hacer al otro obligatorio el matrimonio proyectado ni la ruptura de los esponsales hacen surgir la obligación de indemnizar perjuicios.

Mas si desde el punto de vista contractual no producen efectos los esponsales, no así desde el punto de vista delictual o sea de la responsabilidad extra-contractual en razón de la culpa o delito cometido en la ruptura.

Y esta responsabilidad se configura siguiendo los cuadros generales de la responsabilidad que se genera por los delitos y las culpas; en consecuencia para que de una ruptura de esponsales se genere la obligación de indemnizar se requiere: 1º La comisión de una culpa o delito. La culpa puede consistir en el hecho de romper sin motivo legítimo o por ligereza la promesa; el delito en aprovecharse el novio de la promesa y medianté engaño seducir a la novia para el acceso carnal; 2º Un perjuicio causado al novio abandonado (gastos hechos, el perjuicio moral consistente en abandonar a la novia a la murmuración pública. o exponer al ridículo al novio, etc.). 3º Existencia de relación de causalidad a efecto entre la culpa y el perjuicio; así la muchacha seducida deberá probar que fue la promesa de matrimonio la que la determinó a caer (Planiol, Ripert y Rouast, ob. cit. t. II, p. 66 ss.; L. Josserand, ob. cit. t. I, p. 416 y ss.).

**64.—III.—Sistema moderno.**—Se caracteriza: 1º No se puede en virtud de los esponsales intentar una acción para que se celebre el matrimonio; 2º La ruptura por parte de uno de los esposos de la promesa de matrimonio es por sí misma fuente de indemnización de perjuicios tanto para el otro esposo como para los terceros que han obrado en el contrato haciendo gastos o contrayendo obligaciones.

La indemnización de perjuicios tiene su fuente en el mismo contrato de esponsales y es gobernada por las reglas de la res-

ponsabilidad contractual, las que son de naturaleza diferente a las reglas de la responsabilidad delictual o extra-contractual.

Este es el sistema del código civil alemán (parágrafo 1.297 a 1.302), del código civil suizo (arts. 90 a 95), del código del Perú (arts. 75 a 81), del código de Venezuela (arts. 64 a 66), y finalmente del derecho canónico (canon 1017) etc.

**64-bis.—IV.—El proyecto del Código civil pan-americano de Fr. Consentini.**—El sistema de este proyecto se inspira en las nuevas legislaciones sobre esponsales. Se caracteriza:

1º “La ley no otorga ninguna acción para constreñir al matrimonio al novio que lo rechaza, ni para reclamar la ejecución de las penas convencionales estipuladas al momento de la promesa (art. 71 inc. 2º).

2º “Si la promesa ha sido hecha por un acto público o privado por un mayor de edad o un menor asistido por la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio, o si las publicaciones han sido hechas, quien rehuse casarse sin justos motivos, estrá obligado a indemnizar a la otra parte de los daños resultantes de la ruptura de la promesa de matrimonio.

“La acción para obtener los daños y perjuicios no podrá ejercitarse sino en el transcurso de un año, desde el día de la negativa a celebrar el matrimonio prometido (art. 72).

3º “Si la ruptura de la promesa de matrimonio acarrea para uno de los novios un grave perjuicio a sus intereses personales, sin que haya culpa por su parte, el juez impondrá una indemnización pecunaria a título de reparación moral, si la otra parte es culpable (art. 73, inc. 1º).

4º “En el caso de concepción en el curso de los esponsales, el novio, si es, principalmente, responsable de la ruptura, pagará a su exnovia una justa indemnidad.

“En el caso de concepción en el curso de los esponsales, o de esponsales inmediatamente después de la concepción, si éstos son rotos por la muerte del novio, y la novia necesita una pensión alimenticia, le será atribuida una justa porción de los bienes del de cujus, que no excederán sin embargo, la mitad de dichos bienes, a condición de que la demanda se haga en el transcurso de seis meses, desde el día del fallecimiento a los herederos convenidos ante el Tribunal (art. 75).”

**65.—V.—El proyecto de la Comisión de Reforma del Código Civil Colombiano.**—Este proyecto tiene por finalidad reemplazar el arcaico e injusto sistema de la actual ley colombiana; los arts. 1º a 9º del “Proyecto de ley sobre matrimonio” adoptan el moderno sistema sobre efectos de los esponsales.

a) No se puede alegar la promesa de esponsales para pedir que se lleve a efecto el matrimonio (art. 1º);

b) El rompimiento injustificado de los esponsales da lugar a indemnización de perjuicios a favor del otro cónyuge o de los padres o de quienes hayan hecha erogaciones motivadas por la promesa (arts. 2º y 4º).

c) La indemnización comprende tanto los perjuicios materiales como los perjuicios morales (art. 4º; se adopta el sistema francés y el sueco sobre el alcance de la indemnización);

d) Si hubiere cláusula penal podrá pedirse, pues, se entenderá que es un avalúo anticipado de los perjuicios (art. 6º);

e) Podrán demandarse la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo condición de un matrimonio que no se ha efectuado (art. 8º);

f) Las acciones procedentes de los esponsales prescribirán en dos años contados desde el rompimiento de la promesa (art. 9º);

g) Los esponsales no podrán probarse mediante testigos si no hubiere un principio de prueba por escrito, salvo que su celebración haya sido de notoriedad pública (art. 7º).

2).—*Promesa de matrimonio mediante intermediario (corretaje matrimonial).*

66.— El compromiso que celebra una persona o agente de matrimonio de conseguir a un hombre o una mujer, una esposa o esposo mediante una remuneración recibe el nombre de corretaje matrimonial.

Esta clase de contratos son tan antiguos que fueron practicados por los romanos y considerados lícitos; nuestra civilización los incrementa; solo se trata de saber si son lícitos o ilícitos.

“El individuo que se compromete a acercar a un joven y a una joven, ambos deseosos de casarse, no comete un acto inmoral, si no viola la independencia del consentimiento de ambas partes. En cambio presta un verdadero servicio a la sociedad facilitando un matrimonio, así como los informes necesarios para ilustrar al que se ha dirigido a él sobre los méritos de la otra parte. Esta causa no tiene nada de contrario al orden público; el contrato, es, pues, válido” (Planiol, Ripert, Rouast, ob. cit. t. II, p. 74 y ss.).

b) *Requisitos o condiciones negativos (impedimentos).*

67.—**Primer requisito negativo o impedimento.—No existencia del vínculo de matrimonio en los contrayentes.**— Este impedimento obedece al principio de orden general adoptado por los Estados modernos o sea el de la monogamia. Una persona no puede estar ligada con dos vínculos matrimoniales; por tanto

un hombre no puede tener a la vez dos mujeres legítimas, ni una mujer dos hombres legítimos. El hombre o mujer que violare esta regla incurre en sanciones penales (art. 358 del Código Penal) y civiles (nulidad del 2º matrimonio).

**68.—Segundo requisito negativo o impedimento: No existencia de determinado parentesco.**— Por la línea directa se prohíbe el matrimonio de manera absoluta, trátase de parentesco legítimo o ilegítimo (Nº 9º del art. 140 del c. c.); por la línea colateral de consanguinidad se prohíbe el matrimonio entre parientes en segundo grado o sea a los hermanos; mas no se prohíbe a los parientes en 3º y 4º grado; por tanto no es nulo el matrimonio entre tíos y sobrinos o entre primos hermanos. Como se ve en esta línea ha sido muy indulgente el legislador por lo que ha merecido críticas. Por ese motivo el art. 11 del proyecto de ley sobre matrimonio de la “Comisión de Reforma del Código Civil” prohíbe el matrimonio entre los colaterales hasta el tercer grado salvo dispensa que otorga el juez por motivos graves, con conocimiento de causa y audiencia del Ministerio Público.

En cuanto al parentesco de afinidad el numeral 10 del art. 140 del código prohibía el matrimonio entre padrastro y entenada y entre entenado y madrastra. De la interpretación exegética que se dio a esa disposición legal se dedujo que la ley permitía el matrimonio entre el suegro y la nuera y entre el yerno y la suegra; cuando en verdad el sentido de la ley no era otro sino el de prohibir el matrimonio entre personas unidas por el parentesco de afinidad en primer grado. Se hizo, por tanto necesario que el legislador interviniera y estableciera: “El matrimonio es nulo: 2º Cuando se ha contraído por personas que están unidas entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima (art. 13 de la ley 57 de 1887)”.

En consecuencia: 1. Un individuo puede casarse nuevamente con la nieta de su mujer muerta, pues, con ella solo se encuentra en 2º grado de afinidad, línea directa; 2. Un individuo puede casarse nuevamente con la hija natural que había tenido de otro hombre su mujer muerta, pues, la ley solo prohíbe el matrimonio entre personas unidas por la afinidad legítima, y en la hipótesis contemplada se trata de una afinidad ilegítima. Exactamente el mismo motivo que existe para prohibir el matrimonio entre parientes legítimos afines en primer grado, existe para prohibir el matrimonio entre parientes afines ilegítimos en primer grado, pues, la prohibición obedece a motivos de orden moral y social. 3. Muerta la esposa de un individuo, puede éste libremente casarse otra vez con una hermana de la muerta.

En cuanto al parentesco de adopción se prohíbe el matrimonio entre el padre adoptante e hija adoptiva, entre hijo adoptivo

y madre adoptante y entre la mujer que fue esposa del adoptante y el respectivo hijo (art. 140, N<sup>o</sup> 11).

**69.—Otros requisitos negativos o impedimentos. — 1<sup>o</sup>**

Se prohíbe el matrimonio al cónyuge que ha matado o hecho matar al otro cónyuge (art. 140, N<sup>o</sup> 8<sup>o</sup>). Esta disposición legal debe interpretarse en el sentido de que la muerte provenga de un verdadero delito sin causa justificada, pues, la ley penal contempla casos en que el causar la muerte a otro exonera de responsabilidad penal como cuando el hecho se justifica. Por tanto el artículo en cuestión no debe hacerse extensivo a estos casos: 1. Cuando uno de los cónyuges mata al otro en legítima defensa; 2. Cuando el marido mata a la mujer por encontrarla en adulterio infraganti con otro; 3. En el uxoricidio por piedad.

2<sup>o</sup> La ley prohíbe el matrimonio a la viuda que hubiese quedado embarazada de su anterior marido antes del parto, y si no hubiese señales de preñez antes de cumplirse los 270 días subsiguientes a la muerte del marido; igual regla en cuanto al caso de nulidad del matrimonio (art. 173 del c. c.).

3<sup>o</sup> Igualmente en ciertos casos ordena la ley al viudo o viuda el cumplimiento de ciertos requisitos en relación con los hijos del primer matrimonio, los que serán expuestos en su lugar respectivo.

4<sup>o</sup> El N<sup>o</sup> 7<sup>o</sup> del art. 140 establecía la prohibición de contraer matrimonio a la mujer adúltera con su cómplice, siempre que antes de efectuarse el 2<sup>o</sup> matrimonio se hubiese declarado probado en juicio el adulterio. Dicha disposición legal quedó derogada por la nueva legislación penal que quitó al adulterio el carácter de delito; hoy día está prohibido a los jueces iniciar acciones penales por adulterio, y por lo tanto no habrá sentencias para comprobar ese delito.

**69-bis.—Cómo se controla la existencia de ciertos requisitos positivos o ausencia de los negativos. El certificado prenupcial.**— La partida de nacimiento de los contrayentes sirve para determinar la capacidad. Dentro de un buen sistema de registro del estado civil de las personas, esta misma partida serviría para establecer si los contrayentes son solteros o viudos, evitándose así los casos de bigamia.

Un certificado médico garantizaría que los novios tienen cada uno los órganos genitales propios de su sexo. Este certificado, según algunos, debe tener un alcance mayor. El art. 76 del proyecto de "Código civil panamericano" estatuye: "Los que quieran contraer matrimonio deben presentar al Oficial de Estado Civil su petición con los documentos siguientes:

"b) Certificado médico de sana constitución física y de estar exentos de enfermedades constitucionales, perjudiciales al otro cónyuge y a la descendencia".

El autor de este código se explica así sobre este importante requisito: "Entre todos los documentos que se deben entregar para obtener la autorización del matrimonio, el más interesante es el certificado médico de sana constitución física, con la declaración del médico de que cada novio está exento de enfermedades constitucionales o infecciosas y perjudiciales al otro novio y a la descendencia. Tal certificado representa, en nuestro concepto, la medida más segura para prevenir e impedir los desórdenes de la vida familiar y para disminuir a la vez los casos de nulidad del matrimonio y los todavía más numerosos de separación de cuerpos y de divorcio (Consentini, ob. cit. p. 25)".

### B) *Los requisitos de forma*

70.—Entre los requisitos de forma es necesario distinguir: 1º Los anteriores a la celebración del matrimonio, y 2º Los coetáneos a la celebración del mismo.

#### I.—*Requisitos anteriores al matrimonio*

71.—**Aviso al juez y publicaciones.**— Una vez que un hombre y una mujer hayan decidido casarse deben dirigirse al juez competente manifestándole su decisión verbalmente o por escrito. En este acto o en el memorial respectivo expresarán los nombres de sus padres o curadores según el caso, y los de los testigos que deban declarar sobre las cualidades necesarias de los contrayentes para poder unirse en matrimonio, debiendo en todo caso dar a conocer el lugar de la vecindad de todas estas personas (art. 128 del c.c.).

El juez, con base en el aviso de los contrayentes, procederá inmediatamente, de oficio, a practicar todas las diligencias necesarias para obtener el permiso de los padres, ascendientes o curadores de los contrayentes cuando fueren menor de edad (varón menor de 21 años y mujer de 18), y a recibir declaración juramentada a los testigos indicados por los solicitantes (art. 129 del c.c.).

El juez interrogará a los testigos, con las formalidades legales, y los examinará sobre las cualidades requeridas en los contrayentes para unirse en matrimonio, a cuyo efecto les leerá el art. 140 del código civil; los examinará también sobre los demás hechos que crea necesarios para ilustrar su juicio (art. 130 inc. 1º).

Obtenido el permiso de los ascendientes o curadores cuando fuere el caso y recibidas las declaraciones de los testigos (que por lo menos deben ser dos) se procederá a dar publicidad al proyecto de matrimonio. La ley civil ha querido que el matrimonio

sea un acto público y no un acto secreto o clandestino; que todo el que pueda tener interés conozca el proyectado matrimonio. La publicidad del matrimonio se realiza: antes de la celebración con el fin de dar a conocer el matrimonio en proyecto para que todos los que se crean con derecho a intervenir ya sea oponiéndose o exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos, hagan valer su derecho (esta publicidad se conoce con el nombre de las publicaciones), y para que el público sepa cuál va a ser el estado civil de los contrayentes; y una vez celebrado para que se sepa cuál es el nuevo estado civil de los esposos.

Las publicaciones se realizan mediante la fijación de un edicto por quince días en la puerta de la secretaría del juzgado del juez, y en el cual se anuncia la solicitud que se ha hecho, los nombres y apellidos de los contrayentes y lugar de su nacimiento (art. 130 del c. c. ins. 2º).

Si los contrayentes son vecinos de distintos municipios, o si alguno de ellos no tuviere seis meses de residencia en el municipio donde tiene domicilio el otro contrayente, el juez de la vecindad de la mujer requerirá al juez de la vecindad del varón para que fije el edicto, y concluido el término se le envíe con nota de haber permanecido fijado quince días seguidos (art. 131 del c. c.).

**72.—De las oposiciones.**— La finalidad más inmediata de las publicaciones es la de hacer conocer a los demás el proyecto de matrimonio, con el fin de que los que se crean con facultad para hacer oposición hagan valer ese derecho; es una especie de “defensa” para el funcionario del estado civil y de la misma ley a fin de evitar que con datos errados se proceda a la celebración de un matrimonio por personas entre las cuales exista algún impedimento.

1º Qué personas pueden hacer oposición al matrimonio; 2º Por qué motivos; 3º Dentro de qué tiempo deben hacer valer ese derecho; 4º Efectos del fallo sobre admisión o rechazo de la oposición.

A) Nuestro código civil, a diferencia del código de Napoleón, no enumera específicamente las personas que tengan derecho a oponerse a un matrimonio; más bien de los términos del art. 130 parece deducirse que ese derecho se concede a toda persona que pueda alegar un interés justo y legítimo. Del espíritu del art. 130 del código se deduce que existen dos clases de personas que pueden oponerse al matrimonio: a) Personas que tienen derecho a oponerse al matrimonio aunque no aleguen motivo alguno; y b) Personas que pueden oponerse alegando un motivo serio y legítimo.

La primera clase de personas no pueden ser otras sino los ascendientes en razón del derecho absoluto que la ley les concede para oponerse al matrimonio de sus descendientes menores de

edad. Solo esas personas pueden oponerse al matrimonio sin justificar los motivos que tengan para ello. El tutor también puede oponerse pero exponiendo los motivos enumerados atrás.

La segunda clase de personas, que son todás las demás que puedan justificar un motivo serio, deben alegar alguno de los impedimentos que la ley indica para el matrimonio; si un ascendiente quiere oponerse al matrimonio de uno de sus hijos mayores de edad debe alegar alguno de los impedimentos, o de lo contrario no se le escuchará.

B) ¿Cuáles son los motivos de oposición para la segunda clase de personas? No pueden ser otros sino: 1. Ausencia de uno de los requisitos de fondo positivos exigidos por la ley (como no existencia de diferenciación de sexos, no haber llegado a la edad requerida, no poseer una voluntad libre, etc); 2. Existencia de un requisito negativo, como los lazos de parentesco, existencia de un matrimonio anterior, etc.

C) ¿Dentro de qué tiempo deben formularse las oposiciones? Por regla general dentro de los quince días de la publicación del edicto. Pero como existen ciertos impedimentos que deben ser admitidos en cualquier tiempo siempre que sea antes del matrimonio, dedúcese que el tiempo de los quince días no es el único hábil para formularlos; por ejemplo los impedimentos relativos al parentesco, a la existencia de un matrimonio anterior, etc.

Toda oposición que se haga a un matrimonio debe ser probada (excepto la de los ascendientes en razón de la menor edad de los descendientes); por tanto una vez entablada, los interesados en el término siguiente de ocho días deben presentar las pruebas de la oposición, concluidos los cuales, se señalará día para la celebración del juicio y citadas las partes, se resolverá la oposición dentro de tres días después de haberse practicado esta diligencia (art. 132 del c. c.).

**73.—D) Efectos del fallo del juez sobre admisión o rechazo de la oposición.**—1º Si la oposición prospera el juez así lo decide en el fallo, el cual es apelable en la forma como lo indica el art. 133 del código. Para saber los efectos de este fallo es necesario tener en cuenta el motivo o fundamento que hizo prosperar la oposición. Si ese motivo estaba fundamentado en la existencia de un requisito negativo o ausencia de un requisito positivo de fondo el fallo produce efectos absolutos. Así si la oposición tenía como motivo la existencia del vínculo matrimonial en alguno de los contrayentes indica que no podrá casarse con ninguna otra persona; el fallo puede alegarse en cualquier otra circunstancia.

Es relativo el fallo, o sea que solo produce efectos entre los contrayentes, cuando la oposición se funda en la existencia de los lazos de parentesco o similitud de sexos; cualquiera de los contra-

yentes puede posteriormente casarse con otra persona en quien no exista ese impedimento.

Al lado de estos fallos admisorios de oposición puede existir una tercera clase que no establecen impedimento para casarse entre sí los contrayentes; sino que únicamente se exigirá el cumplimiento previo de ciertas obligaciones o el transcurso de un lapso (como en el caso de la viuda que quiera casarse sin hacer inventario de los bienes de los hijos del primer matrimonio o sin haber transcurrido el plazo de 270 días cuando él se requiere).

2º En caso de que la oposición no prospere el fallo del juez produce efectos en dos sentidos: a) El juez procede a la celebración del matrimonio señalando previamente día y hora, que será dentro de los ocho días siguientes; esta resolución se hará saber inmediatamente a los interesados (art. 134 del c. c.); b) El fallo del juez es fuente de indemnización de los perjuicios causados a los contrayentes o a terceros por la parte opositora. Quien se opone a la celebración de un matrimonio y su motivo ha resultado fallido, indudablemente ha cometido una falta, una imprudencia, que bien pueden ser negativas; y si dicha falta o imprudencia ha causado perjuicios se deben indemnizar, según las reglas generales de la responsabilidad extra-contractual (arts. 2341 y ss. del c. c.) Ejemplo: un opositor alega que uno de los novios está unido con el vínculo del matrimonio con otra persona; para ello presenta la respectiva acta de matrimonio; mas en el término probatorio se comprueba que ese vínculo ya no existe por haber muerto el otro cónyuge o haberse declarado nulo dicho matrimonio. El opositor tal vez haya obrado de buena fe, lo que no se opone a que haya cometido una falta negativa consistente en no haberse cerciorado si aún subsistía o no el vínculo matrimonial que le sirvió de fundamento a su oposición; por tanto se le condenará al pago de los perjuicios causados.

## II.—*Requisitos coetáneos a la celebración del matrimonio*

74.—La celebración del matrimonio comporta: 1º Funcionario encargado de presenciar y autorizar el matrimonio; 2º Lugar donde debe celebrarse; 3º Presencia de los contrayentes y de los testigos; 4º Redacción de una acta.

### 1º—*El funcionario*

75.—Los funcionarios competentes ante quienes debe celebrarse el matrimonio son los jueces municipales del sitio donde tenga la mujer su domicilio (art. 126 del c. c.). En los municipios donde haya más de un juez municipal estará obligado a celebrar el matrimonio aquél que escojan los contrayentes.

2—*El lugar*

76.—Es el municipio en donde tenga su domicilio la mujer. Respecto a las mujeres mayores de edad su domicilio será el que ellas elijan.

Además por el contrato de esponsales podrá estipularse de común acuerdo, al tenor del art. 85 del código civil, un domicilio especial donde se ha de celebrar el matrimonio. En cuanto a las mujeres menores de edad su domicilio será el de sus padres o curador.

3º—*Presencia de los contrayentes y de los testigos*

77.—a) El funcionario no puede autorizar un matrimonio sin la presencia de dos testigos hábiles y previamente juramentados. Puede ser testigo para presenciar un matrimonio y dar fe de su celebración toda persona a quien la ley no haya declarado inhábil. Son inhábiles para ser testigos de un matrimonio: 1. Los menores de 18 años 2. Los interdictos dementes; 3. Los que actualmente se hallen privados de la razón; 4. Los ciegos, los sordos y a fortiori los sordomudos; 5. Los condenados a la pena de reclusión por más de cuatro años, y en general los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos; 6. Los extranjeros no domiciliados en la República; 7. Las personas que no entienden el idioma de los contrayentes (art. 127 del código y art. 4º de la Ley 8ª de 1922).

78.—b) **Presencia de los contrayentes.**—Los contrayentes deben comparecer ante el funcionario competente; deben comparecer personalmente, o se admite que puedan estar representados por apoderado? Según el sistema del código se admitía que los contrayentes podían constituir apoderado; por tanto podía celebrarse válidamente un matrimonio con la sola presencia de los apoderados (arts. 114 y 139 del c.c.). Pero ese sistema fue modificado por el art. 11 de la Ley 57 de 1887, según el cual el matrimonio por apoderado quedó gobernado por estas reglas:

1ª—Sólo el varón puede constituir apoderado; la mujer debe comparecer siempre personalmente. El que se prohíba a la mujer constituir apoderado para el acto del matrimonio se explica: ésta debe casarse en el municipio donde tenga su domicilio y puede comparecer personalmente; si se encuentra en imposibilidad física de moverse, el funcionario fácilmente se trasladará a su residencia. En cambio, el marido sí puede necesitar de apoderado en los casos en que le sea imposible trasladarse al domicilio de su mujer.

2ª—El marido no puede constituir a cualquiera persona como apoderado; éste debe ser un varón que tenga plena capacidad

para contraer matrimonio o para estar unido con el vínculo matrimonial con otra persona.

3ª—La constitución de apoderado debe ser un acto especial y auténtico; por tanto el representante general de una persona, por amplia y extensa que sea la representación que de esa persona tiene, no abarca la de representarla en el matrimonio; en consecuencia se requiere la manifestación expresa y clara de constituir apoderado para el acto del matrimonio. Que ese acto debe ser auténtico indica que el poder debe constituirse ante un notario público o lo que es lo mismo por escritura pública. Quiere así la ley que no haya la menor duda acerca de la identidad del poderdante, de que efectivamente se otorgó el poder, y que los terceros tengan conocimiento de ese hecho.

4ª—En el poder debe mencionarse la mujer con quien va a unirse en matrimonio; no tiene valor el poder para casarse con cualquier mujer, o en donde se señalan al apoderado dos o tres mujeres de las cuales le debe escoger una.

5ª—El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efectos si no es notificada a la mujer contrayente antes de la celebración del matrimonio. Esta regla del art. 11 de la Ley 57 de 1887 derogó la regla del código en su art. 139 que estatuyó que si la revocación del poder se efectuaba antes de la celebración del matrimonio, éste no era válido aunque no se hubiese notificado a la mujer su revocación. La regla del código en sí misma es más lógica que la vigente de la Ley 57 de 1887, pues, no existiendo el consentimiento del varón en el momento de la celebración, es claro que al matrimonio le falta uno de los requisitos esenciales para su constitución. No obstante otras consideraciones justifican la derogación de la regla del código por la de la Ley 57 de 1887: 1. Se evitan los graves perjuicios que podrían ocasionarse a la mujer y a su familia, pues, nada agradable será a una mujer sentirse casada por unos momentos para en seguida convencerse de la inexistencia de su matrimonio; 2. Se evita que el acto del matrimonio pierda su natural seriedad; que se haga fraude a la ley; 3. La ley presume de derecho que una vez otorgado el poder el consentimiento del varón subsiste indefinidamente hasta que su revocación no sea notificada a la mujer; en esta forma no se admite la prueba de que el consentimiento del varón no existió en el momento del matrimonio.

**79.—El matrimonio por apoderado es caso excepcional.** Por cuanto constituye una verdadera excepción a la regla que exige la presencia personal de los contrayentes ante el respectivo funcionario. Esa excepción sólo puede aceptarse en aquellos casos en que el varón esté ausente del domicilio de la mujer y que por graves motivos le sea imposible trasladarse a ese sitio.

De lo cual se deduce que el juez debe negar su autorización a los matrimonios por apoderado cuando no encuentre un motivo justo y legítimo. Los matrimonios por apoderado son raros en la práctica.

**80.—De cómo deben expresar su consentimiento los contrayentes.**—Una vez presentes los dos contrayentes ante el juez, o el juez ante los contrayentes, en el día y hora señalados, y en presencia del secretario y de los dos testigos, el juez personalmente interrogará a los contrayentes si es de su libre y espontánea voluntad unirse en matrimonio; les hará conocer la naturaleza del contrato que van a celebrar y los deberes recíprocos que van a contraer, haciéndoles saber que el matrimonio civil sólo se disuelve por muerte de uno de los esposos, que el divorcio simplemente suspende la vida común pero no rompe el vínculo matrimonial y acerca de las obligaciones y derechos entre los cónyuges (art. 135 c.c.).

Como el código no establece fórmulas especiales para que se exprese el consentimiento de los contrayentes, se deduce que basta y es suficiente que en voz clara y perceptible cada uno de los contrayentes manifieste tomar al otro como cónyuge (art. 138 del c.c.).

#### 4º—*El acta del matrimonio*

**81.**—Una vez expresado el consentimiento de los contrayentes de unirse en matrimonio ante el funcionario competente en presencia de los dos testigos ha quedado válidamente celebrado. Pero la ley exige para la perfección que se levante un acta de todo lo ocurrido la cual será firmada por el juez, el secretario, los contrayentes y los testigos (art. 135 y 137 del c.c.).

**82.—Excepción a las condiciones exigidas.—Los matrimonios in extremis.**— Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y no hubiere por esto tiempo de proceder a examinar minuciosamente a los testigos, ni dar publicidad al matrimonio mediante el edicto de quince días, podrá procederse inmediatamente a la celebración del matrimonio sin tales formalidades; no obstante los contrayentes deberán justificar, mediante testigos que serán interrogados breve y sumariamente por el funcionario, que no están impedidos por ausencia de los requisitos positivos o existencia de alguno de los negativos (art. 136 del código).

Mas dicha clase de matrimonios, que reciben el nombre de matrimonios in extremis, no producen siempre efectos definitivos, según lo establece la parte final del art. 136 del código. En caso de sobrevenir la muerte de alguno de los cónyuges o de ambos el matrimonio alcanzó a tener plena validez; en consecuencia los hijos naturales a quienes se otorgó el beneficio de legitimación

quedarán definitivamente legitimados y así respecto a las demás consecuencias de un matrimonio que se disuelve habiendo tenido plena validez.

No así cuando ninguno de los contrayentes muere y pasan cuarenta días caso en el cual el matrimonio no surtirá efectos; para que los surta se hace necesario que se revalide observándose todas las formalidades legales.

Esta parte del art. 136 del Código ha sido objeto de ardientes críticas por algunos autores. Entre otros Champeua y Uribe no vacilan en calificarla de verdadera heregía jurídica, por cuanto se concede a los cónyuges o a uno de ellos la facultad de romper por mero capricho el vínculo del matrimonio. Evidentemente: lo que la ley ha perseguido es el de que posteriormente, en caso de no sobrevenir la muerte esperada, los contrayentes cumplan las formalidades que se pretermitieron; mas para ello debe establecer otra sanción menos grave y no la de invalidez del matrimonio, por cuanto ello equivale a establecer matrimonios bajo condición, cuestión que es rechazada unánimemente por el buen sentido y la lógica más elemental.

## SECCION SEGUNDA

### SANCIONES PARA EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS TANTO DE FORMA COMO DE FONDO (TEORIA DE LOS MATRIMONIOS INEXISTENTES Y ANULABLES)

83.—La ley no se ha contentado con exigir determinados requisitos o condiciones para la constitución del matrimonio, sino que además ha indicado la respectiva sanción para la ausencia de alguno de ellos. Estas sanciones no revisten una misma intensidad, ni producen unos mismos efectos; igualmente dichas sanciones son de naturaleza un poco diferente a las sanciones y efectos de orden general señalados para la constitución de los actos jurídicos en general (V. T. I. Nos. 201 s.).

Importa, pues, clasificar los requisitos ordenados para el matrimonio en varias categorías desde el punto de vista de las sanciones. Existen requisitos llamados prohibitivos por cuanto su violación no ataca la validez del matrimonio; simplemente el funcionario debe abstenerse de celebrar el matrimonio, mas en caso de que lo celebrare no es anulable; existen sanciones de orden diferente. En cambio otros requisitos reciben el nombre de dirimentes porque su violación hace que el matrimonio pueda anularse.

#### I.—*Requisitos que constituyen impedimentos prohibitivos*

84.—¿Qué requisitos constituyen impedimentos prohibitivos y cuál es su sanción?

a) La falta de la autorización para los menores de edad por parte de los ascendientes o el curador. La sanción está indicada por los arts. 124 y 125 del código. Según el 1º la ley da facultad no sólo al ascendiente de quien se ha debido obtener la autorización, sino también a los demás ascendientes para que deshereden al menor adulto que pretermitió este requisito de la autorización. Y si alguno de esos ascendientes muriese sin hacer testamento, no tendrá el descendiente derecho más que a la mitad de los bienes que le correspondiese en la sucesión del difunto (art. 124 c.c.). Salta a la vista que éste es un sistema aberrante; porque se concede facultad a los demás ascendientes, cuyo consenti-

miento no era necesario, facultad para desheredar al descendiente? ¿Por qué la ley, cuando los ascendientes no han aplicado la sanción que ha sido puesta en sus manos, se encarga de hacerla efectiva? La experiencia demuestra que los ascendientes en la mayoría de los casos terminan por aprobar el matrimonio de sus hijos menores y estimarán prudente y justo no hacer uso de la acción de desheredamiento.

Según el segundo de los artículos mencionados el ascendiente sin cuyo consentimiento se hubiere casado el descendiente podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le hubiere hecho.

Estas sanciones no cobijan el derecho a pedir alimentos.

Es bueno advertir que estas sanciones no se justifican sobre todo cuando los ascendientes no hubieran tenido ningún motivo serio para oponerse al matrimonio de sus hijos menores; estas sanciones fueron establecidas en un tiempo en que el padre ejercía la patria potestad en forma absoluta sobre los hijos y cuyos beneficios estaban establecidos no a favor del hijo sino del padre; a los demás ascendientes se dio el derecho de autorizar o desautorizar el matrimonio en virtud de una especie de emanación de la patria potestad. Mas este principio del ejercicio de la patria potestad como derecho absoluto y pleno está notablemente corregido en derecho moderno.

85.—b) El matrimonio del tutor o curador con su pupila antes de cumplir ésta 18 años sin la aprobación judicial de su administración. El art. 140 N<sup>o</sup> 13<sup>o</sup> establecía como sanción la nulidad de esta clase de matrimonios; mas dicho numeral fue derogado por el art. 45 de la Ley 57 de 1887 y reemplazado por el art. 14 de la misma ley que estableció: "Mientras que una mujer no hubiere cumplido 18 años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez con las formalidades legales...". ¿Y cuál la sanción cuando se viole este requisito hoy simplemente prohibitivo? La establecía el inc. 4<sup>o</sup> del art. 14 de la precitada ley así: "El hombre que se case católicamente, mediante el impedimento expresado en este art., quedará privado de la administración de los bienes de la mujer". Sin detenernos a examinar por qué la ley sólo sancionó los matrimonios católicos y no los civiles, basta advertir que dicho inciso fue derogado por la ley 28 de 1932 al establecer que hoy los maridos no tienen por derecho propio la administración de los bienes de la mujer; de lo cual se deduce que no existe sanción de ninguna clase para quien viole el impedimento prohibitivo del mencionado art. 14 de la Ley 57 de 1887; y donde no hay sanción es como si el impedimento no existiese.

86.—c) El matrimonio del varón viudo antes de hacer inventario solemne de los bienes que administre de sus hijos y sin haberles nombrado curador (arts. 169, 170 y 171 del c.c.). La sanción para la violación de este impedimento prohibitivo es grave y la indica el art. 172 del código así: "El viudo por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el art. 189, perderá el derecho a suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado".

d) El matrimonio de la viuda antes del parto cuando hubiere señales de preñez, o antes de cumplirse 270 días si no hubiere señales de preñez, en aquellos casos de disolución o declaración de nulidad del matrimonio anterior (art. 173 del c.c.). La sanción se indica en el art. 599 del código estableciéndose que tanto la mujer como su nuevo marido quedarán responsables solidariamente de los perjuicios que puedan sobrevenir a terceros.

## II.—*Requisitos que constituyen impedimentos dirimentes.*

87.—Algunos afectan no sólo la validez del matrimonio sino además su propia existencia. Por tanto se hace necesario estudiar qué requisitos afectan la misma existencia del matrimonio y cuáles simplemente la validez de él.

### A) *Matrimonios inexistentes*

88.—La inexistencia de un acto jurídico se origina cuando le hace falta uno de sus elementos constitutivos, o lo que es lo mismo, cuando ese elemento o requisito hace parte de la esencia del respectivo acto, cuando constituye uno de sus órganos vitales (V. t. I. Nos. 203-204).

"Las condiciones sin cuya concurrencia es nulo el matrimonio no tienen todas un mismo efecto jurídico. Algunas son tan necesarias que sin ellas no puede decirse que haya matrimonio: son condiciones que afectan la existencia misma del acto; otras afectan sólo de una manera más o menos grave la validez del matrimonio; en el primer caso no hay acto jurídico, en el segundo el acto jurídico existe pero es imperfecto" (Champeau y Uribe, ob. cit. p. 191). "Un acto jurídico es inexistente, cuando le hacen falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o más exactamente específicos" (Bonnetcase, Supplément, T. III, p. 132).

Será por tanto necesario estudiar cuáles son los elementos orgánicos o específicos del acto del matrimonio sin los cuales no alcanza a nacer a la vida jurídica.

89.—1°—**El consentimiento de los contrayentes.**—Nadie podrá poner en tela de juicio que éste es uno de los requisitos

o elementos orgánicos del matrimonio. La ley de manera perentoria menciona el consentimiento de los contrayentes como elemento para la constitución del acto del matrimonio (art. 115 del c.c.: "El contrato de matrimonio *se constituye* y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes... etc.") Por tanto la ausencia completa de consentimiento de los contrayentes produce la inexistencia.

¿En qué casos hay ausencia completa de consentimiento? Sabido es que el consentimiento para el acto del matrimonio está integrado por la afirmación que hace un hombre de casarse con determinada mujer y la que hace ésta de casarse con ese mismo hombre (Josserand, ob. cit. I. p. 436).

En consecuencia existe ausencia de consentimiento para el matrimonio en estos casos: 1º Cuando uno de los contrayentes dice "sí" y el otro "no"; aquí no hubo ningún acuerdo de voluntades, en lo que precisamente consiste el consentimiento (Champéau y Uribe, I. p. 443). 2º Cuando existe error por alguno de los contrayentes o por ambos sobre la identidad física del otro contrayente o ambos, o sea cuando un contrayente creía casarse con una persona determinada pero resulta que otra se ha presentado en el momento de la celebración del matrimonio en sustitución de la primera. Este error es un impedimento para que exista el matrimonio, pues, si bien la persona que se sustituye a otra expresa su voluntad de casarse con el otro contrayente, no así éste, el cual ha expresado su voluntad de casarse con la persona ausente, pero no con la que la sustituye en la ceremonia. Para gran número de autores esta clase de error constituye simplemente un vicio del consentimiento; pero se advierte que para que un consentimiento esté viciado se requiere que al menos alcance a nacer, a tener vida, y en el caso contemplado no alcanzó a existir.

90.—2º—El matrimonio es contrato solemne; la solemnidad consiste en que los contrayentes expresen el consentimiento ante el funcionario competente. Si falta este requisito de la solemnidad no hay matrimonio. ¿Cuándo falta este requisito? Cuando los contrayentes no han ocurrido a ningún funcionario del estado civil o ante uno de jurisdicción completamente diferente. Cuestión diferente sucede cuando los contrayentes expresan su consentimiento ante un funcionario del estado civil pero éste no es competente para autorizar el matrimonio; en este caso sí ha habido matrimonio, sólo que es anulable. *Ejemplos*: 1. Un particular se presenta como funcionario público y competente para celebrar matrimonios; dos contrayentes así lo creen y manifiestan ante él su consentimiento de casarse. En este caso habrá quién se atreva a afirmar que ha habido un matrimonio? Sólo hubo una farsa. 2. Dos contrayentes se casan ante un sacerdote; en este caso

habrá matrimonio eclesiástico a lo más, pero no matrimonio civil.  
 3. Un varón hace creer a una mujer que con la sola presencia de dos testigos y una escritura pública o privada quedan unidos en matrimonio y así se realiza el acto. En este caso hay inexistencia de matrimonio.

91.—3º— **Identidad del sexo.**—Es de la esencia para el matrimonio que los contrayentes sean una mujer y un hombre, es decir, dos personas que tengan los órganos propios de su sexo. Si por cualquier circunstancia no se puede afirmar que un contrayente es hombre o mujer, no hay diferencia de sexos clara y neta y por tanto no hubo matrimonio. Igualmente cuando ambos contrayentes pertenecen a un mismo sexo.

92.—En resumen: Consentimiento de dos personas de sexo diferente expresado ante un funcionario en lo civil, tales son los requisitos esenciales del matrimonio. Sólo esos tres elementos, el consentimiento de unirse en matrimonio, presencia del funcionario civil y diferencia de sexos, constituyen los caracteres orgánicos y necesarios para que exista, aunque sea viciado el acto del matrimonio. La ausencia de cualesquiera de ellos hace que el acto sea inexistente.

93.—**Necesidad de admitir la teoría de los matrimonios inexistentes en derecho colombiano.**—La doctrina de la inexistencia de los actos jurídicos, al lado de las nulidades, tuvo su fuente en esta materia del matrimonio. Ella se defiende por sí misma en cuanto a su necesidad lógica. En cuanto a su utilidad práctica nació en la doctrina y jurisprudencia francesas como consecuencia de la regla predicada unánimemente, por los autores de que es imposible admitir nulidades del matrimonio sin un texto expreso de ley que las consagre; las causales de nulidad son de interpretación restrictiva (*pas de nullité sans texte*). “No hay más nulidades del matrimonio que aquellas que han sido pronunciadas en términos expresos por un texto formal” (Josserand, I. p. 436).

El imperio de esta regla en Francia se ha impuesto sólo por la doctrina y la jurisprudencia; ¿qué sucede en derecho colombiano? Que esta regla tiene un alcance mayor, ya que no es simplemente la doctrina y la jurisprudencia las que la postulan sino además la misma ley. El legislador de 1887 con muy buen criterio estimó oportuno no dejar dudas al respecto y redactó el art. 16 de la Ley 57 de 1887 que dice: “Fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el art. 140 del código y en el 13 de esta ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial, etc.”.

De lo que se deduce que en Colombia la tesis de los matrimonios inexistentes se impone por el imperio de la regla de que tuera de los casos de nulidad no hay más; sobre la existencia y valor de esta regla no cabe discusión de ninguna clase. Ahora bien: en ninguna parte nuestra ley ha señalado como causal de nulidad la identidad de sexo de los contrayentes, o la celebración del matrimonio sin la presencia del funcionario civil que lo autorice; y al no admitirse la tesis de los matrimonios inexistentes tendríamos que dichos simulacros de matrimonios serían perfectamente válidos, cosa que repugna a la lógica más elemental.

Por otra parte la teoría de la inexistencia de los matrimonios y de los actos jurídicos en general es regla que está dominando todo el sistema legal; los esfuerzos que se hagan para negarla son vanos. Algunos autores franceses critican la teoría de los matrimonios inexistentes; y para el caso de aquellos matrimonios celebrados en ausencia del funcionario civil, o en donde hay identidad de sexos, afirman que al lado de las nulidades expresamente contempladas por la ley es necesario admitir ciertas nulidades (de carácter absoluto) para los casos enumerados; que la máxima de que no hay nulidades sin un texto expreso de la ley es una máxima vana y falsa (Colin, Capitant, etc., ob. cit. I. p. 178 y ss.).

Pero esta argumentación no puede aceptarse en derecho colombiano por dos motivos:

1º—Por ser en sí misma ilógica y falsa; los mismos autores que critican la teoría de los matrimonios inexistentes y pretenden reducirlos a simples nulidades virtuales, afirman que éstas se “desprenden suficientemente de la definición misma y de la naturaleza esencial del matrimonio” (Colin, etc., I. p. 180). Pero una nulidad virtual que es necesario admitir cuando le falta al matrimonio uno de los requisitos de su naturaleza esencial, no es acaso una nulidad que lo hace inexistente? En consecuencia la crítica sólo recae sobre las palabras empleadas y no sobre el fondo de la cuestión; que se llamen “matrimonios virtualmente nulos” a los que se llaman “matrimonios inexistentes” da lo mismo.

2º—Pero la ley positiva colombiana, a diferencia de la ley francesa, ha estatuido la prohibición de crear más causales de nulidad a las previstas en la ley. Por tanto no existen nulidades tácitas o virtuales.

3º—En nuestro derecho, como lo veremos, los efectos de la inexistencia de un matrimonio son completamente diferentes a los de la nulidad.

## B) MATRIMONIOS ANULABLES

**94.—Regla de orden general.—No hay más nulidades que las expresamente formuladas en la ley.—Fundamento y razón de ser de esta regla.**—Varios motivos justifican la existencia de esta regla formulada por el art. 16 de la Ley 57 de 1887:

1º—La importancia y seriedad que debe revestir el acto del matrimonio, el cual, además, de ser un acto jurídico por su origen, por sus efectos es una verdadera institución de todo orden social. Serían muy graves los peligros que se seguirían el dejar o permitir que cualquier omisión o exceso, que la más mínima irregularidad acarree la nulidad del mismo. De ahí porque la ley, de los requisitos exigidos para su constitución y perfección, escogió sólo los más graves y que miran más al interés general que al particular, para que su violación sea motivo de nulidad. La violación de cualquiera otro no afecta la validez del matrimonio.

2º—La diferencia fundamental existente entre el contrato de matrimonio y los demás contratos que versan sobre cosas; en éstos los particulares establecen su reglamentación, efectos, su disolución y los pueden someter a término o condición; el matrimonio, en cambio, sólo en su origen es contrato, porque presupone necesariamente y siempre un acuerdo de voluntades; pero la reglamentación, efectos, causales de disolución lo hace directamente la ley mediante reglas imperativas que no pueden ser modificadas ni alteradas por los contrayentes.

3º—En cuanto a los efectos de las nulidades existe una diferencia fundamental entre la nulidad de un matrimonio y contrato sobre cosas; la nulidad del matrimonio es algo que trasciende al interés social; ella va a afectar no sólo las relaciones entre los contrayentes sino especialmente las de los hijos habidos en el matrimonio; en cambio la anulación de un contrato sobre cosas sólo tiene repercusiones individuales, porque a cada individuo generalmente se le puede restablecer fácilmente en su statu quo ante; en el matrimonio ello es imposible, por cuanto existen efectos en el pasado que es imposible destruirlos como igualmente efectos en el futuro como son las obligaciones y deberes de los padres para con los hijos, etc. Todo esto ha llevado a la mayor parte de los legisladores a proceder con suma prudencia al establecer las causales de nulidad del matrimonio y especialmente a reglamentar sus efectos. El legislador colombiano ha elaborado un sistema de efectos de nulidades en el matrimonio que consulta los dictados de la justicia y las exigencias del orden social, sistema que es tal vez el más científico y avanzado de todos los sistemas posibles sobre esta materia. De aquí se

desprende la segunda regla fundamental que gobierna la teoría de las nulidades en derecho colombiano.

**95.—Segunda regla fundamental: Los efectos de las nulidades del matrimonio son diametralmente distintos a los efectos de las nulidades de los contratos que versan sobre cosas.**—El art. 1746 del código regula los efectos de las nulidades de los contratos que recaen sobre cosas; en cambio los efectos de las nulidades del matrimonio están reguladas por los arts. del L. I. y especialmente por el art. 148 del código. Pronunciada la nulidad de un contrato sobre cosas las partes pueden pedir que sean restablecidas al mismo estado de cosas en que se hallarían si no hubiese existido el contrato; en cambio al decretar la nulidad de un matrimonio es verdaderamente imposible ese restablecimiento, es decir, suponer que no existió el acto del matrimonio.

Veamos ahora el desarrollo de estas dos reglas estudiando: 1º Cuáles son las causales de nulidad del matrimonio distinguiendo las que generan nulidad absoluta de las que generan nulidad relativa; 2º Los efectos de la nulidad o inexistencia de un matrimonio.

## I

### CAUSALES DE NULIDAD

#### a) *Causales de nulidad absoluta.*

96.—Son causales de nulidad absoluta aquellas que no admiten el ser saneadas por el tiempo ni por la confirmación de las partes. Las únicas causales de nulidad absoluta son:

**I.—La bigamia.**—Si uno de los contrayentes estaba unido con el vínculo matrimonial y así contrajo un segundo matrimonio este nuevo matrimonio queda afectado de una nulidad absoluta. Esta nulidad no tiene remedio de ninguna clase. En consecuencia:

1º—Aquellos matrimonios que en el momento de la celebración uno de los cónyuges estaba unido con el vínculo matrimonial con otra persona, son nulos aunque en el momento de pedir la nulidad el primer matrimonio se hubiese disuelto por la muerte del otro cónyuge.

2º—Es nulo el matrimonio que en el momento de la celebración existía en alguno de los contrayentes el vínculo matrimonial con otra persona aunque en el momento de declarar la nulidad se hubiese declarado nulo el primer matrimonio.

3º—La declaración de muerte de un cónyuge por desaparecimiento no destruye el vínculo matrimonial si existía. Por tanto si el cónyuge del desaparecido se casa y posteriormente se tiene

la evidencia de la muerte real del desaparecido, el 2º matrimonio será válido o nulo según se haya efectuado posteriormente al día de la fecha de la muerte real o con anterioridad a ella.

**97.—II.—Existencia de lazos de parentesco.**—(art. 140 Nos. 9º y 11; art. 15 Ley 57 de 1887). La nulidad de los matrimonios entre parientes consanguíneos por la línea directa y la de los colaterales hasta el 2º grado, no es subsanable aunque en el momento de la celebración no hayan sabido el lazo de sangre que los unía, como en el matrimonio de un hermano legítimo y una hermana natural; la ignorancia completa del lazo de parentesco exonerará de las sanciones de orden penal pero no de la declaración de nulidad.

Igualmente son nulos los matrimonios entre parientes adoptivos en primer grado y los de los parientes afines legítimos en primer grado de la línea recta.

**III.—Matrimonio del asesino de su cónyuge anterior.**—(art. 140 del c. c. Nº 8º, art. 15 ley 57 de 1887). Esta causal solo obra cuando el cónyuge se le ha declarado responsable penalmente (V. Nº 69).

Solo existen estas tres fuentes de causales de nulidad absoluta: existencia de un vínculo matrimonial en alguno de los contrayentes, existencia de lazos de parentesco y haberse declarado responsable penalmente a uno de los cónyuges de la muerte del otro.

**98.—¿Quiénes pueden pedir la declaración de nulidad absoluta?**— A este respecto la ley ha guardado silencio completo; será necesario, por tanto, aplicar las reglas del derecho común. Tratándose de una nulidad absoluta podrá ser solicitada: 1. Por el Ministerio público; 2. Por los mismos cónyuges; 3. Por el mismo juez que celebró el matrimonio, el cual podrá declararla de oficio (art. 15 de la Ley 57 de 1887); 4. Por los parientes consanguíneos de los cónyuges; 5. Por cualquier persona que justifique un interés serio y legítimo en su declaración

Para solicitar la declaración de nulidad absoluta de un matrimonio es necesario acreditar que existe actualmente el vínculo; no podrá pedirse cuando el matrimonio nulo se ha disuelto por muerte de alguno de los cónyuges; caso en el cual tendremos que dicha matrimonio tuvo validez mientras existió; dicha validez ya no podrá atacarse.

#### b) *Causales de nulidad relativa*

**99.**—Estas nulidades son establecidas en interés de los contrayentes y de las familias de éstos. Se caracterizan: 1º Son sub-

sanables; 2º Sólo un número limitado de personas puede solicitarlas.

Solo existen tres fuentes de causales de nulidad relativa, a saber: 1. Vicios del consentimiento; 2. Falta de capacidad y 3. Incompetencia del funcionario que autoriza el matrimonio.

**100.—I.—Vicios del consentimiento.**— El consentimiento se vicia cuando la voluntad de alguno de los contrayentes incurre en error, o es víctima del dolo o la violencia. Respecto al matrimonio es necesario eliminar la lesión como vicio que hace referencia a una chocante desproporción en las prestaciones de orden pecuniario y que por tanto sólo es susceptible de presentarse en los contratos que versan sobre cosas y no en el matrimonio que es una unión de personas.

Nuestra ley positiva excluye el dolo como vicio del consentimiento en el acto del matrimonio guardando silencio al respecto, el cual se explica. Corresponde al silencio que sobre el mismo punto guardó el gran Código de Napoleón; éste a su vez no hizo otra cosa que inspirarse en un principio tradicional resumido por Doysel en este adagio de un "cinismo lapidario": "En el matrimonio engaña quien puede" (En mariage, il trompe qui peut). No obstante este principio ha recibido, y con razón, ardientes críticas; es chocante, dice Jossierand, ver cómo una institución como el matrimonio, viene a ser, con el consentimiento del legislador, la tierra propicia para la intriga y el fraude (I. p. 456)".

Las nuevas legislaciones admiten el dolo como vicio del consentimiento (código alemán: art. 1.334; suizo: art. 125). En igual sentido se pronuncia el proyecto de código civil pan-americano, precisando que el dolo que vicia la voluntad para el matrimonio "debe ser de tal naturaleza que haga suponer que el cónyuge, de conocer el estado real de las cosas no habría nunca consentido el matrimonio y no podría tolerar ulteriormente la unión conyugal" (art. 108, inc. 2º).

No obstante en el derecho moderno se ha mitigado notablemente esta regla injusta. Todo engaño o fraude de uno de los contrayentes a fin de inducir a la celebración del matrimonio al otro, cuando reviste ciertas características de gravedad, es susceptible de engendrar un error grave, y estos errores sí constituyen vicio del consentimiento.

Los dos únicos vicios del consentimiento son, pues, el error y la violencia.

**101.—a) El error.**— El matrimonio es anulable: "1º Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos (art. 140 del c. c.)".

Importa dilucidar: 1º Cuál es el alcance de este vicio del consentimiento; 2º Cómo puede sacarse; 3º Qué personas pueden pedir la nulidad del matrimonio por error.

A) *El alcance de este vicio del consentimiento.*—La naturaleza del error como vicio de la voluntad en el matrimonio es diferente de la del error en los demás contratos. Al paso que en éstos el error mira a la cosa objeto del contrato y a su causa, y excepcionalmente a las personas contratantes, en el matrimonio el error solo puede recaer sobre las personas mismas de los contrayentes, lo cual es lógico ya que en este acto cada persona es a la vez sujeto activo y pasivo, objeto y causa del matrimonio.

¿De qué clase debe ser el error sobre la persona para que constituya vicio del consentimiento y permita anular el matrimonio?

Necesario es analizar las distintas clases de error que pueden presentarse sobre las personas y ver cuáles lo invalidan y cuáles no.

102.—1 El error sobre la identidad física de los contrayentes excluye totalmente el consentimiento; hace que el matrimonio sea inexistente (V. Nº 89). El legislador no ha podido referirse en el Nº 1º del art. 140 a esta clase de error, pues, para que haya vicio del consentimiento se requiere que siquiera tenga un principio de existencia.

103.—2. Existe error acerca de la identidad civil o jurídica de la persona. como en el caso de que un colombiano proyecte casarse con una venezolana sin conocerla físicamente; la venezolana viene a casarse a Colombia, pero muere en el camino. Otra mujer sabedora de los proyectos de la muerta le roba los papeles y se presenta en su lugar. Si el matrimonio se celebra con esta 2ª mujer, hay error del varón sobre la persona de la mujer, mas no un error sobre la persona física puesto que sí quiso casarse con la mujer que compareció ante el juez; hay error acerca de la persona civil, pues, consintió en casarse con una mujer con la que no había pensado en casarse (Champeau y Uribe, I. p. 194).

Esta clase de errores vician el consentimiento y dan lugar a la nulidad del matrimonio.

104.—3.—**Errorès sobre calidades esenciales de las personas de los contrayentes.**— Cuando uno de los contrayentes se casa en consideración a la existencia de determinadas calidades personales en el otro contrayente, y resulta fallida su voluntad, tenemos un error; el cual será capaz de constituir causal de nulidad cuando la calidad es esencial. ¿Qué calidades son esenciales y cuáles no?

Para ello es necesario distinguir ciertas calidades personales de orden físico u orgánico, de orden moral y de orden jurídico o social.

**105—**a') **Constituyen errores sobre cualidades sustanciales físicas u orgánicas: 1º La impotencia sexual de uno de los cónyuges.**— Debe tenerse en cuenta que si bien este defecto no constituye en sí mismo un vicio moral, no obstante dada la finalidad del matrimonio, cual es la procreación, constituye un vicio esencial o sustancial. ¿Porqué la impotencia sexual constituye una calidad matrimonial esencial? Porque “el fin principal del matrimonio es la procreación de los hijos; este fin no es exclusivo del derecho canónico, sino también del derecho positivo, pues, constituye el fin principal de la unión del hombre con la mujer” (E. Zuleta Angel, en “Comisión de Reforma del Código Civil” p. 248). La no existencia de esta calidad matrimonial esencial en alguno o ambos de los de los cónyuges constituye un vicio del consentimiento, puesto que dada la finalidad del matrimonio, la ley civil a semejanza de la ley canónica, presume la potencia de ambos cónyuges; cada uno se casa en consideración a que el otro está provisto de esta calidad esencial.

**106.—¿Qué clase de impotencia destruye esta calidad esencial?** Existen dos clases de impotencias: una absoluta y que hace imposible el acto sexual; otra relativa, que sin hacer imposible el acto sexual, hace imposible la procreación.

El derecho canónico solo tiene en cuenta la primera; no considera la segunda por cuanto se “ establece como presunción de derecho que si se realiza el acto sexual existe posibilidad de engendrar; en efecto: científicamente es casi imposible demostrar esta última impotencia cuando existe potencia para el acto” (E. Zuleta A., “Comisión de reforma del código civil”, p. 250).

En cuanto a nuestro derecho civil las cosas deben suceder de manera diferente. En consecuencia: 1. La impotencia absoluta constituye siempre y sin discusión causal de nulidad por error; 2. Se presume solo relativamente (*juris tantum*) que si se puede realizar el acto sexual entre los cónyuges de manera normal, existe posibilidad de engendrar. Pero dada la naturaleza de esta presunción se deduce que ella puede ser destruida bajo el peso de la prueba contraria. No es cierto que científicamente sea imposible en todos los casos demostrar la impotencia relativa; por tanto cuando ella pueda acreditarse plenamente constituye un vicio del consentimiento.

**107.—Condiciones para que pueda prosperar la nulidad del matrimonio por impotencia.**—1. No siendo la impotencia

causal independiente de nulidad, sino tributaria del N<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> del art. 140 o sea del error, dedúcese, no puede ser alegada sino por el cónyuge que no tuvo conocimiento de ella; porque si uno de los cónyuges es impotente y el otro tuvo conocimiento de ese vicio, no ha cometido error; el cónyuge inapto jamás puede alegar esta nulidad; 2. La impotencia debe ser concomitante al momento de la celebración del matrimonio; 3. La impotencia debe ser irremediable; en caso contrario no podrá prosperar esta causal de nulidad.

**108.—2<sup>o</sup>—Ciertas enfermedades orgánicas.**— Para que una enfermedad orgánica constituya un vicio esencial para el matrimonio se requiere: 1. Que sin hacer imposible la procreación, haga que ésta se efectúe en condiciones anormales; 2. Que haga imposible la vida común de los cónyuges; 3. Que sea irremediable.

Tal es el caso del matrimonio con un sífilítico o un elefantíaco. Como vicio del consentimiento requiérese que haya existido en el momento del matrimonio y no haya sido conocida por el otro cónyuge.

**109.—b') Constituyen errores sobre calidades sustanciales de orden moral y social:** 1<sup>o</sup>—La existencia de alguna condena anterior al matrimonio de pena privativa de la libertad; mas sólo deben tenerse en cuenta aquellas penas graves y que se imponen precisamente en razón a que el delincuente manifiesta una personalidad eminentemente inmoral y anti-social. El juez tiene una gran libertad de apreciación a este respecto. Para que pueda prosperar esta causal de nulidad se requiere: 1. Que la personalidad anti-social en razón de la cual ha sufrido graves condenas penales un cónyuge, ha sido completamente desconocida del otro cónyuge, en forma que al haberla conocido no se hubiese casado con él. (Ejemplo: a) un individuo cometió el delito de homicidio en el padre de su esposa; ésta se casa con él sin saber esta circunstancia; la mujer ha cometido un error tan grave que alcanzó a viciar su consentimiento y da lugar a la nulidad; b) una esposa descubre, después de su matrimonio que al que ha tomado por marido, fue el mismo que cometió el delito de estupro en una de sus hermanas o parienta cercana; puede pedir la nulidad del matrimonio por error). 2. Que dadas las condiciones de moralidad del cónyuge engañado, y la gravedad del delito cometido por el otro, se haga imposible o difícil la continuación del hogar.

2<sup>o</sup>—La existencia en el momento del matrimonio de alguna enfermedad mental incurable.

**110.—c') Calidades sustanciales discutibles.**— La nacionalidad: un varón entiende casarse con una francesa y resulta casado con una polaca; 2. La religión: una mujer entiende casarse con un católico y resulta casada con un protestante; 3. El

estado civil; un varón entiende casarse con una mujer que tiene la calidad de hija legítima y resulta espuria; 4. La virginidad: la mujer resulta desflorada cuando el marido contó con su virginidad.

Los dos primeros casos no son causales de nulidad; tal vez en casos excepcionales lo sería la religión en cuanto uno de los cónyuges impida al otro el ejercicio de su culto y trate de imponerle el suyo. El tercer caso no es jamás causal de nulidad, por cuanto nuestra legislación se ha movido en estos últimos años en el sentido de igualar ante el derecho a los hijos naturales y legítimos. En cuanto a la cuestión de la virginidad ha sido un problema muy discutido tanto en doctrina como en legislación. El código del Brasil de manera expresa establece en el art. 219: "Se considera que hay error esencial sobre la persona del otro cónyuge: . . . "IV El desfloramiento de la mujer ignorado por el otro cónyuge". Parece que la virginidad no haya de constituir una cualidad esencial del matrimonio, pues, en sí depende de un hecho orgánico: integridad del limen. Pero sucede que el desfloramiento en una mujer generalmente implica ausencia de ciertas cualidades de orden moral y porque el marido no sabe a ciencia cierta si se trata de un desfloramiento fortuito o si se ha casado con una prostituta lo que en todo caso puede constituir para él una grave desilusión.

**111.—Dentro de una interpretación científica del numeral 1 del art. 140 del código caben los errores sobre las cualidades sustanciales estudiadas.**— La mayor parte de nuestros expositores solo dan cabida al error sobre la identidad civil y física de la persona en el error sobre la persona que contempla el N<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> del art. 140 del código. Pero esta es una interpretación demasiado estrecha y que no consulta la verdadera finalidad que hace necesaria la ley.

1<sup>o</sup>—El error sobre la identidad física de la persona no vicia el consentimiento sino que lo destruye completamente y da lugar a la inexistencia del matrimonio; en consecuencia, el mencionado numeral sólo se aplicaría para los errores sobre la identidad civil de la persona. Y cuando el legislador previó y reglamentó el error sobre la persona fue porque previó que tendría aplicaciones, pues, de lo contrario habría guardado silencio.

2<sup>o</sup>—Moral y socialmente no se justifica el quitarle su contenido al N<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> del art. 140; el estado de nuestra civilización exige que se tomen en consideración los errores sustanciales sobre las personas como causales de nulidad.

3—En nuestra ley positiva no se admite el divorcio vincular; luego es necesario que el matrimonio encuentre una válvula de escape para su rompimiento en el sistema de nulidades.

111 bis.—Lo que estatuye el proyecto de “Código civil panamericano” en materia de error. Según el art. 106 “El consentimiento se considera viciado por error, cuando el cónyuge ha cumplido las formalidades de la celebración del matrimonio sin haber tenido la intención de casarse o en la creencia de casarse con otra persona, o cuando el cónyuge haya sido inducido a error, sobre las cualidades esenciales, físicas, morales y sociales del otro cónyuge, tan importante que, sin ellas él no habría consentido el matrimonio y no puede ser obligado razonablemente a continuar y tolerar la unión conyugal”.

El art. 107 estatuye: “Para los efectos del artículo precedente las cualidades esenciales de la persona son las relativas:

“1) A la identidad física de la persona;

“2) A la ignorancia, anterior al matrimonio, de un defecto físico irremediable (*hermafroditismo*), impotencia de todo género, *conformación teratológica*) o de una enfermedad constitucional crónica e incurable, contagiosa y hereditaria, gravemente perjudicial a la salud del cónyuge y de la descendencia;

“3) A la ignorancia de la desfloración, preñez o *prostitución* de la mujer, anteriores al matrimonio;

“4) Al honor y a la reputación del cónyuge, si se trata de falta grave que hace insoportable la vida conyugal;

“5) A la ignorancia del estado social de la persona, no ya relativamente a su fortuna, sino cuando la situación social del cónyuge es demasiado diferente o inferior a la supuesta, o es de nacionalidad diferente que la que se creía, es un eclesiástico que está ligado por un matrimonio religioso anterior, o hay otras circunstancias análogas....”

**112.—Quién puede alegar la nulidad por error y cómo se sanea.**— Sólo puede alegar la nulidad el contrayente que padeció el error (art. 142 c. c.).

No habrá lugar a la nulidad del matrimonio por error, si el que lo ha padecido hubiere continuado en la cohabitación después de haber conocido el error”. A este respecto es muy vaga la ley; si un error no se conoce sino después de diez años de llevar vida común, tendrá el cónyuge engañado facultad para pedir la nulidad. La ley debiera haber señalado un plazo dentro del cual se sanean las nulidades por error, por ejemplo el dos años. Además cuántos días o meses o años abarca ese “después” de que habla la ley? En todo caso es un lapso corto o largo el que se concede al otro cónyuge para pedir la nulidad después de haber conocido el error. Serán los jueces los encargados, de acuerdo con las circunstancias, de señalar los límites dentro de los cuales debe aplicarse el mencionado texto legal.

**113.—b) La violencia (art. 140, Nos. 5º y 6º).**— Para que la violencia o fuerza sea capaz de viciar la voluntad se requie-

re: 1. Que revista cierta intensidad, "que sea suficiente para obligar a alguno a obrar sin libertad"; 2. No importa de donde provenga la violencia; puede venir del otro cónyuge o de un extraño; hasta que alcance a viciar el consentimiento, en forma que sin esa violencia la voluntad del cónyuge violentado no hubiera decidido a casarse; 3º Se requiere además que sea ilegítima, injusta. El varón que ha abusado de una mujer menor de 16 años y teme sea denunciado ante la autoridad y castigado en razón del delito cometido, resuelve casarse, ha obrado presionado; pero esa violencia lleva su justificación en sí misma; 4. El juez tiene facultad para apreciar en cada caso si hubo violencia o no; para ello tendrá en cuenta la edad, sexo, condición, grado de instrucción del que ha sufrido la violencia, y con estos elementos decidirá si la voluntad fue viciada o no.

El código presume vicio del consentimiento por violencia en las mujeres raptadas contra su querer (a eso equivale la expresión: "robada violentamente"); en cambio, aquellos raptos donde la mujer ha consentido en huir con el raptor, aunque engañadas, no constituye vicio del consentimiento; dicha distinción obedece a la regla de orden general de que el dolo no es vicio del consentimiento para el matrimonio (art. 140 Nº 6º).

¿Quién puede pedir la nulidad del matrimonio por violencia y cómo se sana? Únicamente la persona que la sufrió. Se sana, si después de que quedó en libertad la persona que sufrió la violencia, ha vivido el otro cónyuge por espacio de tres meses, sin reclamar (art. 145 del c. c.).

#### 114.—II.—Falta de capacidad para el matrimonio. a)

**La edad.**— El matrimonio es anulable cuando se ha contraído entre un varón menor de 14 y una mujer menor de 12 años (art. 140 Nº 2º) Esta nulidad puede ser pedida: por los padres de los impúberes o por el curador, por el impúber asistido por un curador ad litem. Se sana: si después de llegar a la pubertad siguen viviendo tres meses (saneamiento tácito) o si una vez que llegan a la pubertad renuncian expresamente a pedirla (saneamiento expreso); también se sana cuando la mujer ha concebido (sea ella la impúber o el varón) y esta concepción sea la obra del marido (art. 143 del c. c.).

b) *Enfermedades mentales.*—Estas también excluyen en materia de matrimonio la capacidad en personas mayores de edad (V. No, 55).

#### 115.—III.—Incompetencia del funcionario; testigos.—

(No 1º del art. 19 de la ley 57 de 1887. Solo se aplica esta disposición legal al matrimonio celebrado ante un juez municipal donde no tenía su domicilio la mujer, o se celebró ante el juez competente pero sin testigos o con testigos inhábiles. En conse-

cuencia: solo incompetencia del juez municipal, ausencia o inhabilidad de testigos generan esta clase de nulidad (Champeau y Uribe, I. p. 199).

Hemos visto que es inexistente el matrimonio en donde no interviene el funcionario civil o interviene uno distinto a un juez municipal.

La nulidad proveniente de la incompetencia del funcionario sólo puede ser alegada por los contrayentes, sus padres o guardadores (art. 144 del c. c.). ¿Cómo se sana esta nulidad? No lo ha dicho la ley en el título del matrimonio; pero en tratándose de una nulidad relativa debe aplicarse el derecho común; motivo por el cual puede sanearse por la ratificación expresa de los contrayentes, y por el transcurso de cuatro años (art. 1750 del c. c.).

## II

### EFFECTOS DE LA INEXISTENCIA O DE LA DECLARACION DE NULIDAD

#### 116.—A) Efectos de la inexistencia del matrimonio.—

Como su nombre lo indica el matrimonio inexistente es el que no alcanzó a tener existencia jurídica; por lo tanto se considera no haber existido jamás; si se decreta su inexistencia por un funcionario, ese decreto sólo tiene valor declarativo; no es constitutivo de ninguna situación jurídica nueva. De donde se deduce:

1.—La sociedad de personas que existió constituyó un simple concubinato; los hijos tendrán la categoría de naturales, sin distinguir la buena o mala fe de los contrayentes.

2.—La sociedad de bienes que pudo haberse formado se considerará como una sociedad de hecho, semejante a las que se forman entre concubinos.

3.—Cualquiera de los contrayentes de un matrimonio inexistente puede casarse nuevamente sin necesidad de decreto judicial y el nuevo matrimonio no quedará atacado de nulidad; tampoco puede aplicarse pena alguna al cónyuge en razón del delito de bigamia, por cuanto este delito supone el que una persona esté ligada al mismo tiempo con dos vínculos matrimoniales, y el funcionario instructor o de la causa deberá acreditar esa primera circunstancia, la que no se acredita cuando uno de los matrimonios se celebró ante un alcalde, por ejemplo.

*En resumen:* el matrimonio inexistente no produce efectos ni en el pasado ni para el futuro.

#### 117.—B) Efectos de la declaración de nulidad.—Reglas que gobiernan esta materia.—I.—La nulidad del matrimonio hace cesar todos sus efectos.—

De lo cual se deduce:  
1º Los cónyuges cuyo matrimonio se anula quedan en libertad de

contraer uno nuevo, por cuanto la nulidad destruye integralmente el vínculo existente. 2º Cesan entre los consortes todos los derechos y obligaciones recíprocos (la mujer deja de tener como domicilio el del marido, cesa la obligación de fidelidad de ambos, el marido queda exonerado de sostener a su mujer, etc.). 3º Si a pesar de la anulación los cónyuges vuelven a hacer vida común esta unión será un concubinato. 4º Se rompe el contrato relativo a los bienes (capitulaciones matrimoniales); se procede a liquidar la sociedad conyugal de gananciales.

**118.—II.—La nulidad del matrimonio produce efectos para el futuro.—No para el pasado.**—Dentro del sistema clásico la nulidad producía sus efectos no sólo para el futuro sino también para el pasado. Se elaboró un estatuto de las nulidades absoluto y uniforme; no importaba que se tratase de nulidades absolutas o relativas, de las nulidades de los contratos que versan sobre las cosas o de la nulidad del único contrato de personas o sea el matrimonio. Se predicó como un dogma inflexible que el efecto de toda nulidad se remontaba a la época de la celebración del contrato anulado; se daba como motivo el que la nulidad era producida por un vicio concomitante a la celebración del respectivo contrato, luego hasta allá debían remontarse los efectos.

El acto del matrimonio se consideraba destruido desde la época de su celebración (*ex tunc*) y no del día en que pronunciaba la nulidad (*ex nunc*). Era la aplicación rigurosa de la máxima: "*Quod nullum est nullum producit effectum*".

La fundamentación de esta regla la encontraron nuestros juristas en el art. 1.746 del código, que dice: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícitos...". A este artículo se le dio un doble alcance: 1º Se le consideró como una traducción fiel de la regla romana "*quod nullum est nullum effectum producit*"; 2º Se le dio una aplicación general tanto para los contratos que versan sobre cosas, como para el contrato de matrimonio.

De la aplicación de esta regla para el matrimonio se dedujeron estas consecuencias lógicas:

a) Los hijos habidos por los cónyuges cuyo matrimonio se anula son hijos naturales, pues, al restablecerse las cosas al estado anterior se supone no haber existido jamás vínculo matrimonial; los hijos fueron habidos por personas solteras. b) La vida común de los cónyuges, entre la fecha de la celebración del matrimonio y la de la declaración judicial de la nulidad, se consideraba como un simple concubinato, pues, el matrimonio y sus efectos desaparecen para el pasado. c) Se supone no haber existido jamás contrato sobre bienes; la masa de bienes que aparezca el día de la

declaración de nulidad se considera como una sociedad de hecho habida por concubinos. 4º La declaración de adulterio de la mujer desaparece completamente, puesto que la nulidad destruye en el pasado la obligación de fidelidad. 5º Toda vocación sucesoral de los hijos respecto a sus padres o de un cónyuge respecto a otro desaparece retroactivamente.

Como se ve los efectos de la declaración de nulidad eran iguales a los de un matrimonio inexistente.

**119.—La teoría de los matrimonios putativos.**—Pero ante estas consecuencias duras e injustas de una lógica cerrada y sistemática, que vuelta de espaldas a la realidad y a las exigencias prácticas del derecho, se hicieron algunas derogaciones a la aplicación de la regla "quod nullum est... etc.", especialmente en materia de matrimonio. En ciertas circunstancias se dispuso que los efectos de la nulidad del matrimonio no se remontaban al pasado, al día de la celebración, sino únicamente a partir del día de la declaración de la nulidad. Para ello se recurrió a la exótica teoría de los matrimonios putativos.

*¿Qué cosa es un matrimonio putativo?* Es aquel que habiendo sido anulado es tenido no obstante por matrimonio verdadero, en razón de haberse contraído de buena fe, ignorando ambos cónyuges o uno de ellos el impedimento u obstáculo que había para su celebración. Llámase putativo del verbo latino putare, o sea creer o juzgar.

Esta teoría de los matrimonios putativos tuvo su origen en el derecho canónico, según el cual ante la necesidad de darle alcance pleno a la máxima "quod nullum est nullum...", etc., se vieron obligados los canonistas a recurrir a la ficción del matrimonio putativo.

Para que haya matrimonio putativo se requiere la buena fe en ambos de los contrayentes o en uno de ellos. Esa buena fe consiste en no tener conocimiento de un impedimento dirimente, como en el caso del matrimonio de dos hermanos que ignoran el lazo de parentesco que los une.

Fue recogida esta doctrina por la legislación francesa en sus arts. 201 y 202 e igualmente por el derecho español. Cuando hay matrimonio putativo no se borran en el pasado sus efectos, es decir, la nulidad de un matrimonio putativo sólo produce efectos para el futuro; los hijos habidos entre la fecha de la celebración y el día de la declaración judicial de la nulidad tienen el carácter de legítimos, el cónyuge de buena fe tuvo el título de cónyuge legítimo; pero si uno de los cónyuges obró de mala fe respecto a él no hay matrimonio putativo (Colin, Capitant, ob. cit. I., p. 183 y ss.; Josseland, I. p. 468 y ss.).

Tal es en síntesis el sistema clásico de los efectos de las nulidades en materia de matrimonio.

**120.—La legislación colombiana no consagró el sistema clásico sobre efectos de nulidades en materia de matrimonio.**—Que los efectos de las nulidades en materia de matrimonio sólo producen efectos a partir del día en que se declara la nulidad en todos los casos, y no se remontan al pasado, y que la teoría de los matrimonios putativos no juega ningún papel en esta materia es un hecho cierto a la luz de nuestra legislación como la vamos a ver.

1º—El libro I de nuestro código civil reglamenta la materia relativa al derecho de las personas y al derecho de familia puro; en este libro se encuentra reglamentado el matrimonio (arts. 113 y ss.); este contrato y a la vez institución requería una reglamentación especialísima y sustancialmente diferente a la de los contratos que versan sobre cosas. El título 5º (art. 140 a 152) de este libro I con el encabezamiento “De la nulidad del matrimonio y sus efectos” reglamentó las causales y efectos de las nulidades del contrato de matrimonio; las reglas de este título sólo pueden aplicarse al matrimonio y no a un contrato diferente que verse sobre cosas.

Las reglas relativas a la reglamentación de los contratos que versan sobre cosas se encuentran en el Libro IV “De las obligaciones en general y de los contratos” (arts. 1.494 y ss.); estas reglas sólo se refieren a los contratos que versan sobre cosas; de ese libro no podemos sacar reglas para aplicar al contrato de matrimonio, ni siquiera por analogía, dada la diferente naturaleza del contrato sobre personas que se reglamenta en el libro I y de los contratos sobre cosas que se reglamentan en el libro IV. En el mencionado libro IV del código se reglamenta lo relativo a las nulidades y sus efectos (Título 20.—De la nulidad y la rescisión, arts. 1.740 y ss.); nadie, pues, podrá poner en tela de juicio que la reglamentación que hace el título 20 del libro IV del código sólo se refiere a los contratos sobre cosas.

2º—El solícito cuidado del legislador por separar bien la reglamentación del contrato de matrimonio y de los contratos sobre cosas se manifiesta en el hecho de que prefirió romper con las reglas de la didáctica, al reglamentar en el libro I únicamente el contrato de matrimonio referente a la asociación de las personas, y en vez de reglamentar en seguida el contrato de matrimonio referente a los bienes (contrato de capitulaciones matrimoniales), como lo exige un buen método de exposición, lo reglamentó junto a los contratos que versan sobre cosas (L. IV. título 22, arts. 1.771 a 1.849).

3º—La regla de que la nulidad de un contrato tiene la potencialidad de borrar sus efectos en él, pasado de acuerdo con la máxima de “quod nullum est nullum producit effectum” para muchos de nuestros expositores se halla inscrita en el art. 1.746 del código; suponiendo por el momento que este artículo es una tradición

fiel de dicha regla, tenemos no obstante que ella se halla inscrita en el libro IV del código, es decir, donde se reglamentan los contratos sobre cosas; luego es a esos contratos a los que se aplica y solo a ellos.

Para que dicha regla se aplicara al contrato de matrimonio sobre personas se requeriría que la ley de manera expresa la hubiese inscrito en el libro I, en el título de las nulidades del matrimonio; pero en ese título no se inscribió, lo cual es ya un síntoma grave sobre la no aplicación de la regla en materia de efectos de nulidades del matrimonio.

4º—Pero hay algo más crítico y grave: no solamente no se inscribió la regla tradicional sobre retroactividad de la nulidad del matrimonio en el título 5º del L. I. del código, sino que, además, existen en ese título artículos que de manera clara y explícita excluyen la aplicación de la regla “quod nullum etc...”. El primero de ellos es el 148 que dice: “ANULADO UN MATRIMONIO, CESAN DESDE EL MISMO DIA ENTRE LOS CONSORTES SEPARADOS TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES RECIPROCOS QUE RESULTAN DEL CONTRATO DE MATRIMONIO;... etc.” No hay lugar a dudas: es desde el día de la declaración de la nulidad que cesan entre los consortes los efectos del matrimonio; por tanto implícitamente está diciendo ese texto legal que los efectos entre el día de la celebración del matrimonio y el día de la declaración de la nulidad subsisten, tienen plena validez.

El segundo texto legal es el 149 que estatuye que los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo son legítimos, sin hacer distinción entre si hubo o no matrimonio putativo. Si el legislador distinguiese entre la buena y la mala fe de los contrayentes para declarar legítimo o ilegítimo al hijo procreado, tendríamos matrimonio putativo y por consiguiente una excepción al rigorismo del sistema clásico sobre efectos de las nulidades. Pero el artículo en cuestión rechaza de plano la concepción del matrimonio putativo; lo que indica que ya tenemos un efecto y talvés el más importante en donde no se aplica el sistema clásico. No es este un nuevo síntoma que revela el quiebre del sistema clásico sobre efectos de nulidades en materia de matrimonio? Tan cierto es lo dicho que autores de tanta autoridad como Champeau y Uribe encuentran la redacción del art. 149 como una verdadera anomalía en la legislación, como una verdadera falta de respeto del legislador colombiano por la aplicación de la regla tradicional “quod nullum... etc” y se hallan en graves aprietos al tratar de interpretar ese artículo dentro del sistema clásico de nulidades que creen el legislador adoptó (I. pp. 210, 211 y 212).

El tercer texto es el 151 que ordena que en la misma sentencia en que se declare la nulidad de un matrimonio se ordenará el enjuiciamiento y pronto castigo de los que resulten culpados. ¿Y

cómo se podrá castigar a un cónyuge si la nulidad de su matrimonio borra en el pasado sus efectos? Aclaremos: según el sistema clásico cuando los cónyuges han obrado de mala fe la nulidad borra los efectos en el pasado y por tanto no existe título para imponer una pena. Si se trata de la bigamia, el bigamo podrá argumentar: la nulidad de mi segundo matrimonio hace que se considere que éste no existió nunca, ¿luego porqué se me impone una pena? Y cuando los cónyuges han obrado de buena fe existe matrimonio putativo, caso en el cual sí existe título para imponer una pena, pero ¿a quién? ¿Al cónyuge inocente? De todos modos el art. 151 del código no puede aplicarse, ni tendría aplicación alguna dentro del sistema clásico sobre efectos de las nulidades.

121.—5º—Provino este sistema de una lamentable confusión entre la nulidad y la inexistencia de un matrimonio. El matrimonio que se declaró inexistente efectivamente no ha podido producir efectos de ninguna clase, porque fue una farsa, un simulacro. Mas no así el matrimonio anulable, el cual nació a la vida jurídica aunque viciado, alcanzó a tener existencia.

La sentencia del juez en donde declara que un matrimonio es inexistente por haberle faltado un elemento esencial para su constitución es declarativa; en cambio la sentencia que decreta la nulidad de un matrimonio es constitutiva, crea una situación jurídica nueva.

6º—La expresión del art. 140 del código "El matrimonio es nulo y sin efectos..." no tiene otro alcance sino el de los arts. 148 y siguientes. En verdad el artículo 140 no reglamenta los efectos de la nulidad del matrimonio, sino las causales; en todo caso dicha expresión debe mirarse como excesiva e impropia de la ley.

7º—En los anteriores puntos hemos admitido que el artículo 1.746 del código es una traducción del sistema clásico sobre efectos de las nulidades, una expresión de la máxima "quod nullum est... etc"; y aun así llegamos a la conclusión cierta e incontrovertible de que dicho artículo sólo tiene aplicación en los contratos sobre cosas y no en materia de matrimonio. Pero cabe preguntarse: en verdad el mencionado art. 1.746 del código es una expresión fiel del sistema clásico sobre efectos de las nulidades? Lo que ese art. dice no es otra cosa sino que "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, DA A LAS PARTES DERECHO PARA SER RESTITUIDAS AL MISMO ESTADO EN QUE SE HALLARIAN SI NO HUBIESE EXISTIDO EL ACTO O CONTRATO NULO... etc"; de lo cual se deduce que esta regla no es imperativa, sino interpretativa de la voluntad de las partes; que no es de aplicación rigurosa en todos los contratos que versan sobre cosas; simplemente se concede a las partes el derecho a pedir su aplicación, pero bien podrán ellas

descartarla. Y muchos casos habrá en que descartarán su aplicación por ser moral y físicamente imposible su ejecución, como en los contratos de ejecución sucesiva (contrato de arrendamiento, contrato de trabajo, contrato de renta vitalicia, contrato de transporte, etc.). Luego ni siquiera podemos decir que siempre se impone la aplicación del sistema clásico sobre efectos de las nulidades en materia de contratos sobre cosas, por no ser la regla que la expresa en derecho colombiano una regla imperativa o de orden público, sino simplemente de orden privado.

Y es que en derecho moderno se encuentra en discusión la misma autenticidad sobre el alcance de la máxima "quod nullum est...". ¿Cómo, pues, pretender aplicar al matrimonio una máxima cuya misma existencia se encuentra en discusión?

**122.—La finalidad social de la institución del matrimonio se opone a la aplicación del sistema clásico sobre efectos de las nulidades.**—1º La nulidad del matrimonio es en sí misma una sanción fuerte a la falta de algunos de los requisitos exigidos por la ley. Pero esa sanción no debe sobrepasar su finalidad, y la sobrepasaría cuando al anularse un matrimonio, sus efectos recayesen sobre seres inocentes como serían los hijos procreados, los que verían cambiarse su situación de legítimos por la de naturales; ¿qué tienen ellos que ver con la mala fe de sus progenitores? También sobrepasa esa finalidad respecto a las familias de los cónyuges, especialmente de la de la mujer, que sin más ni menos, y solo por dar satisfacción a la lógica pura de una máxima ven convertida a su hija en una concubina. La aplicación de la máxima puede justificarse en algunos contratos sobre cosas en donde se hace necesario restablecer el equilibrio primitivo, mas nunca en el matrimonio en donde ello es imposible.

2º—Es imposible reducir el derecho a una lógica pura sacrificando las exigencias de equidad y el interés social. "Ciertamente que sería deseable que la equidad y la lógica marchasen unidas; pero allí donde la unión es imposible es necesario abandonar las preocupaciones lógicas y dar satisfacción a la equidad" (Piedelière). Pero ni siquiera la lógica exige la aplicación de la máxima "quod nullum est... etc" en materia de matrimonio; es necesario no confundir la lógica de una frase con la lógica jurídica en general. La lógica de la frase exige dar efecto retroactivo a la declaración de nulidad; pero se justifica la lógica particular de esa frase dentro de la lógica jurídica general?

3º—El mismo interés social se opone a la aplicación de la frase en materia de matrimonio; el estado civil de las personas es de orden público y exige seguridad y permanencia; constituye según nuestra ley un verdadero derecho adquirido que no puede violar ni la misma ley. ¿Por qué ha de ser violado entonces por las exigencias de una frase de dudoso linaje? Tal sucedería cuan-

do a un hijo legítimo se le cambiara su situación por la de hijo natural.

Todos estos argumentos prueban lo bien fundado del sistema colombiano sobre efectos de las nulidades en materia de matrimonio.

### 123.—Las consecuencias del sistema colombiano.—1º—

El matrimonio produce todos sus efectos entre el día de la celebración y el día de la declaración de nulidad. 2º—La nulidad hace desaparecer esos efectos solo para el futuro; los derechos legítimamente adquiridos no pueden ser violados por la declaración de nulidad.

Estas son las dos reglas que integran y configuran el sistema colombiano en materia de efectos de nulidades del matrimonio. Veamos su desarrollo.

*Consecuencias de la primera regla.*—a) Los hijos procreados entre el tiempo de la celebración del matrimonio y el día de la declaración de su nulidad son legítimos. No importa que los padres hayan obrado de buena o mala fe; en la legislación colombiana no se justifica la ficción de los matrimonios putativos. El art. 6º de la ley 57 de 1887 que decía: “Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres... etc”, no tiene razón de ser en nuestra legislación; debe mirarse como no escrito frente al art. 149 del código que establece que los hijos habidos por los padres durante el matrimonio que se anula son siempre legítimos, sin distinguir si fue putativo o no.

b) Apesar de la declaración de nulidad de un matrimonio no se borra el delito penal o civil cometido (art. 151 del c. c.). Y sólo para saber si se ha cometido o no un delito se estudia la buena o mala fe de los contrayentes; si existió mala fe, serán castigados los que resulten culpables; además, de la pena quedará el cónyuge responsable obligado a indemnizar los perjuicios causados (art. 148 del c. c.).

c) Al romperse el vínculo matrimonial por la declaración de nulidad rómpese también el contrato relativo a los bienes o contrato de capitulaciones matrimoniales; en consecuencia se procede a hacer la distribución y restitución de los bienes como en los casos normales de disolución de la sociedad conyugal (art. 151 del c. c.).

124.—Excepciones a la primera regla?—El artículo 150 del código establece: “Las donaciones y promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio”. Para muchos autores este artículo constituye una demostración de la existencia de los matrimonios putativos en la ley

colombiana y por ende de la aplicación del sistema clásico sobre nulidades. Mas ello es grave error consistente en confundir la nulidad que ataca el vínculo matrimonial que unía las personas a la nulidad que ataca el contrato relativo a los bienes o contrato llamado de sociedad conyugal; el texto del art. 150 del código sólo hace referencia a una cuestión de bienes y no más que a eso; por lo demás para dicho contrato que se reglamenta en el libro IV del código (t. 22) pueden aplicarse las reglas de los efectos de las nulidades que gobiernan los contratos sobre cosas. Todo lo relativo a este contrato será estudiado más adelante; por lo pronto hasta advertir que el art. 150 del código no constituye argumento a favor de la existencia de los matrimonios putativos. Igual observación se hace respecto al art. 151.

**125.—Consecuencias de la segunda regla.**—El matrimonio deja de producir efectos a partir del día de la declaración de nulidad (art. 148 del código). Por tanto:

1º—Si por el hecho del matrimonio la mujer estaba obligada a seguir el domicilio del marido y éste a recibirla, por el hecho de la nulidad deja de tener como domicilio legal el del marido, y éste no está obligada a recibirla.

2º—La mujer queda exonerada de la obligación de fidelidad para con su marido y éste en principio de la de socorrerla;

3º—Roto definitivamente el vínculo matrimonial cada cónyuge sigue su suerte por separado; pueden volverse a casar libremente entre sí cuando el motivo de la nulidad fue sólo la incompetencia del funcionario o ausencia de los testigos o algún vicio del consentimiento; pueden casarse ambos con personas distintas cuando el impedimento de anulación fue el lazo de parentesco o sólo uno de ellos cuando el impedimento fue la existencia de vínculo anterior de matrimonio en alguno de ellos.

4º—Se extingue la potestad marital del marido sobre la persona de la mujer; si ésta es menor de edad en el momento de la declaración de nulidad pasará nuevamente a la patria potestad de sus padres; si carece de ellos necesita de un curador según las reglas generales.

5º—La mujer cesa de llevar el apellido del marido.

**126.—Las consecuencias de la segunda regla no puede violar derecho legítimamente adquiridos.**—Lo cual quiere decir que habrán ciertos efectos del matrimonio que no podrán ya borrarse para lo futuro por constituir derechos legítimamente adquiridos.

1º—La patria potestad que se venía ejerciendo por el padre sobre los hijos seguirá ejerciéndose; igualmente si era la madre la que venía ejerciéndola. El art. 149 del código sólo habla de

la potestad del padre; pero hoy día la patria potestad puede ser ejercida también por la madre;

2º—La obligación que pesa sobre los padres de criar, educar y establecer a los hijos no se extingue por la declaración de nulidad; por tanto deben contribuir con la porción determinada de sus bienes que designe el juez; “pero si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán de cargo de éste los gastos de alimentos y educación de los hijos, si tuviere medios para ello, y de no, serán del que los tenga” (art. 149 del c.c.).

## SECCION TERCERA

### EFFECTOS DEL MATRIMONIO (OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE CONYUGES)

127.—Los efectos del matrimonio se producen en dos direcciones; creando por una parte una serie de obligaciones y derechos entre los cónyuges y por otra, estableciendo obligaciones a cargo de éstos para con los hijos. En este lugar sólo estudiaremos la primera clase de efectos o sea las obligaciones que engendra el matrimonio entre los cónyuges; las relaciones entre los padres y los hijos se estudiarán al hablar de la filiación.

Los derechos y obligaciones entre los cónyuges se caracterizan:

1º—Son derechos y obligaciones de orden público y no simplemente de orden privado; los cónyuges no pueden renunciar a ellos ni antes ni durante el matrimonio; la cláusula que se estipulase en sentido contrario a uno de esos derechos u obligaciones o a la manera de su ejercicio no produce efectos de ninguna clase, se debe tener como no escrita. Así la estipulación en virtud de la cual el varón exonerara a su mujer de seguir su domicilio o en la que se estipula que el marido fija determinado sitio como residencia sin poderla cambiar, son cláusulas que no producen ningún efecto porque modifican una obligación de orden público.

Esos compromisos anexos al matrimonio (frecuentes algunos como el del que adquieren ciertos maridos con los padres de la mujer de no sacarla del hogar paterno) aunque sea en consideración a ellos que uno de los cónyuges consintiera en casarse, no sólo no producen efecto alguno, sino que ni siquiera alcanzan a afectar la validez del matrimonio ni su violación constituye fundamento para pedir el divorcio o separación de cuerpos, como tampoco es fuente de indemnización de perjuicios.

2º—Toda persona tiene libertad para casarse o no (aquí termina la parte contractual del matrimonio); pero una vez casada ha terminado su libertad; queda sometida a reglas imperativas que no le es dable violar o modificar. La ley ha establecido una serie de obligaciones y derechos entre los cónyuges en vista de la realización de los altos fines morales y sociales que se ha propuesto con la institución del matrimonio.

3º—Esas obligaciones y derechos descansan sobre estas dos bases: 1ª Igualdad que debe existir entre los cónyuges (obligaciones y derechos recíprocos); 2ª Principio de dirección y autoridad que debe haber en toda sociedad, tanto más en el matrimonio (institución de la potestad marital).

En su orden estudiaremos estas dos clases de obligaciones y derechos.

#### a) *Obligaciones y derechos recíprocos entre los cónyuges*

128.—Estos derechos y obligaciones principales son: 1º Obligación de cohabitación; 2º Obligación de fidelidad; 3º Obligación de ayuda y asistencia.

Sobre cada cónyuge pesan estas obligaciones que implican para el otro un derecho correlativo.

1º—*Cohabitación*.—El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él bajo el mismo techo y a su vez la mujer tiene derecho a que su marido la reciba en su casa (art. 178 del c. c. incs. 1º y 3º); y desde luego se comprende que la obligación y derecho pueden realizarse inversamente en caso de que sea la mujer la que tenga techo; ésta podrá constreñir al marido a que viva con ella y el marido derecho a que lo reciba en su casa; el art. 178 contempla el caso general de que es el marido quien tiene residencia.

La existencia de esta obligación se explica por sí misma, pues, el matrimonio supone la vida común.

129.—¿Cuál es la sanción para el incumplimiento de esta obligación?—¿Qué hacer en el caso de que la mujer rehuse (o viceversa) cohabitar con su marido? Podrá recurrir a la justicia y obtener por la fuerza se la obligue a cumplir con esta obligación (manu militari)? La experiencia demuestra que es imposible llegar a este extremo porque “la obligación de cohabitar comprende efectivamente un elemento material y un elemento moral y este último repugna al empleo de la fuerza pública” (Champéau y Uribe, p. 210). Se recurre más bien a estas sanciones: 1ª El cónyuge a quien se incumple puede pedir el divorcio, la cesación de la vida común, pues, hay abandono absoluto en uno de los cónyuges de sus deberes de esposo o esposa (art. 154 del c. c. ord. 4º). 2ª Si es la mujer la que incumple esta obligación se le negará el derecho a pedir alimentos a su marido, sanción que se hará ilusoria si es ella la que dispone de bienes.

130.—¿Cuándo cesa esta obligación?—El rompimiento del vínculo matrimonial (nulidad o disolución) hace cesar esta obligación. Pero existen dos casos en que cesa a pesar de subsistir el vínculo matrimonial y son: 1. El divorcio o separación de cuer-

pos, que precisamente su principal finalidad es la de extinguir la obligación de cohabitar; 2. Y el caso especial del art. 155 del código: "La demencia, la enfermedad contagiosa, y cualquiera otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa y a instancias del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado".

*¿Cuál es la finalidad de esta obligación?* No es otra sino la realización de la cópula sexual; por tanto se incumple cuando la mujer a pesar de vivir con el marido bajo el mismo techo se niega sistemáticamente a su realización o sólo la permite de cuando en vez (e inversamente cuando es el marido quien no puede realizarla o no quiere). Naturalmente que la negación por parte de la mujer al acto sexual puede explicarse y por tanto no incumple la obligación como cuando el marido "pretende usar prácticas contra natura, o anti-concepcionales, etc.". (Planiol, Ripert, Rouast, II., p. 271).

Aunque el marido violenté carnalmente a su mujer no habrá cometido delito de ninguna clase; si viola el domicilio en donde se ha escondido tampoco habrá cometido el delito conocido con el nombre de "violación de domicilio."

Las separaciones amigables que pacten los cónyuges son nulas; cualquiera de ellos puede incumplirlas cuando quiera (V. Planiol, Ripert, Rouast, II. p. 272).

**131.—2º—Fidelidad.**—El art. 176 del código establece que los cónyuges están obligados a guardarse fe, es decir, que cada uno debe ser fiel al otro. No obstante no es del mismo grado la fidelidad que se exige en la mujer que la que se exige en el marido, lo cual se observa por lo que se exige para considerar que la mujer ha incumplido esta obligación a lo que se exige para que sea el marido quien la incumple.

1.—*¿Cuándo la mujer es infiel al marido?* El simple adulterio de la mujer, o sea el mantenimiento de relaciones sexuales con un hombre diferente a su marido, por secretas que sean, por ocasionales que se realicen, suponen siempre incumplimiento de la obligación de fidelidad. Pero es más aún: la jurisprudencia francesa establece que la mujer falta a su deber de fidelidad cuando, por su ligereza, por su imprudencia y abstracción hecha de una traición sexual, compromete gravemente su reputación y causa un grave perjuicio a su marido (Josserand, I. p. 477). Evidentemente: en la práctica habrá casos en que la conducta de la mujer haga presumir su infidelidad, como cuando huye del hogar acompañada de un hombre; porque la infidelidad de la mujer es castigada no por el hecho de las relaciones sexuales con otro hombre,

sino principalmente porque ello arruina el honor del marido y de la familia.

**132.—2.—¿Cuándo el marido incumple la obligación de fidelidad?** Para que haya incumplimiento por parte del marido de la obligación de fidelidad a su mujer se requiere que mantenga relaciones sexuales con otra mujer, es decir, que viva en amancebamiento. En consecuencia: a) El hecho de que el marido ocasionalmente tenga relaciones sexuales con otra u otras mujeres no implica infidelidad a su mujer legítima; h) El hecho de que el marido tenga un hijo con otra mujer no implica infidelidad, siempre que la generación de ese hijo no haya sido en amancebamiento o concubinato.

Se ha criticado la disposición de los Nos. 1º y 2º del art. 154 del código que sancionan de manera diferente la obligación de fidelidad que se deben los cónyuges, por cuanto colocan, se dice, en chocante desigualdad las faltas de la mujer y del marido. La obligación del marido y la mujer deben servirse recíprocamente de causa, por tanto deben ser de un mismo grado.

Pero lo chocante y absurdo sería que se colocasen en un mismo pie de igualdad esta obligación recíproca; es la misma naturaleza de las cosas la que hace se reglamenten en forma diferente las faltas del marido y la mujer; el simple adulterio de la mujer arruina la honra del marido y crea una confusión intolerable de sangre respecto a los hijos, lo que está muy lejos de suceder con el adulterio del marido; solo el amancebamiento indica disminución del amor a la mujer y falta de consideraciones al hogar. Además, es la misma fisiología de los sexos la que impone a la mujer fidelidad absoluta y estricta y es obstáculo grave para que el marido la observe en el mismo sentido.

**133.—3º—Socorro y ayuda.**—Esta obligación se reglamenta en el art. 176 del código y de manera especial en el 179. No solamente cada cónyuge debe suministrar al otro lo necesario para que viva de acuerdo con sus facultades, sino que además tiene una obligación general de ayuda y asistencia que se traduce en ciertos cuidados personales, según la edad y la salud.

*¿Cuál es la sanción de esta obligación?* El cónyuge que teniendo bienes de fortuna o ganando en su trabajo lo necesario para sustentar al otro, incumple esa obligación puede incurrir en dos clases de sanciones: 1ª Da motivo al divorcio, pues ha abandonado una de sus obligaciones de esposo o esposa (art. 154 del c. c. ord. 4º); 2ª Puede ser demandado ante la justicia para que ésta regule la cuantía y la forma de lo que debe pasar al cónyuge necesitado en razón de esta obligación de ayuda y socorro (arts. 411 y ss. del c. c.; 831 y ss. del C. J.).

**134.—Obligaciones accesorias.**—La ley solo enumera estas tres obligaciones que se deben mutuamente los cónyuges; pero al lado de ellas existen otras que son pedidas por la misma finalidad del matrimonio. Cada cónyuge está obligado a guardar ciertas consideraciones para con el otro según su posición social y costumbres; tanto la persona como las ideas son dignas de respeto dentro del hogar como fuera de él. Estas obligaciones y otras no se encuentran enunciadas en forma expresa por la ley; pero implícitamente son sancionadas por los ordinales 3º y 4º del art. 154 del código y que estudiaremos luego.

b) *Principio de la dirección y autoridad (Potestad marital)*

**135.—Bibliografía.**— 1.—Comisión de Reforma del Código Civil (colombiano), pp. 267 y ss.; 2.—L. Jossierand, Supplément. al T. I. de ob. cit. p. 10 y ss.; 3.—J. Bonnetcase, Mariage et régimes matrimoniaux, 1938; 4.—Colin, Capitant etc., ob. cit. de 1939, p. 260 y ss.

**136.**—La igualdad de los cónyuges en la participación de las cargas y derechos del matrimonio no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias. Necesario es que haya una dirección del hogar, es decir, quien mande y oriente. Tradicionalmente el titular de este mando o principio de autoridad ha sido el marido. El conjunto de los atributos de ese principio de autoridad ha recibido el nombre de "potestad marital". Hoy día no se discute que ese principio de autoridad haya de corresponder a la mujer; pero sí se discute su misma existencia. En la legislación positiva colombiana es una realidad su existencia y que el titular de él es el marido.

Respecto a la potestad marital se ha producido una doble evolución: en intensidad y en contenido. Antiguamente (entre los romanos, los griegos y los germanos) se entendió por potestad marital un principio rígido y absoluto de autoridad que correspondía al marido sobre la persona y bienes de la mujer. Esta quedaba sometida irrestrictamente al poder y dirección de aquél. Mas no se crea que la potestad marital se traducía sólo en una obligación general de obediencia de la mujer al marido; el término "potestad" indicaba algo más que mando o autoridad; desde un punto estrictamente jurídico, y teniendo en cuenta la tradición, la potestad marital del marido implicaba una completa absorción de los atributos principales de la personalidad de la mujer. En efecto: por el hecho del matrimonio la mujer no solo estaba sometida al mando y dirección del marido sino que la personalidad de éste se robustecía notablemente en mengua de la de su mujer. Solo esto explica el porqué la mujer pierde su apellido y adquiere el del marido; el porqué adquiere como domicilio legal el del marido perdiendo el que antes tenía; el porqué en ciertas legislaciones pierde su na-

cionalidad de origen para adquirir la de su marido; el porqué la mujer perdía su capacidad civil de que gozaba para acrecentar la de su marido, pues, éste era su representante legal.

Además, el ejercicio de los atributos de la patria potestad eran ejercidos por el marido en forma absoluta y plena; jamás comprometía su responsabilidad.

**137.—El sistema del código civil.**—Esta concepción de la potestad marital no fue en un todo ajena a nuestro código civil, aunque la recogió en un tiempo en el cual el ejercicio de los atributos de ella se hallaban notablemente mitigados. El art. 170 de finió así la potestad marital: “La potestad es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”. Como se ve el código concibió la potestad marital tanto sobre la persona como sobre los bienes de la mujer. Pero a partir de la vigencia de la ley 28 de 1932 (art. 5º) se derogó el ejercicio de la potestad marital sobre los bienes de la mujer al concedérsele plena capacidad civil para el ejercicio de sus derechos privados

**138.—Atributos que comporta actualmente la potestad marital.**—En nuestra actual legislación positiva la potestad marital del marido sobre la persona de la mujer comporta:

1º—La mujer toma el apellido del marido precedido de la partícula “de”, pero no pierde el suyo. Esta regla de tradición se explica hoy día más bien por una cuestión del nuevo estado civil que adquiere la mujer al casarse, para diferenciar a las solteras de las casadas.

2º—La mujer adquiere el domicilio del marido: por tanto está obligada a “seguirlo a donde quiera que traslade su residencia” (art. 178 del c. c.). Este atributo de la potestad implica dos cosas: 1. Que la mujer pierde el domicilio que tenía para adquirir como domicilio legal el del marido (art. 87 del c. c.). 2. Algo más concreto: la mujer quedá obligada a vivir en la residencia que el marido le indique. O más claro: es el marido quien indica el sitio en donde haya de establecerse el hogar; es él el que indica el sitio a donde se traslade.

Mas este dercho que otorga la ley al marido de imponer a la mujer domicilio y residencia no es absoluto y pleno, especialmente el derecho relativo a la residencia; es un derecho causado, relativo y susceptible de abusarse de él comprometiéndose la responsabilidad del titular de la potestad marital. “Cesa este derecho, dice el inc. 2º del art. 178 del código, cuando su ejecución acarrea grave peligro a la mujer.” Siendo un derecho relativo quiere decir que de él se abusa en los casos en que se pretende desviar de su alta finalidad social y moral, de la función que debe cumplir con son los intereses de la familia; es a favor de ésta que se instituye y no a favor exclusivo del marido. Abusa el marido de este dere-

cho: a) Cuando fija su residencia en un sitio en el cual, en razón del clima, pelagra la salud de la mujer o de los hijos; b) Cuando se manifiesta la intención del marido en perjudicar a su mujer en sus intereses pecuniarios; c) Cuando por odio a la familia de la mujer quiere trasladarse a un sitio lejano sin motivo legítimo.

**139.—3º—Derecho de corrección.**— No se halla inscrito este atributo de la patria potestad en la ley, pero él brota del mismo espíritu de la institución del matrimonio; el marido no solo tiene el derecho sino que está obligado a sancionar aquellas faltas de la mujer y solo en la medida que atenten contra los fines de la organización de la vida de la familia. ¿Cómo se ejerce este derecho? Por regla general consistirá en simples repreciones y en principio los maltramientos de obra son excluidos. El marido que abusa de este derecho incurre en una de las causales de divorcio.

**140.—4º—Derecho de control sobre las relaciones y correspondencia de la mujer.**— Igualmente, lo mismo que los anteriores, este derecho se concede al marido en vista de los altos fines del matrimonio; no se halla inscrito en la ley, pero reconoce como título la tradición y la costumbre. Su contenido e intensidad se desprenderá del mismo espíritu del matrimonio. Por tanto: el marido prohibirá a su mujer todas aquellas amistades que juzgue que le darán mal ejemplo en razón de sus sentimientos e ideas; la prohibición podrá llegar hasta la propia familia de la mujer (hasta su madre y hermanos) si el ambiente social donde viven y sus antecedentes son de relajamiento moral. El ejercicio de este derecho supone en el marido cierto "tacto, mesura y discreción" especialmente en el control de la correspondencia de la mujer.

**141.**—De lo expuesto se deduce que en nuestra actual legislación la potestad marital es algo relativo y que se traduce en la obligación de obediencia por parte de la mujer. En verdad el hecho de perder la mujer su domicilio se explica más bien en la idea de unidad y control que debe haber en el hogar; es una emanación de la obligación recíproca para ambos cónyuges de cohabitar bajo el mismo techo; pero ya es imposible explicar ese hecho como consecuencia de la pérdida de la personalidad de la mujer por el hecho del matrimonio como en el antiguo derecho.

Existe una tendencia doctrinal moderna que predica la supresión completa de la potestad marital de la legislación y de las costumbres. Ha tenido su fuente en Francia y parece que encuentra su apoyo en la ley del 18 de febrero de 1938, que a semejanza de la ley colombiana N° 28 de 1932 concedió plena capacidad a la mujer casada y mayor de edad. Los argumentos para sostener que la supresión de la capacidad civil de la mujer implica la supresión de la potestad marital son de este tenor: No es posible con-

servar la potestad marital y suprimir la incapacidad de la mujer, porque la potestad marital no es otra cosa sino la obligación general de obediencia que tiene la mujer respecto al marido. Si se admite que la incapacidad de la mujer es diferente de la potestad marital, y se dice que la mujer es plenamente capaz de administrar y disponer de sus bienes, pero que debe obediencia al marido, es decir, que en cuanto a su patrimonio no queda sometida, pero sí en cuanto a los actos que hacen relación a su conducta, ¿dónde encontrar el límite entre los actos relativos a los bienes y los actos simplemente personales? Es imposible divorciar las dos nociones de potestad marital e incapacidad de la mujer; ambas deben subsistir o desaparecer (Renoult, autor principal de la ley, en Bonnacase, ob. precit. p. 77 y ss.).

Dominados por esta idea los autores de la citada ley francesa procedieron a reemplazar el artículo 213 del código de Napoleón que establecía que la mujer debe obediencia al marido y éste protección por esta nueva redacción: "El marido, jefe de la familia, escoge la residencia del hogar; la mujer está obligada a habitar con el marido y éste obligado a recibirla"; además, el nuevo art. ordena que contra una fijación abusiva del domicilio tiene la mujer un recurso ante la autoridad. Igualmente se cambió la redacción del art. 216 concediendo al marido apenas un derecho de veto contra la pretensión de la mujer a ejercer una profesión separada; pero ella entonces puede recurrir a la autoridad.

Como se ve por la nueva ley francesa se concede al marido un principio de autoridad muy limitado y frágil; prácticamente se reemplaza la potestad marital por una intervención creciente e intensa de la autoridad judicial en la dirección de la familia. Todo desacuerdo entre marido y mujer es desatado por la autoridad, llegándose así a una verdadera concepción etática de la familia (Bonnacase, ob. precit. 79 y ss.; Colin Capitant, etc. I. p. y ss.; Josserand, Supplément, p. 10 y ss.).

Pero no existe acuerdo entre todos los expositores franceses en el sentido de que la nueva ley implicó necesariamente supresión completa de la potestad marital. Nada obsta, dicen los que afirman la no supresión de la potestad marital por la nueva ley, para que puedan subsistir en cierto grado la potestad marital al lado de la plena capacidad de la mujer. La coexistencia de la potestad marital y la capacidad civil de la mujer no se excluyen de manera absoluta; solo se excluye la potestad marital sobre los bienes de la mujer, pero no la que ejerce sobre la persona. En caso de conflicto entre el ejercicio de la potestad marital sobre la persona de la mujer y un acto de la mujer en ejercicio de su capacidad civil, debe primar la potestad marital; así lo exigen los altos fines del matrimonio. Es imposible realizar completamente el cambio de la potestad marital por la intervención de la autoridad judicial. La igualdad absoluta y plena de los cónyuges en la vida matrimonial

no es posible. La misma capacidad civil de la mujer tiene límites: esos límites son la potestad marital.

Rouast, recalca con énfasis digno de elogio en su relación a la Sociedad de Estudios Legislativos: La potestad marital es necesaria a la existencia del hogar; es necesario que en la sociedad conyugal como en toda sociedad humana exista una autoridad, un poder de dirección. Lo cual no implica necesariamente que esa potestad sea un poder cuasi absoluto sobre la persona y bienes de la mujer. (En Bonnecase, p. 84 y ss.). A su vez Jossierand comentando la nueva ley francesa dice: La reforma llevada a cabo por la ley del 18 de febrero de 1938 se afirma ante todo como una reforma verbal; el marido es aún el "jefe de la familia" y de todas maneras la preponderancia marital aún se afirma, reserva hecha de la supresión del principio de la incapacidad de la mujer y de la autorización del marido. Son sostenidos importantes atributos de la potestad marital como: el apellido, la adquisición del domicilio del marido, etc.

**142.—En derecho colombiano es una realidad la existencia de la potestad marital.**—1.—En ningún momento estuvo en el pensamiento de los redactores de la ley 28 de 1932 el suprimir la potestad marital del marido sobre la mujer; la finalidad principal de dicha ley fue el establecimiento de un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, régimen que pedía el conceder a la mujer plena capacidad civil para administrar y disponer de sus bienes. En caso de conflicto entre un acto personal de la mujer y uno relativo a la administración de su bienes debe primar el primero, es decir, que la mujer casada queda sometida al marido, aunque en ocasiones sea necesario limitar ciertos actos de administración relativos a su capacidad. Los atributos de la potestad marital sobre la persona de la mujer son de orden público y no pueden ser derogados; en cambio, los actos de administración de la mujer como consecuencia de su capacidad civil no son necesariamente de orden público.

2º—Porque no se puede concebir la igualdad absoluta de ambos cónyuges. El simple buen sentido indica la necesidad de un poder de dirección y control, autoridad y mando; y este poder lo debe tener el marido.

## SECCION CUARTA

### DISOLUCION DEL MATRIMONIO Y DIVORCIO

143. — La única causal de disolución del matrimonio es la muerte de alguno de los cónyuges (art. 152 del c. c.). A este respecto es necesario hacer la diferenciación que existe entre nulidad del matrimonio y disolución del mismo. La anulación es producida por irregularidades cometidas en el momento de la celebración o antes; en cambio la disolución opera por causas posteriores a su celebración. Más claramente: Existen dos categorías de causas de disolución de un contrato: 1ª Una categoría integrada por aquellas causas que son contemporáneas al contrato; el contrato nace a la vida jurídica pero viciado, afectado en su validez, "lleva en sí mismo el germen de su destrucción"; entonces se dice que es anulable. La nulidad de un contrato implica siempre un vicio original que se remonta a la formación del contrato; 2ª La otra categoría está integrada por aquellas causas posteriores a la formación del contrato; se supone que nació a la vida jurídica en toda su validez, se cumplieron todos los requisitos necesarios para su formación, no es anulable; pero si se hace necesario romper o disolver el contrato por causas que se producen posteriormente a su formación, especialmente por el desequilibrio en las prestaciones, se dice que hay "resolución del contrato; pero respecto al matrimonio se emplea el término de "disolución".

Ateniéndonos a esta terminología diremos que la anulación del contrato de matrimonio se produce por causas coetáneas o anteriores a su celebración; que la disolución se produce por causas posteriores.

Si tenemos en cuenta que respecto a los matrimonios válidamente formados y que no son anulables, no existe ninguna causal de disolución mientras ambos cónyuges vivan, resulta que el matrimonio en la ley positiva colombiana es indisoluble. Coincide esta regla con la del derecho canónico que igualmente proclama la indisolubilidad del matrimonio.

Esta regla de la indisolubilidad del matrimonio ha sido vivamente criticado tanto en el terreno fisiológico, como en el social, legislativo y doctrinal. A ella se opone una tesis contraria que proclama la disolubilidad del matrimonio cuando existen ciertas causas posteriores a su celebración que hacen imposible la paz do-

méstica y que obran en sentido contrario a los fines de la institución de la familia (entre estas causas figura especialmente la del adulterio de la mujer o adulterio o amancebamiento del marido). Dicha tesis ha sido proclamada y encontrado aplicación en las legislaciones de los países europeos (con excepción de Italia), en Estados Unidos y en algunos países de la América Latina. La disolubilidad del matrimonio por causas posteriores a su celebración recibe el nombre de divorcio vincular, por cuanto se rompe definitivamente el vínculo matrimonial.

Al divorcio vincular se opone el divorcio que implica simple separación de cuerpos, el cual no disuelve el vínculo matrimonial, sino que se limita a suspender la vida común de los casados (art. 153 del c. c.); esta clase de divorcio es el que admite la legislación colombiana y el que será objeto de nuestro estudio.

*Plan:* 1. Origen histórico del divorcio o separación de cuerpos y diferencia con la separación de bienes; 2. Las causales de divorcio; 3. El procedimiento para obtener el divorcio; 4. Los efectos del divorcio; 5. De cómo termina el divorcio.

### 1.—Origen del divorcio y caracterización

144.—En sus líneas generales esta institución es el mismo divorcio admitido y reglamentado por el derecho canónico para el matrimonio que celebran las personas según los ritos de la iglesia católica. Es el único remedio para la tesis que proclama la indisolubilidad del vínculo matrimonial. La misma iglesia se ha visto obligada a reconocer que por causas posteriores a la celebración del matrimonio puede hacerse imposible la vida común, y que por tanto, sosteniendo el principio de la indisolubilidad del vínculo que ata a los casados durante su vida, es necesario dar algún remedio que no puede ser otro sino suspender transitoria o definitivamente la vida común. Evidentemente: ¿cómo obligar a un hombre honrado y de conducta irreprochable a vivir con una mujer que ha resultado prostituta? ¿Cómo obligar a una mujer honrada a hacer vida común con un marido asesino o estafador? ¿Cómo obligar a dos cónyuges de vida depravada a hacer vida común y a que sea ella ejemplo para los hijos? Para esos casos en que la vida común de dos casados no sirve de ejemplo a los hijos, ni permite realizar los altos fines morales y sociales que se persigue con la institución del matrimonio, admitió la iglesia el divorcio. Esta institución surgió del choque violento que resultaba de la necesidad por una parte de sostener la indisolubilidad del vínculo matrimonial, con la imposibilidad por otra parte de sostener en todos los casos los efectos normales del matrimonio. Es, pues, esta institución del divorcio o separación de cuerpos algo verdaderamente anormal e ilógico, como que resulta de la urgencia de dar satisfacción a dos géneros de necesidades que se excluyen entre sí:

defensa y sostenimiento del principio de la indisolubilidad del matrimonio, imposibilidad en la práctica de realizar los fines de esa institución. Separados de cuerpo y espíritu los cónyuges vivirán en la práctica como si no fueran casados, cada cual tendrá derecho a llevar la vida que a bien tenga, la vida común ha cesado como igualmente toda comunidad de bienes; empero un lazo invisible los une y ata hasta la muerte; este lazo no produce efecto positivo de ninguna clase, simplemente un efecto negativo y que es el que hace sentir el lazo y que consiste en que ninguno de los cónyuges puede volver a concertar nuevo matrimonio.

Esta clase de divorcio es el reglamentado por la ley civil. Ha sido una institución impuesta a mano fuerte por la iglesia al legislador colombiano; éste nunca ha tenido libertad de pensar si efectivamente esa debe ser la institución que debe reglamentar para la sociedad colombiana.

La institución del divorcio implica siempre separación de cuerpos, es decir, suspensión de la vida común de los cónyuges. Al lado de la separación de cuerpos existe la simple separación de bienes, la cual en ciertos casos es absoluta; como su nombre lo indica quiere decir que el contrato relativo a los bienes (capitulaciones matrimoniales) se rompe, deja de existir; que por tanto entre los cónyuges no existen bienes comunes o masa de gananciales. Todo divorcio o separación de cuerpos implica siempre separación absoluta de bienes entre los cónyuges, mas no toda separación absoluta de bienes implica siempre separación de cuerpos o divorcio; existiendo vida común entre los cónyuges, puede existir entre ellos separación de bienes.

## 2.—*Las causales del divorcio.*

145.—Son causas del divorcio o simple separación de cuerpos las enumeradas por el art. 154 del código, a saber: el adulterio o amancebamiento del marido; la embriaguez habitual de uno o ambos de los cónyuges; el absoluto abandono por parte de uno de los esposos de sus respectivos deberes y los ultrajes, trato cruel, etc., cuando hacen imposible la paz doméstica.

*Primera y segunda causales: adulterio de la mujer, amancebamiento del marido* (art. 154, Nos. 1º y 2º).—El quebrantamiento de la obligación de fidelidad que mutuamente se deben los cónyuges (V. Nº 110) genera el divorcio. La mujer infringe la obligación de fidelidad con el simple adulterio; el marido con el amancebamiento. En la legislación actual la única sanción para el adulterio de la mujer o amancebamiento del marido es la del divorcio. En la legislación penal anterior a 1936 tanto el adulterio de la mujer como el amancebamiento del marido eran castigados penalmente (arts. 451 y ss.). A este respecto la jurisprudencia nacional sostuvo que el concepto de amancebamiento contemplado

en el código penal era de naturaleza diferente al contemplado en el ord. 2º del art. 154 del código civil. Para que el amancebamiento constituyera delito se requería además de la estabilidad de las relaciones sexuales con una mujer diferente a la esposa legítima, la nota de publicidad y por consiguiente la de escándalo público (art. 451 del antiguo C. Penal); en cambio el amancebamiento que daba lugar a la separación de cuerpos o divorcio sólo requería la estabilidad de las relaciones sexuales; éstas podían ser secretas. La nueva legislación penal quitó al amancebamiento del marido el carácter de delito, por tanto interesa saber cuándo hay amancebamiento para efectos del divorcio. Sobre el particular no ha perdido actualidad la jurisprudencia citada acerca de que para que haya amancebamiento del marido solo se requiere estabilidad de relaciones sexuales con mujer diferente a la esposa; no es necesario siempre que dichas relaciones tengan el carácter de notoriedad y publicidad (G. J. t. XXXV-p. 99; XL-p. 50).

**146.—Tercera causal.—Embriaguez habitual.—(art. 154, ord. 3º).** ¿Qué criterio debe seguirse para calificar como ebrio habitual a un cónyuge para efectos de esta tercera causal de divorcio?

a) *Criterios que deben desecharse.*—1. Para algunos la embriaguez habitual está constituida por el hecho de embriagarse uno de los cónyuges tres veces en un mismo mes; este criterio era extraído de la definición de hábito o costumbre que para los efectos penales daba el antiguo código penal en su art. 14. Salta a la vista que este es un criterio manifiestamente erróneo para calificar a un individuo de ebrio habitual para los efectos del ord. 3º del art. 154 del código civil. 2. Tampoco puede calificarse a un cónyuge como ebrio habitual por la presunción de beodez establecida por el art. 242 del código de régimen político y municipal para los funcionarios públicos que se embriagan dos veces en un mismo semestre. El art. 242 de la obra citada no ha recibido ninguna aplicación. 3. El Tribunal Superior de Bogotá en importante sentencia señaló como criterio para definir lo que se entiende por "embriaguez habitual" aquellos actos repetidos de beodez que manifiesten una falta total de prudencia, por analogía a lo que dispone el código civil en su art. 534, respecto a la disipación. Si bien éste no es un criterio errado, es no obstante insuficiente.

**147.—6.—Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para calificar la embriaguez habitual como causal de divorcio.**—En la sentencia del 13 de noviembre de 1928 (juicio de separación de bienes; Clara Reyes de Sierra C. Enrique Reyes Angulo) la Sala de Casación civil (G. J. t. XXXVI, p. 54) de la Corte Suprema después de rechazar los anteriores criterios dijo: Sólo el uso inmoderado del licor por alguno de

los cónyuges que **HACE IMPOSIBLE LA PAZ Y SOSIEGO DOMESTICOS**, debe considerarse como embriaguez habitual, por analogía de lo que estatuye el ord. 5º del art. 154 del código respecto a los ultrajes, maltratamientos y trato cruel.

Son las consecuencias de la embriaguez en el hogar lo que debe tenerse en cuenta. Porque sucede que existen individuos que cuando se embriagan son más solícitos con su mujer e hijos; no alcanza su embriaguez a trastornar la vida común.

La finalidad que ha perseguido la ley al establecer la embriaguez habitual de alguno de los cónyuges como causal de divorcio es porque presume que cuando es habitual tiene consecuencias desastrosas para el hogar, rompe la armonía y tranquilidad. Por regla general el ebrio habitual se hace impotente tanto física como moralmente para cumplir sus obligaciones y deberes de hogar. Por tanto el cónyuge, que aunque con cierta frecuencia se embriague, si no obstante no se hace incapaz de cumplir sus deberes y obligaciones de matrimonio, no se le debe considerar como ebrio habitual para los efectos del ord. 3º del art. 154 del código.

Recalca la Corte en otra sentencia (G. J. t. XXXIII-p. 326 y ss.): "La ley castiga en el ord. 3º del art. 154, no tanto la enajenación mental que el licor puede producir ocasionalmente a veces en pequeña cantidad, sino la afición permanente a la bebida excesiva y habitual que rompe el equilibrio de las facultades mentales, quebranta los resortes morales del individuo, y acarrea como efecto necesario la turbación del orden, tranquilidad y previsión en el hogar doméstico."

**148.—Cuarta causal.—Abandono de los cónyuges de sus respectivos deberes.**—Al tenor del ord. 4º del art. 154 del código: "Son causas de divorcio...: 4º El absoluto abandono en la mujer de los deberes de esposa y madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre".

Para incurrir en esta causal se requiere: 1º—Violación de alguna de las obligaciones y deberes estatuidos por la ley entre los cónyuges o entre éstos en relación con los hijos; 2º—Que esa violación revista cierta intensidad.

El título 9º del código (Libro 1º) establece las obligaciones principales entre los cónyuges y que ya fueron estudiadas; el título 12 del mismo código reglamenta las principales obligaciones de los padres para con sus hijos entre las que se encuentran: 1. Obligación de guarda y vigilancia (art. 264); 2. Obligación de educar a los hijos (art. 263); 3. Obligación de sostenimiento y crianza (art. 253 del c.c.); 4. Derecho y obligación de corrección (arts. 262 y 263 del c.c.), etc.

Cuando alguno de los cónyuges falta a uno de los deberes y obligaciones reglamentados entre los cónyuges, hay abandono de

los deberes de esposo o esposa; cuando a alguno de los deberes reglamentados para con los hijos hay abandono de los deberes de padre o madre.

En cuanto al alcance de la violación de alguna de las obligaciones y deberes enunciados tenemos: 1. El abandono debe ser absoluto, es decir, que implique un desamparo grave por el marido o la mujer de sus respectivos deberes; no importa que ese abandono no sea continuo; basta que sea reiterado y crónico respecto al tiempo (Cas. civ., 27 de septiembre de 1930 y 28 de febrero de 1931: G. J. t. XXXVIII, p. 93 y ss. y t. XXXVIII, p. 514 y ss.). El marido que durante un tiempo solo suministra a su mujer alimentos en forma exigua no incurre en abandono absoluto de su deber de sustentar a su mujer (Cas. civ, febrero 28|31, t. XXXVIII, p. 515). El esposo que se aleja temporalmente de su casa para evitar pendencias domésticas no rompe por ello y para siempre los vínculos de afecto o deber para con su esposa e hijos (Cas. civ. julio 11 de 1939, G. J. t. XXXVII, p. 26).

2.—A pesar de la forma como se encuentra redactado el ord. 4º del art. 154 del código, no se necesita que haya abandono completo e integral de los deberes de uno de los cónyuges; y es que no se concibe cómo dentro de la vida conyugal se puedan cumplir ciertos deberes y abandonar otros sin alterarse la normalidad del matrimonio. Existe, pues, una especie de solidaridad, de indivisibilidad entre todos los deberes y obligaciones que deben cumplir cada cónyuge, en forma que el abandono absoluto de uno solo de esos deberes es causal de divorcio. Una mujer puede cumplir todos sus deberes de madre y no los de esposa; incurre en la causal 4ª de divorcio. La expresión “absoluto abandono” no hace referencia al incumplimiento de la totalidad de los deberes conyugales, sino al persistente incumplimiento de uno de esos deberes (Cas. civ. 27 de septiembre de 1930, G. J. t. XXXVIII, p. 94; 28 de febrero de 1931, G. J. t. XXXVIII, p. 515; diciembre 5 de 1932, G. J. t. XLI, p. 52 y ss.).

3.—Se requiere que el absoluto abandono por parte de uno de los cónyuges de alguno de los deberes que le incumben incida en una forma tal en la organización del hogar que haga imposible la consecución de los fines para los cuales está instituido el matri-

**149.—Quinta causal.—Ultrajes, trato cruel, maltratamientos de obra.**—Se reglamenta esta causal en el ord. 5º del art. 154 así: “Son causales de divorcio: . . . 5ª Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos pelagra la vida de los cónyuges o se hacen imposible la paz y sosiego domésticos.”

1.—*Son tres causales y no una sola.*—En este ord. 5º del art. 154 hay tres frases sustantivas, unidas por la conjunción copulativa “y”, que se halla tácita, reemplazada por una coma en-

tre las dos primeras, y expresa entre la 2ª y 3ª, cada una de las cuales sirve de sujeto del verbo "son" que figura al comienzo del art., formando con él otras tantas oraciones perfectas y separables de que se ha servido la ley para expresar tres causales distintas de divorcio (Cas. civ., jul. 26 de 1929, G. J. t. XXXVII, p. 54).

Si el legislador unió esas tres causales o sea los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra en un mismo ordinal fue en atención a que todas pueden producir un mismo resultado: trastorno de la paz y la tranquilidad domésticas, peligro de la vida de alguno de los cónyuges.

De lo cual se deduce que cualquiera de estas tres causales por sí sola puede generar el divorcio; no es necesario la concurrencia de todas tres.

2.—No se requiere la continuidad, ni la repetición de los ultrajes, trato cruel o maltratamiento de obra: un solo golpe puede poner en peligro la vida del cónyuge ofendido, una sola palabra puede herir profundamente la dignidad de uno de los cónyuges. Sólo basta y es necesario que el ultraje, trato cruel o los maltratamientos de obra sean de tal gravedad que sean capaces de destruir la paz y tranquilidad domésticas (Cas. civ., 17 de febrero de 1930, G. J. t. XXXVII, p. 416; 28 de febrero de 1931, G. J. t. XXXVII, p. 515).

3.—Para deducir la gravedad de los ultrajes es necesario tener en cuenta la posición social del cónyuge ofendido. Un mismo ultraje puede producir consecuencias diferentes según la posición social del ofendido, su moralidad, rectitud de costumbres, religiosidad, etc. Así el marido que ultraja a su mujer con palabras denigrantes (como: es "es una cualquiera", "una sinvergüenza" "un zurrón" etc.) pueden constituir una injuria grave si se trata de una mujer levantada en un ambiente de dignidad, de consideración y respeto, no acostumbrada a oír palabras de esa laya (Cas. civ. julio 26 de 1929, G. J. t. XXXVII, p. 27; febrero 17 de 1930, G. J. t. XXXVII, p. 418); en cambio ese mismo ultraje puede constituir una injuria leve en una mujer de baja posición social y de costumbres relajadas. "Tratándose de injurias y aún de malos tratamientos de obra, preciso es tener en cuenta las circunstancias de educación y de costumbres de los esposos, pues, la susceptibilidad y los sentimientos de estimación propias, sabido es que no son los mismos en todas las clases de la sociedad" (Mansera y Navarro, cit. en G. J. t. XXXVII, p. 56).

4.—Los ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra deben ser anteriores a la demanda de divorcio y haber turbado la paz y tranquilidad domésticas en forma estable y definitiva. El ultraje que turba la paz ocasionalmente y no deja huellas no constituye causal de divorcio. Por anterior que sea el ultraje o trato cruel al momento de entablar el divorcio se requiere que subsistan

sus consecuencias en el momento de entablar la demanda (Sentencias precitadas).

5.—Ejemplos de ultrajes que según la jurisprudencia constituyen causal de divorcio: a) El no recibir el marido a su mujer en su casa y preferir “que se consumara el escándalo social de que su esposa tuviera que ir a buscar una casa alquilada por ser que da lugar al divorcio (Cas. civ., junio 4 de 1937, G. J. t. le imposible habitar en la de su marido”, constituye un ultraje (XLV, p. 126). b) El hecho de escribir el marido cartas a sus suegros en donde afirma “que su hogar es invivible y maldito” (Cas. civ. junio 4 de 1937, G. J. t. XLV, p. 126). c) Quien hace llorar a su esposa y se presenta con policía a su casa a amedrantarla, quien le rebaja la ración y da orden para que no se le entregue nada, ni siquiera los productos de bienes propios de ella, ultraja gravemente a su esposa (ibidem, p. 127). d) la actitud del marido que sistemáticamente esquiva dirigirle la palabra a su mujer con quien convive bajo un mismo techo, implica una actitud despreciativa, un hecho positivo que constituye un ultraje grave, puesto que indica falta de aprecio (Cas. civ. julio 26 de 1929, G. J. t. XXXVII, p. 55). e) El no permitir a la esposa visitar a su madre y hermano cuando se encontraban gravemente enfermos, constituye ultraje grave por parte del marido (ibidem. p. 58).

150.—5.—**Apreciación general sobre las causales de divorcio.**—a) El art. 154 del código enumera aquellas causas capaces de perturbar la normalidad de la vida conyugal, de destruir los fines perseguidos con la institución del matrimonio. Todas esas causas están inspiradas en el principio de culpabilidad, según el cual se exige la conducta intencionada para perturbar la vida común, y se apoya en la serie de actos o circunstancias estimados por el legislador contrarios al derecho conyugal que debe darse en la persona del cónyuge culpable para que constituya infracción jurídica (Cas. civ. junio 4 de 1937, G. J. t. XLV, p. 125).

Las tres primeras causales o sea el adulterio de la mujer, el amancebamiento del marido y la embriaguez habitual conllevan en sí mismas la culpa, es decir, la conducta intencionada de perturbar la vida común. No así con la causal 4ª o abandono de los deberes conyugales y en gran parte con la causal 5ª del art. 154 del código; si se prueba que el cónyuge no cumple con sus obligaciones y deberes para con el otro cónyuge y para con los hijos por imposibilidad física o moral, se destruye la culpabilidad y no podrá demandarse el divorcio (ibidem).

Esta noción de culpabilidad explica ampliamente el contenido del art. 155 del código.

b) La culpa de ambos cónyuges no se compensa (Cas. civ. junio 4 de 1937, G. J. t. XLV, p. 125); por tanto la mujer adúl-

tera no podrá oponer a su marido el amancebamiento en que vive para inhibir la acción de divorcio; entre los ultrajes y el trato cruel de una parte y los maltratamientos de la otra, no hay paridad, ni equivalencia; por tanto no pueden contraponerse (*ibidem*, p. 127).

c) El art. 154 del código ha sido de escasa aplicación, puesto que de acuerdo con el anterior concordato y leyes que lo adicionaban el matrimonio obligatorio para todo católico era el canónico, y de las causales de divorcio de esa clase de matrimonios conocía la autoridad eclesiástica. No obstante a partir de la vigencia de la ley 8ª de 1922 (art. 2º) se aplicó el mencionado art. por cuanto dicha ley agregó a las causales existentes para la separación de bienes las causales de divorcio del art. 154; pero esta fue una aplicación indirecta. Con la Ley 28 de 1932, que modificó el régimen patrimonial en el matrimonio y concedió plena capacidad a las mujeres mayores y casadas, los juicios de separación absoluta de bienes se han hecho escasos.

No obstante con la nueva legislación concordataria, de los juicios de divorcio tanto del matrimonio civil como del eclesiástico conocerá de manera exclusiva la autoridad civil; adquirirá, por tanto, una nueva importancia la interpretación del art. 154 del código y será objeto de una profunda aplicación.

d) En general el art. 154 del código es suficientemente amplio en la reglamentación de las causales de divorcio. La jurisprudencia se encargará, según lo vayan exigiendo las circunstancias del momento, de ampliar o restringir el alcance del mencionado artículo.

### 3.—*Procedimiento para el divorcio.*

**155.—Quién puede intentar la acción de divorcio y naturaleza de ella.**—El único titular de la acción de divorcio y quien la puede intentar es el cónyuge inocente (art. 156 del c. c.) Al cónyuge culpable no se le concede esa acción; se aplica la máxima: "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans."

La acción de divorcio es personalísima y por tanto intransmisible a los herederos. Si en el curso del juicio muere el cónyuge que la intentó automáticamente se extingue la acción y cesa todo procedimiento.

**152.—Quiénes son parte en el juicio de divorcio.**—Únicamente los cónyuges. Al respecto establecía el art. 156 que "en el juicio que se siga son partes únicamente los mismos cónyuges o sus padres"; esta expresión dio lugar a diversas interpretaciones por la poca claridad de la ley. Afortunadamente esa expresión fue aclarada por los arts. 182 y 785 de la ley 105 de 1931 (código judicial) en este sentido: solo son partes tanto en

los juicios de nulidad del matrimonio como de divorcio los cónyuges; la intervención de los padres de los cónyuges solo tiene cabida cuando el respectivo consorte es menor o se halla puesto en interdicción; en caso de que el menor no tuviese padres o éstos estuviesen inhabilitados para representarlo intervendrá el curador, y a falta de curador el juez deberá nombrarle un curador para la litis. Por tanto los podres intervienen solo en su calidad de representantes legales del cónyuge incapaz.

Aunque solo los cónyuges son partes de la demanda de divorcio se correrá traslado al respectivo agente del ministerio público, quien debe siempre conceptuar, en interés de los hijos, de la mujer o del marido como igualmente de la familia (arts. 156, del c. c. y 783 y 785 de la ley 105 de 1931).

**153.—Medidas preventivas:** Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente por el juez, y solo mientras dure el juicio, las providencias siguientes:

1ª Separar los cónyuges en todo caso.

2ª Depositar la mujer en casa de sus padres o de sus parientes más inmediatos y por falta o excusa de éstos, en la que determine el juez.

3ª Poner los hijos al cuidado de uno sus padres, o de los dos, o de otra persona, teniendo en cuenta que los hijos menores de siete años y especialmente las mujeres quedarán en poder de la madre; pero si la causal de demanda del divorcio es alguna de las contempladas en los ordinales 1º y 4º del art. 154, todos los hijos mayores de tres años, sin distinción de sexo, pasarán a poder del cónyuge inocente.

4ª Señalar la cantidad con que el marido debe contribuir a la mujer para su habitación, alimentos suyos y de los hijos que quedan en su poder y para expensas de la litis; y

5ª Decretar en caso de que la mujer esté embarazada, las precauciones necesarias, si el marido lo solicitare, para evitar una suposición de parto, observándose lo dispuesto en el cap. 2º, título 10 del libro 1º del código civil (art. 157 del c. c.).

Bueno es advertir que lo dispuesto por el art. 158 del código, como igualmente lo del art. 3º de la ley 95 de 1890 no tiene hoy día valor por cuanto el marido no es ya el jefe de la sociedad conyugal y como tal administrador de los bienes de la mujer.

#### 4º—*Los efectos del divorcio.*

**154.—**El divorcio judicialmente pronunciado produce importantes efectos:

a) Cesación de la vida común entre los cónyuges. Este es el principal efecto del divorcio y alrededor del cual giran los demás.

Como se dijo la finalidad del divorcio en nuestra ley no es el rompimiento del vínculo matrimonial, sino la separación de cuerpos. Como consecuencias naturales de este efecto del divorcio tenemos: 1º Termina para la mujer la obligación de seguir el domicilio del marido y éste la de recibirla en su residencia; 2º Termina la obligación de cohabitación; 3º Termina la potestad marital del marido sobre la persona de la mujer; por tanto ya no podrá éste controlar su correspondencia, ni sus relaciones sociales, ni el género de actividad a que se dedique; 4º Termina la obligación de fidelidad? Esta obligación es una consecuencia natural de la obligación de cohabitar bajo un mismo techo marido y mujer; a su vez la obligación de cohabitación es consecuencia del vínculo matrimonial que une a los cónyuges. El divorcio extingue la obligación de cohabitación, pero no el vínculo matrimonial; así que desde el punto de vista de la primera obligación cesa la obligación de fidelidad, pero no desde el punto de vista de la subsistencia del vínculo matrimonial. El art. 176 del código establece que los cónyuges están obligados a guardarse fe, y lo cierto es que a pesar del divorcio, los divorciados siguen teniendo la calidad de cónyuges. No obstante dicha disposición legal tampoco arroja luz ya que ella se refiere al caso normal del matrimonio y el divorcio hace que él sea una verdadera anomalía. Parece lógico concluir que al respecto existe un vacío en la ley, porque para que existiese la obligación de fidelidad para los divorciados se requeriría un texto expreso. Desde el punto de vista estrictamente jurídico es necesario concluir que no existe la obligación de fidelidad entre los divorciados por cuanto no existe sanción para el caso de violación de esa obligación; simplemente cabe admitir que existe esa obligación como un simple deber de conciencia y no más.

b) El cónyuge divorciado e inocente tiene derecho a exigir alimentos congruos del otro (arts. 166 y 411 del código). Esta regla debe aplicarse tanto respecto al marido como de la mujer, a pesar de que los arts. 166 del código y 411 pueda deducirse una interpretación distinta.

c) Disolución del contrato de bienes (capitulaciones matrimoniales). Este es uno de los casos en que subsiste el vínculo matrimonial respecto a las personas y no sobre los bienes. Igualmente el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al cónyuge culpable (art. 164 del c. c.).

d) En relación con los hijos se producen también importantes efectos. Los hijos menores de siete años y las mujeres, especialmente, quedarán en poder de la madre (art. 160 del c. c.). Se deroga esta regla cuando el divorcio se decreta por haber incurrido la mujer en las causales de adulterio o haber abandonado sus deberes de esposa o madre (ords. 1º y 4º del art. 154 del c.c.), caso en el cual todos los hijos mayores de tres años, sin distinción de sexo, pasarán a poder del cónyuge inocente o sea del

marido (art. 161 del c. c.). Qué hacer en el caso de que ambos cónyuges sean culpables, la mujer por las causales 1ª y 4ª del art. 154 y el marido por las de los ords. 2º y 4º En este caso a ninguno de los cónyuges se dará el cuidado de los hijos mayores de tres años y se procederá según las reglas generales, o sea como si no tuviesen padres; se les someterá a una tutela o curatela.

e) A la mujer se le dará la guarda de los hijos menores de tres años aunque sea culpable por cualquiera de las causales de divorcio, por cuanto se requiere que los acabe de criar; pero si se da el caso de que es incompetente para criarlos (por padecer grave enfermedad mental u orgánica o por sus instintos manifiestamente depravados) el juez deberá determinar la persona que se encargue de la guarda. Esta solución es pedida por la lógica y la equidad.

e) A ambos cónyuges pertenecen los gastos de crianza, educación y sostenimiento de los hijos.

La Ley 28 de 1932 dejó sin efecto estas disposiciones legales en relación con el divorcio: código civil, arts. 158, 153 y 165; ar. 3º de la ley 95 de 1890; art. 5º de la ley 8ª de 1922; art. 2º de la ley 67 de 1930).

### 5.—*Terminación del divorcio.*

155.—El divorcio o separación de cuerpos constituye un estado anormal y por tanto transitorio. Ese estado debe terminar necesariamente por alguna de estas causas: 1º Rompimiento del vínculo matrimonial, ya sea por la muerte de alguno de los cónyuges divorciados, ya por la declaración de nulidad; 2º Por la voluntad de los cónyuges o reconciliación, la que puede efectuarse durante el juicio de divorcio, o después de la sentencia definitiva.

1º—**Reconciliación antes de la sentencia.**—Esta reconciliación produce dos efectos: a) Extingue el juicio de divorcio, y deja sin efecto ulterior la ejecución dictada en él; b) No pueden posteriormente los cónyuges entablar divorcio por la misma causal anterior, porque la reconciliación en este caso equivale a una renuncia de la acción del divorcio, a un perdón que hace el cónyuge inocente al cónyuge culpable.

2º—**Reconciliación de los cónyuges divorciados.**—reconciliación termina con el estado de divorcio. En consecuencia se restablecen los efectos del matrimonio en cuanto hace referencia a las personas de los cónyuges, de sus bienes y de los hijos. En cuanto a los bienes es necesario tener en cuenta que el art. 167 del código hace referencia al régimen patrimonial existente antes de la Ley 28 de 1932; hoy día se debe entender que se restablece el régimen económico matrimonial postulado por la nueva ley, o por el régimen contractual.

El restablecimiento del régimen económico matrimonial roto por el divorcio será decretado por el juez a petición de ambos cónyuges (art. 167 del c. c. mod. por la Ley 28 de 1932).

## SECCION QUINTA

### INTERVENCION DE LA AUTORIDAD CIVIL EN LOS MATRIMONIOS ECLESIASTICOS

156.—La casi totalidad de los nacionales colombianos pertenecen a la religión católica; los ministros de esta religión imperativamente exigen a todos los católicos que pretendan contraer matrimonio el que lo celebren según las normas del derecho canónico. Si a esto se agrega el buen entendimiento que se ha procurado exista entre las dos potestades, la eclesiástica y la civil, se comprenderá el porqué tradicionalmente nuestra ley civil ha reconocido plenos efectos civiles al matrimonio que celebran los católicos por el rito eclesiástico.

Efectivamente: hasta el año de 1853 (es decir durante el imperio de la legislación de Indias, de la legislación española y legislación nacional entre 1821 a 1853) el matrimonio eclesiástico produjo plenos efectos civiles. En ese año de 1853 por la ley del 5 de junio se rompió la tradición al respecto estableciéndose que el único matrimonio capaz de producir efectos civiles era el que celebraban los colombianos ante el respectivo funcionario civil, o sea que se desconocieron efectos civiles al matrimonio eclesiástico. Esto produjo una situación anómala en esta materia debido a dos motivos: 1º Las personas católicas, en su gran mayoría se revelaron contra la ley y siguieron contrayendo matrimonio según el rito católico; 2º A pesar de que el 8 de abril de 1858 se expidió una ley reconociendo efectos civiles al matrimonio eclesiástico, no obstante al proclamarse en 1863 la facultad para los distintos Estados Soberanos (de los entonces Estados Unidos de Colombia) de legislar soberanamente en materias civiles, unos no reconocieron validez al matrimonio eclesiástico; situación que culminó en el año de 1873 que al expedirse por primera vez el código civil para toda la Nación se negó en él efectos al matrimonio celebrado según las reglas del derecho canónico.

Esta etapa terminó definitivamente en el año de 1887 en que de nuevo se reconocieron efectos civiles al matrimonio eclesiástico. Estudiaremos: 1º El matrimonio eclesiástico en relación con la ley civil del año de 1887 a nuestros días; 2º La nueva etapa que se instaurará el día que se reglamente el nuevo concordato celebrado con la Santa Sede.

157.—I.—En 1887 se inicia una etapa que suele mencionarse con el nombre de “entreguismo” de la autoridad civil a la autoridad eclesiástica; en todo caso es una etapa de violenta reacción contra el estado de cosas existente; se pretende no solo cambiar ese estado, sino borrarlo de raíces en el pasado. Sus caracteres generales son:

A) *Se reconocen plenos efectos civiles y políticos al matrimonio eclesiástico.*—El art. 12 de la Ley 57 de 1887 estatuyó: “Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico”. Es decir, de todos los matrimonios que se celebrasen a partir de la vigencia de esa ley.

B) *Se da efecto retroactivo al art. 12 de la ley 57 de 1887.*—Lo anterior pareció poco al legislador de 1887; pensó que la iglesia no quedaba satisfecha y entoces por la misma ley se dispuso en el art. 19 textualmente: “La disposición contenida en el art. 12 tendrá efecto retroactivo. Los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, surtirán todos los efectos civiles y políticos desde la promulgación de la presente ley.”

Como advierten Champeau y Uribe se presentó una pequeña dificultad en la interpretación de este texto legal. “El efecto retroactivo de que habla la ley, comprende así la validez del acto mismo del matrimonio católico celebrado antes de 1887 como los efectos que hubiera producido hasta entonces”. El legislador de 1887 creyó que estas cuestiones no podían dejarse a la discusión o interpretación de los jueces; solicitó acudió a resolver la duda y la resolvió por el art. 50 de la ley 153 de 1887 que dice: “Los matrimonios celebrados en la República en cualquier tiempo conforme al rito católico, se reputan legítimos, y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio. . . .”

C) *Obligación para todos los católicos de contraer matrimonio según el rito eclesiástico y prohibición terminante so pena de nulidad absoluta a los funcionarios civiles de autorizar el matrimonio civil.*—La ley 35 de 1888 (ley aprobatoria del concordato de ese año) prescribió: “El matrimonio que deberán celebrar los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento. . . .” Esto indicaba que el funcionario civil no podía autorizar ningún matrimonio a personas bautizadas en el seno de la iglesia católica; la contravención a esta disposición generaba nulidad absoluta.

No obstante a la misma iglesia le pareció excesivo el obligar a todo católico a contraer el matrimonio eclesiástico, aun contra su querer, y resolvió proponer una excepción a esa regla en el año de 1924. Se establece en los arts. 1º y 2º de la ley 54 de ese año;

dicen así esos artículos: 1º art. 1º: “No es aplicable la disposición de la primera parte del art. XVII del Concordato cuando los individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la iglesia y de la religión católicas, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del Derecho Canónico.” 2º art. 2º: “La declaración de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretendan contraer matrimonio, ante el juez municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato, y se expresarán en ella la época en que se separaron de la iglesia y de la religión católicas. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar según la ley; se comunicará por el juez inmediatamente al ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva.”

¿Qué pasa en el caso de que un funcionario omita dar el aviso de dos personas católicas que van a celebrar el matrimonio, o no los haga ratificar de su declaración de separarse de la iglesia en el momento de la celebración, o lo celebre antes de cumplirse los 30 días del día del aviso? No pasa nada, absolutamente nada. En primer lugar el matrimonio civil es perfectamente válido por los motivos expuestos al tratar de las nulidades; éstas son restrictivas; no pueden crearse nuevas causales; y las irregularidades contempladas no están contempladas por la ley civil como fuentes de nulidad. En segundo lugar no existe sanción de ninguna clase ni para los contrayentes que no hagan tal declaración, ni para el funcionario que omite exigirla o dar el aviso, etc. Por analogía no pueden establecerse sanciones de ninguna naturaleza de acuerdo con la regla general: *poenalia sunt restringenda*.

**158.—D) Disolución ipso jure del vínculo matrimonial de los matrimonios celebrados según la ley civil para el caso de que uno de los cónyuges se case por el rito eclesiástico.**—Textualmente establecía el art. 34 de la Ley 30 de 1888: “EL MATRIMONIO CONTRAÍDO CONFORME A LOS RITOS DE LA RELIGION CATOLICA ANULA IPSO JURE EL MATRIMONIO PURAMENTE CIVIL, CELEBRADO ANTES POR LOS CONTRAYENTES CON OTRA PERSONA”. Sobran los comentarios a esta absurda e injurídica disposición legal.

**159.—II.—El nuevo concordato celebrado entre el Estado colombiano y la Santa Sede, aprobado por la Ley 50 de 1942.** Este concordato introduce algunas modificaciones al concordato

del 31 de diciembre de 1887 como al concordato adicional del 20 de julio de 1892; pero además estatuye nuevas cuestiones importantes, especialmente algunas referentes a la intervención de la autoridad civil en los matrimonios celebrados según el rito católico. Las disposiciones fundamentales de este concordato en relación con la materia en estudio son las siguientes:

A) *Se reconocen plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las prescripciones del derecho canónico.*—El art. 4º de este concordato, correspondiente al art. 4º de la ley 50 de 1942 establece: “El estado colombiano, acatando las tradiciones y sentimientos religiosos de la nación, reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado en conformidad con las normas del derecho canónico”.

160.—B) **Intervención del Estado en las formalidades requeridas para la celebración del matrimonio según el derecho canónico.**—El art. 5º del concordato, correspondiente al 5º de la Ley 50 de 1942 estatuye: “Las publicaciones y proclamas del matrimonio católico se harán en la forma prescrita por el derecho canónico; pero el Estado podrá ordenar también publicaciones, y con este fin los contrayentes estarán obligados a dar oportuno aviso al funcionario competente de contraer matrimonio católico”.

Es esta una intervención de máxima utilidad; se evitarán así todos aquellos matrimonios clandestinos que traen siempre consecuencias fatales, como todos aquellos celebrados sin reflexión por los contrayentes, sin la consulta de parientes, o sin dar derecho a quien tenga justo y legítimo interés en hacer oposición. La Iglesia ha comprendido que sus ministros suelen no tener el suficiente conocimiento de las costumbres, de los usos sociales, de la psicología colectiva como igualmente de que carecen de los medios idóneos para informarse del verdadero estado económico, social y moral de los candidatos a matrimonio; es en este sentido que tolera por el artículo en cuestión la intervención de la autoridad civil en las formalidades requeridas para autorizar la celebración del matrimonio según el rito eclesiástico. Se afirma así una íntima y estrecha colaboración entre las dos potestades en la realización de los altos fines de la institución del matrimonio; la tesis de la separación absoluta de las dos potestades nunca ha dado buenos resultados.

161.—C) **Presencia del funcionario encargado del registro civil de las personas en la celebración del matrimonio según el rito eclesiástico.**—“Para los efectos del registro civil, el Estado podrá ordenar que uno de sus funcionarios presencie la ceremonia religiosa, pero en ningún caso la presencia del dicho funcionario será necesaria para que el matrimonio canónico pro-

duzca efectos civiles" (art. 6º de la Ley 50 de 1942; art. 6º del concordato).

Este artículo del nuevo concordato prácticamente se encuentra reglamentado por la Ley 92 de 1938 y el Decreto 1.003 de 1939. Al respecto establece el art. 24 del mencionado decreto: "Las personas que vayan a contraer matrimonio deberán dar previamente aviso por escrito, en papel común, al respectivo funcionario encargado de llevar el registro del estado civil, en el cual se indicará el lugar, fecha y hora en que el acto haya de celebrarse, los nombres de los testigos o padrinos que hayan de presenciarlo y demás informaciones necesarias, a fin de que se extienda oportunamente el acto correspondiente.

"El funcionario a quien corresponda hacer el registro tiene la obligación de presenciar la celebración del matrimonio, sea civil o eclesiástico, para los fines indicados...".

Los funcionarios que deberán presenciar la ceremonia eclesiástica son los notarios en donde los haya, y los alcaldes en los municipios que no sean cabeza de circuito notarial.

161-bis.—D) Obligación para los sacerdotes que autorizan matrimonios de exigir a los contrayentes antes de la celebración un certificado auténtico en que conste que el funcionario encargado del registro civil ha sido citado para el día, hora y lugar en que deba celebrarse el matrimonio.

Podrá prescindirse de esta formalidad en los matrimonios in extremis; pero entonces el sacerdote comunicará la celebración al funcionario y le transmitirá el acta dentro de los tres días. Igual excepción para aquellos matrimonios celebrados en Misiones y en lugares apartados más de veinte kilómetros de la residencia del respectivo funcionario, sólo que el aviso de la celebración y el acta la deben enviar dentro de los 20 días siguientes a el día en que se celebró el matrimonio (art. 7º del concordato y 7º de la Ley 50 de 1942).

162.—E) **Inmediatamente después de la celebración del matrimonio, el sacerdote explicará a los esposos sus efectos civiles y les leerá los textos de la ley civil que define los derechos y obligaciones entre los cónyuges** (art. 8º Ley 50 de 1942, inc. 1º).—Es decir: las mismas obligaciones impuestas a los funcionarios civiles encargados de autorizar el matrimonio civil se imponen por el nuevo concordato a los funcionarios eclesiásticos.

163.—F) **Obligación para el sacerdote de levantar un acta en dos ejemplares la que será firmada por él, los contrayentes, los testigos y el funcionario del registro civil si estuviere presente.**—Esta sí que es una disposición legal de gran

importancia; si el acta del matrimonio no se levanta en la forma indicada no se ha perfeccionado el matrimonio; no se ha preconstituido su prueba; y lo que no se puede probar es como si no existiera.

De las dos actas una será enviada por el sacerdote al funcionario encargado del registro civil dentro de los seis días siguientes a la celebración del matrimonio (art. 8º de la Ley 50 de 1942 y del nuevo concordato).

Naturalmente que esta formalidad de las actas en la forma indicada en manera alguna indica que se derogan las reglas del derecho canónico acerca de la manera de levantar las actas eclesiásticas; los párrocos las seguirán levantando en sus libros respectivos y con las formalidades que acostumbren; pero ya no serán esas actas las que servirán para probar ante la ley civil la celebración del matrimonio eclesiástico; sólo lo serán las actas levantadas conforme se acaba de indicar. Esas actas son diferentes a las eclesiásticas por cuanto en ellas no se hace firmar a los contrayentes, ni a los testigos, ni al funcionario del registro civil (infr. Nº 196). De esta manera se acentúa una vez más la estrecha colaboración que debe haber entre la autoridad civil y la eclesiástica en esta materia de matrimonios según el derecho canónico.

**164.—G) Las causales de nulidad del matrimonio eclesiástico son de competencia exclusiva de la Iglesia.**— “Las causales de nulidad, las dispensas del matrimonio rato y no consumado y el procedimiento relativo al privilegio pauliano son de competencia exclusiva de los Tribunales y congregaciones eclesiásticas.

“Las decisiones y sentencias definitivas de estos tribunales y congregaciones serán llevadas para su revisión al Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica y después, junto con los decretos respectivos de dicho Supremo Tribunal, serán transmitidas al Tribunal Superior de Distrito judicial, territorialmente competente, el cual dictará su ejecutoria y ordenará su inscripción en el registro civil”, (art. 9º Ley 50 de 1942).

Actualmente la autoridad civil no tiene conocimiento de qué matrimonios eclesiásticos son anulados; pero de acuerdo con el art. transcrito la prueba de la nulidad o disolución de un matrimonio eclesiástico sólo lo será la respectiva sentencia del Tribunal de Distrito judicial declarando ejecutoriadas las sentencias de los tribunales eclesiásticos, sentencias que se insertarán en los respectivos libros del registro civil.

**165.—H) El divorcio o separación de cuerpos de los matrimonios eclesiásticos se rige por las causales de la ley civil y son competentes para fallar sobre ellas los funcionarios civiles.**—Las causas de separación de cuerpos serán juz-

gadas por los jueces del Estado (art. 10 de la Ley 50 de 1942).

En manera alguna se pretende derogar el derecho canónico al respecto; los funcionarios eclesiásticos podrán seguir conociendo de las causas de divorcio o separación de cuerpos a partir de la vigencia del nuevo concordato. Pero sólo que sus fallos a este respecto ya no producen efectos civiles. Los únicos fallos destinados a producir efectos civiles sobre el divorcio y a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1942 lo serán los juzgados por los jueces civiles y según las causales de la ley civil.

En esta forma se realiza por el nuevo concordato una estrecha interdependencia entre la autoridad eclesiástica y la civil en la celebración del matrimonio, en sus efectos y en su disolución.

166.—I) Se derogan los artículos 15, 16, 17 y 19 del concordato del 31 de diciembre de 1887 y los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del concordato del 20 de julio de 1892 (art. 14 del nuevo concordato).

# TITULO SEGUNDO

## FILIACION LEGITIMA

167.—La filiación es el lazo que une a las personas que descienden las unas de las otras. En este sentido se identifica con el parentesco de consanguinidad en línea directa. Pero en un sentido restringido se entiende por filiación el lazo que une a los padres con sus hijos, o sea el primer grado del parentesco de consanguinidad en línea directa. La limitación del concepto de filiación sólo cuando se trata de su determinación es explicable: siempre que se trate de establecer cualquier grado del parentesco de consanguinidad en línea directa es necesario establecer el primer grado como base. Un nieto, por ejemplo, establece su filiación con su abuelo estableciendo, en primer lugar, su filiación con su padre; en seguida repite el mismo procedimiento entre su padre y abuelo. Por otra parte el parentesco de consanguinidad por la línea directa es fundamento del parentesco de consanguinidad por la línea colateral. Motivo por el cual, al estudiar las reglas para la determinación de la filiación entre padres e hijos, implícitamente se tienen las bases para cualquier filiación.

Finalmente, la ley hace producir importantes efectos al parentesco de consanguinidad por la línea directa en primer grado, es decir, a lo que en sentido restringido entenderemos por filiación; en cambio, los efectos de los otros grados de parentesco son muy pocos y más bien de carácter excepcional.

Lo mismo que el parentesco, la filiación es legítima e ilegítima. La primera es aquella en que los hijos descienden de padres unidos por el vínculo del matrimonio; la segunda es la que se establece entre hijos y padres no unidos por ese vínculo. Aquí sólo estudiaremos la filiación que tienen su fuente en el matrimonio.

Trataremos: 1º—Reglas generales para determinar la filiación legítima; 2º Ejercicio de las acciones de filiación legítima y valor de los fallos judiciales; 3º Efectos de la filiación legítima (obligaciones y deberes entre padres e hijos legítimos).

## SECCION PRIMERA

### DETERMINACION DE LA FILIACION LEGITIMA

168.—Nuestra ley civil distingue dos clases de filiaciones legítimas: 1ª La de los hijos concebidos dentro del matrimonio de sus padres, y 2ª La de los hijos concebidos fuera del matrimonio de sus padres pero legitimados por el que posteriormente contraen.

Estas filiaciones se distinguen únicamente en cuanto a la manera de determinarlas, mas no en cuanto a sus efectos; el hijo legítimo concebido en matrimonio ocupa la misma posición jurídica al concebido fuera de matrimonio pero legitimado posteriormente.

El título 10 del Libro 1º del código establece las reglas para la primera clase de hijos y el Título 11 de la misma obra las reglas para la segunda clase de hijos.

### CAPITULO PRIMERO

#### HIJOS LEGITIMOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO

169.—Al tenor del art. 213 del código "el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo". Según esta disposición legal se siguen estas dos reglas generales en nuestro derecho:

a) Es la concepción y no, el nacimiento lo que determina si un hijo es legítimo o ilegítimo. De los dos momentos, concepción y nacimiento, que pudieron servir de base para determinar si un hijo es legítimo o no, el legislador ha debido escoger el del nacimiento ya que ha sido ese momento el que ha tomado para otorgar la personalidad; en consecuencia, debieran ser hijos legítimos todos aquellos que en el momento del nacimiento sus progenitores estaban unidos por el vínculo del matrimonio, y no exigir esta condición del vínculo matrimonial en el momento de la concepción. En principio repugna el que se haga remontar hasta la concepción un atributo tan importante de la personalidad como lo es la filiación, siendo así que la misma personalidad no comienza

sino con el nacimiento; empero veremos que esta regla se justifica ampliamente por motivos de orden práctico.

b) Además, el art. 213 del código tiende a establecer quiénes son los padres del hijo concebido en matrimonio, que lo son el hombre y mujer unidos por el vínculo matrimonial. Se evita así el que se disgregue la filiación legítima materna de la paterna; estas dos filiaciones no pueden vivir separadas, dando por resultado el que un hijo legítimo establece ambas filiaciones o no establece ninguna. Cosa diferente sucede con la filiación natural, en donde el hijo natural puede establecer su filiación natural materna independientemente de la paterna y viceversa.

En la generalidad de los casos la determinación de la filiación legítima se hará fácilmente con ayuda de la regla del art. 213 del código; las respectivas actas del estado civil (acta de matrimonio de los padres y acta de nacimiento del hijo) establecerán con precisión la fecha del matrimonio de los padres, la fecha del parto o nacimiento del hijo, de donde se deducirá si fue concebido en matrimonio y quiénes son sus padres.

No obstante el legislador indica algunas reglas especiales relativas al fundamento de la regla general del art. 213 del código, a la determinación práctica de la filiación legítima materna y paterna y a los medios conducentes para impugnar la legitimidad tanto materna como paterna.

## I

### *Determinación e impugnación de la legitimidad materna.*

170.—La determinación de la legitimidad materna implica el establecimiento de estos elementos: 1º Que determinada mujer dio a luz un sér humano (hecho visible del parto); 2º Que ese sér humano que actualmente se pretende hijo legítimo de esa mujer acredite su identidad, es decir, que es el mismo sér dado a luz por la madre de quien se cree hijo; y 3º Que esa mujer estaba unida con el vínculo matrimonial en el tiempo en que se presume la concepción con un determinado hombre el cual es su padre legítimo (como se ve las dos filiaciones son tan indisolubles que al establecer la materna implícitamente se establece la paterna).

1º—El primer elemento o sea el hecho del parto se acredita con la respectiva acta de nacimiento del estado civil o con las pruebas supletorias indicadas por la ley; en el acta de nacimiento consta la fecha del parto y la mujer que lo dio a luz. Esta prueba es plena en la generalidad de los casos; empero puede atacarse por el medio que adelante se indicará.

2º—La identidad en la generalidad de los casos se acredita con la posesión notoria del estado de hijo legítimo respecto a la

madre. Evidentemente: cuando la madre ha criado y educado al hijo es visible y consta a todo el mundo que el hijo actual es el mismo dado a luz en la fecha del parto. Mas qué sucede en aquellos casos en que la madre no haya criado y educado al hijo personalmente? Son admisibles todas las pruebas tendientes a acreditar la identidad, especialmente la de aquellos testigos que presenciaron el parto y les consta que el sér humano que nació de ese parto es el mismo que actualmente reclama la legitimidad materna. ¿Qué pasa en aquellos casos en que el nombre con que figura el hijo en el acta de nacimiento no corresponde al que ha usado ante las gentes? Igualmente son admisibles todas aquellas pruebas conducentes a acreditar que a pesar del cambio de nombre, no obstante, quien reclama la legitimidad materna es, el mismo sér dado a luz por su madre en la fecha indicada por el acta de nacimiento.

3º.—El tercer elemento o sea la existencia del vínculo matrimonial en la época de la concepción de la madre con un hombre se acredita con las dos actas de matrimonio (en donde se indica la fecha del enlace) y de nacimiento (en donde aparece la fecha del parto); con estas dos actas se prueban dos circunstancias: 1ª La existencia del vínculo matrimonial, y 2ª Si el hijo fue concebido cuando existía ese vínculo, según las reglas generales (art. 92 del código civil).

Las dos actas indicadas (de matrimonio y de nacimiento) acreditan por sí mismas los demás elementos, es decir, el hecho del parto, de la identidad y del vínculo matrimonial; mientras no sea atacada o impugnada la maternidad de un hijo los aplicadores de la ley deben tener por ciertos esos hechos.

**171.—Impugnación de la maternidad legítima.**— Suponemos acreditada la filiación legítima materna mediante las dos actas de matrimonio y nacimiento; ¿cómo puede impugnarse? Destruyendo alguno de los elementos indicados y que integran la maternidad legítima, a saber:

1.—Probando falso parto, es decir, que a pesar de la declaración hecha ante el respectivo funcionario del registro del estado civil de las personas, ella fue falsa; que no existió el parto que se atribuye a determinada mujer;

2.—Que a pesar de ser cierta la declaración hecha en el acta de nacimiento del parto atribuido a determinada mujer, no obstante el sér humano nacido de ese parto no es el mismo que actualmente reclama la filiación legítima materna, y

3.—Que la mujer que figura unida con el vínculo matrimonial con un determinado hombre en el acta de matrimonio no es la misma que actualmente se hace figurar como tal (no identidad de la supuesta madre unida con el vínculo matrimonial). Debe observarse que el art. 335 del código sólo contempla el caso del

falso parto o suplantación (no identidad) del pretendido hijo al verdadero. Pero es que ese texto legal sólo se refiere al caso de impugnación de la maternidad simplemente ("La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo... etc."), y nosotros contemplamos el caso de impugnación de la maternidad legítima, la cual necesariamente supone la existencia del vínculo matrimonial.

Basta y es suficiente que se destruya cualquiera de los elementos enumerados de la filiación legítima materna para que las respectivas actas dejen de servir de medio de prueba a quien pretende prevalerse de ellas.

**172.—Qué personas tienen derecho a impugnar la maternidad legítima?** Sólo estas personas: 1º El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo; 2º Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya; 3º La verdadera madre para exigirle alimentos al hijo (art. 335 del c.c.); 4º Toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre (art. 337 del c.c.); 5º El hijo que se hace figurar con una maternidad supuesta a fin de reclamar su verdadero estado civil (en este caso se supone que el hijo ejercita una acción de reclamación de estado civil, pero que indirectamente está impugnando una maternidad; por ese motivo no se enuncia al hijo entre las personas titulares de la acción de impugnación).

**173.—Tiempo dentro del cual debe ejercitarse la acción de impugnación.**—Las personas enumeradas en los tres primeros números (o sean los verdaderos padres o los supuestos) no podrán impugnar la maternidad después de transcurridos diez años contados desde la fecha del parto (art. 336 del c.c.); en verdad debe entenderse más bien que después de diez años de posesión notoria del respectivo estado civil de hijo y madre legítimos (así se obvian las dificultades cuando no se sabe la fecha cierta del parto o se ataca la maternidad por falso parto). Con todo, en el caso de salir inopinadamente a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción anterior por un bienio (dos años) contado desde la revelación justificada del hecho (art. 336 inc. 2º).

En cuanto a las personas indicadas en el Nº 4º, o sea las perjudicadas en sus derechos a la sucesión de los supuestos padre y madre, dispondrán de un plazo de 60 días, contados desde aquel en que el autor haya sabido el fallecimiento de dicho

padre o madre. Pero transcurridos dos años, no podrá alegarse ignorancia del fallecimiento (art. 337, incs. 2º y 3º).

En cuanto al hijo, éste en cualquier tiempo podrá reclamar su verdadero estado civil y por tanto impugnar indirectamente la maternidad legítima que se le atribuya (art. 406 del c.c., cas. civ., oct. 1º de 1945).

**174.—Toda persona que pretenda impugnar una maternidad legítima debe acreditar un interés serio y legítimo.**— Si bien es cierto que el ejercicio de todo derecho (acción) supone siempre la existencia de un interés serio y legítimo (sin interés no hay acción, en tratándose del ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad legítima la ley exige que ese interés serio y legítimo se traduzca en la necesidad de ejercer alguna otra acción; es la necesidad de ejercer otra acción legítima y hacerla viable lo único que justifica el ejercicio de la acción de impugnación. Así, el marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta deben ejercer la acción cuando tratan de ejercer la acción de desconocimiento de la legitimidad (es el interés muy legítimo que supone existir la ley en un padre que se le hace pasar como padre supuesto para desconocer la legitimidad, lo que justifica que pueda ejercitar esa acción); los verdaderos padre y madre, sólo pueden ejercer esa acción “para conferirle a él (el hijo), o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya”; la verdadera madre, “para exigir alimentos al hijo”; y las otras personas cuando reciben un perjuicio actual en la sucesión de los supuestos padre y madre; el hijo, sólo cuando ejercita la acción de reclamación de estado.

Por tanto la no viabilidad de alguna de esas otras acciones anexas y por las cuales se concede la acción de impugnación implica que debe rechazarse.

El art. 338 del código establece: “A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte”.

**175.—Carácter específico de la acción de impugnación de la maternidad legítima.**—La impugnación de la maternidad legítima por falso parto implica el ejercicio de la acción de rectificación del acta respectiva de nacimiento; esto demuestra que dichas acciones aunque se ejerciten conjuntamente son, no obstante, distintas. Igualmente, la acción de impugnación es distinta de la acción de reclamación de estado, aunque ambas puedan ejercitarse conjuntamente; y finalmente, la acción de impug-

nación es distinta de la acción tendiente a desconocer al hijo supuesto (aquí se discute la no identidad del sér humano mencionado en el acta de nacimiento con el que actualmente quiere pasarse como tal).

## II

### *Determinación e impugnación de la paternidad legítima.*

176.—Puede decirse que la determinación de la paternidad legítima tiene por base la existencia de la maternidad legítima. Evidentemente: la maternidad legítima es un hecho visible y determinable fácilmente; ese hecho visible consta en la respectiva acta de nacimiento; no así la paternidad legítima la cual para su determinación no puede tenerse en cuenta el nacimiento o parto sino que es necesario remontarse a la concepción que ciertamente es el único hecho que se imputa a un hombre para afirmar que él sea padre de un sér humano (según la preñez, de una mujer, que comienza con la concepción, sea o no obra de un hombre determinado es lo único que de él se afirma para decir que es o no el padre).

Y no siendo visible este hecho de la concepción, no pudiéndose determinar por medios directos, el legislador se ha visto en la obligación de recurrir a ciertas presunciones o medios indirectos para determinar la paternidad de un sér. Una primera presunción es la determinación del tiempo probable dentro del cual pudo verificarse la concepción o preñez partiendo del hecho cierto y visible del parto o nacimiento (art. 92 del c.c.); determinado ese tiempo se apoya la ley en otra presunción acerca del autor de esa preñez que justamente no puede ser otro sino aquél que hacía vida común con la mujer parturienta en el tiempo durante el cual se presume la concepción; en el matrimonio el hombre que hacía vida común con esa mujer no es otro sino su respectivo marido; de ahí la regla general del art. 213 del código o sea que el hijo concebido cuando la mujer estaba unida por el vínculo matrimonial tiene por padre al marido.

Es la misma regla enumerada por los romanos: *Pater is est quem nuptias demonstrat.*

Como se observa el legislador se está a aquello que normalmente sucede en la práctica (*quod plerumque fit*) y a lo que precisamente ha perseguido al reglamentar la institución del matrimonio; no se ha limitado a establecer la obligación de fidelidad de las mujeres casadas sino que la presume; y si una mujer casada es fiel indica que ella no tiene relaciones sexuales sino con su marido legítimo y es lógico concluir que los hijos que tenga sean la obra de él y no de otro. Este es el fundamento

racional de la regla del artículo 213 del código en su aplicación a la determinación de la paternidad legítima.

**177.—¿Cuál es la naturaleza de la presunción de paternidad del art. 213 del código?**— Aunque el legislador ordena y presume la fidelidad de los cónyuges, especialmente de la mujer, no obstante la experiencia de la vida social demuestra que en ocasiones no se cumple con dicha obligación por parte de la mujer; que por tanto puede tener relaciones sexuales con otro u otros hombres distintos del marido y concebir y dar a luz hijos como producto de esas relaciones. Quiere decir que la presunción de paternidad del art. 213 no es absoluta (*juris et de jure*), sino simplemente relativa (*juris tantum*), y que puede ser destruída.

Importa dilucidar: 1º Qué hijos están cobijados por la presunción de paternidad legítima del art. 213. 2º Cómo puede destruirse dicha presunción (acción de impugnación de la paternidad).

#### Nº 1

##### *A quiénes cobija la presunción del art. 213.*

178.—Están cobijados por la presunción de paternidad legítima del art. 213 del código todos los hijos que de acuerdo con el art. 92 del código se presume de derecho concebidos cuando existía el matrimonio de sus padres.

Y de acuerdo con el art. 92 del código la concepción se opera dentro de los 120 días que hay entre la fecha mínima y máxima que dura la gestación del sér humano en el vientre materno o sea 180 y 300 días. Partiendo de la fecha cierta del nacimiento se localiza el tiempo durante el cual pudo ser concebido un sér humano; si durante ese tiempo de 120 días en los cuales se presume la concepción existía el vínculo matrimonial el hijo es legítimo.

**179.—Aplicaciones:** a) El hijo que nace expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio de sus padres se presume concebido en él; es hijo legítimo y tiene por padre al marido (art. 214 del c.c.). Aunque por aplicación de la presunción de derecho del art. 92 del código ese hijo ha podido ser concebido antes del matrimonio, en aquellos casos en que el nacimiento se efectúa después de los 180 días de su celebración y antes de cumplirse 300, no obstante, por motivos de moralidad, la ley prohíbe el que pretenda localizarse la concepción antes del matrimonio. La única acción que tiene el marido es la de destruir la presunción probando que durante todo el tiempo que, según el art. 92 del código, pu-

diera de derecho presumirse la concepción estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a su mujer (art. 214, inc. 2º).

b) Están también cobijados por la presunción del art. 213 del código los hijos nacidos dentro de los 300 días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad del matrimonio. Esta es la regla que debe entenderse inscrita en el art. 220 del código en sus incs. 1º y 3º No obstante el legislador cometió una grave falta al enunciarla así: "A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo, nacido después de expirados los 300 días subsiguientes a la disolución del matrimonio" (inc. 1º art. 220). "Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad" (inc. 3º art. 220). Dada la claridad de la redacción del art. 220 del código en sus incisos transcritos tenemos: 1º Los hijos nacidos después de expirados los 300 días subsiguientes a la disolución o nulidad del matrimonio se tendrán por hijos legítimos; 2º Se concede acción a cualquiera persona que justifique un interés actual para pedir la declaración de ilegitimidad. En todo caso basta que no se ejerza la acción de impugnación de paternidad legítima, para que los hijos nacidos con posterioridad a los 300 de disolución o nulidad del matrimonio se tengan como legítimos, puesto que un hijo es legítimo o ilegítimo; no existen términos medios. 3º En vista de esto se derogán los principios generales postulados en los arts. 213 y 92 del código. Supongamos que una vez muerto el marido la viuda dé a luz un hijo al cabo de tres años; este hijo no puede tener por padre al muerto hace tres años por cuanto lo impiden las reglas claras de los arts. 92 y 213 del código; pero al tenor de la absurda disposición del art. 220 del código se debe tener por legítimo y cubierto con la presunción de paternidad del padre muerto, por lo menos hasta que no se declare su ilegitimidad. ¿Quién podrá pedir la ilegitimidad de los nacidos con posterioridad a los 300 días de muerto el marido o anulado el matrimonio? Los más indicados y que pueden justificar un interés actual son los otros hijos legítimos; pero éstos pospondrán sus intereses pecuniarios a los intereses morales de la familia, pues, al pedir la ilegitimidad arruinarán la honra de la madre y la de ellos.

No podemos menos de concluir que entre los arts. 92 y 213 del código por una parte y el 220 por la otra existe una grave contradicción y que es necesario hacer primar las reglas enunciadas en los primeros o la del segundo. En esta tarea es necesario tener en cuenta lo estatuido por el art. 32 del código que dice: "Se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación...". Y nadie podrá dudar que son los arts. 92 y 213 del código los que consultan el verdadero espíritu de la legislación, que el art. 220 en la forma como se redactó viene a quebrar la integridad y orien-

tación general del sistema legislativo en materia de filiación legítima. Repugna a los principios generales que a un hombre muerto hace dos o tres años se le atribuya una paternidad legítima; tanto más cuanto el remedio para ello difícilmente se aplicará por motivos de orden moral. Haciéndose primar el contenido de los arts. 92 y 213 del código sobre el art. 220 tenemos: *los hijos nacidos después de expirados los 300 días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad de un matrimonio no quedan cobijados por la presunción de paternidad legítima del art. 213 del código.*

**180.—Concurrencia de la presunción de paternidad legítima del art. 213 respecto a dos maridos.**—No obstante todas las precauciones tomadas por la ley para evitar casos dudosos acerca de cuál de los dos maridos sucesivos de una misma mujer es padre de un hijo, puede en la práctica haberse violado alguna de las medidas preventivas establecidas. Cuáles son esas medidas preventivas para evitar el conflicto de concurrencia de dos paternidades según el art. 213; y en caso de presentarse un conflicto al respecto cómo se resuelve.

1º—En caso de disolución o nulidad de un matrimonio la mujer que no diere señales de preñez no podrá casarse nuevamente antes de cumplirse los 270 días subsiguientes a la disolución o nulidad del matrimonio; pero se podrá rebajar de ese plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración de nulidad, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso carnal del marido a la mujer. Pero si la mujer diere señales de preñez o se creyere embarazada: a) No podrá pasar a otras nupcias antes del parto; b) Si se trata de disolución del matrimonio por la muerte del marido deberá la mujer denunciarlo dentro de los 30 días siguientes a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto; pero si la mujer hiciere esa denuncia después de los 30 días, valdrá siempre que el juez, con conocimiento de causa, declare que ha sido disculpable el retardo (arts. 173, 232 y 225 del c.c.). Estas medidas tienen por objeto el evitar un conflicto de paternidades. Evidentemente: supongamos el caso de una viuda que contrae nuevo matrimonio pasados apenas 30 días de la muerte de su marido; si a los 260 días del nuevo matrimonio, o lo que es lo mismo a los 290 días de la muerte del primer marido, da al mundo un sér humano, ¿cuál es el padre? Por aplicación del art. 213 del código el nuevo sér queda cobijado con dos presunciones de paternidad; por una parte se presume que tiene por padre el marido muerto porque nació dentro de los 300 días subsiguientes a la disolución del primer matrimonio; por otra parte por haber nacido después de 180 días de celebrado el segundo matrimonio se presume que tiene por padre al marido actualmente vivo. Un con-

flicto de éstos se tiende a evitar con las medidas preventivas enunciadas.

2º.—Pero la viuda no cumple esas medidas preventivas y se presenta un conflicto de paternidades. ¿Cómo resolverlo?

Los arts. 234 y 235 del código tratan de resolver este conflicto en la forma más sabia y justa que es posible. “Cuándo por haber pasado la madre a otras nupcias se dudare a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo, y se invocare una decisión judicial, el juez decidirá tomando en consideración las circunstancias y oyendo además el dictamen de facultativos, si lo creyere conveniente” (art. 234). “Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias y su nuevo marido” (art. 235). Prácticamente la única sanción para la violación del impedimento prohibitivo de pasar a otras nupcias las viudas antes del plazo de 270 días es la indemnización de perjuicios indicada en el art. 235 del código en caso de presentarse un conflicto de paternidades.

**181.—Excepción de orden general.**—No gozan de la presunción general del art. 213 del código, los hijos que, a pesar de la existencia del vínculo matrimonial de sus padres durante el tiempo en que se presume de derecho la concepción, sus padres estaban divorciados legalmente, a menos de probarse que el marido, por actos positivos reconoce al hijo como suyo o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges (art. 20 de la Ley 57 de 1887).

## Nº 2

### *Medios para destruir la presunción del art. 213*

182.—Quien pretenda destruir la presunción de paternidad legítima del art. 213 del código debe probar:

1º—Que durante el tiempo en que se presume de derecho la concepción el marido no tuvo acceso carnal con su mujer;

2º—Que durante ese mismo tiempo la mujer tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres diferentes al marido.

Estas dos pruebas tienen distinta fuerza y alcance. La primera de orden negativo conlleva la segunda, es decir, que probando el marido que durante los 120 días durante los cuales se presume de derecho la concepción no tuvo acceso carnal a la mujer, se prueban las relaciones sexuales con otro u otros hombres, ya que toda concepción es necesariamente la obra de un hombre de carne y hueso. Como se ve por dicha prueba se destruye de plano la presunción de fidelidad con que están ampara-

das las mujeres casadas, pero no la presunción de paternidad legítima del art. 213 del código, puesto que nada obsta para que el hijo habido por una mujer adúltera sea, no obstante, obra de su marido.

De aquí el valor pleno y absoluto que la ley da a la primera prueba y el valor simplemente relativo que da a la segunda.

**183.—La primera prueba es plena.**—Indica que obra en todos los casos en que por cualquier causa se trate de impugnar la paternidad legítima. Tal es lo que establece el inc. 2º del art. 214 del código: “El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo que según el art. 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso carnal a su mujer”. ¿Qué condiciones se requieren para la viabilidad de esta prueba? 1º Que el marido esté cobijado por la presunción del art. 92 del código y por la del art. 213 sobre paternidad, puesto que precisamente esta clase de prueba es admisible para destruirla; por tanto ella no se admitiría a los maridos divorciados legalmente; 2º Que se trate de un sér humano que haya alcanzado a ser persona; ninguna utilidad se tendría en atacar una presunción cuando el recién nacido no alcanzó a tener existencia legal. Pero puede intentarse cuando el recién nacido alcanzó a ser persona pero murió.

**184.—¿Cómo se acredita la primera prueba?** La no existencia de relaciones sexuales entre marido y mujer durante el tiempo en que se presume la concepción debe acreditarse mediante una verdadera imposibilidad física, y no simplemente moral. Por tanto, sólo en estos dos casos puede funcionar la prueba:

1º—Acreditando que durante el tiempo en que se presume la concepción el marido estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso carnal a cualquier mujer, lo que se acreditará mediante el examen de facultativos. La prueba de una incapacidad relativa no es suficiente, ya que la ley de manera expresa se refiere al hecho de imposibilidad de acceso carnal, y no simplemente de generar.

2º—Acreditando que a pesar de no existir la anterior incapacidad, no obstante, el marido no tuvo acceso carnal a su mujer.

*Ejemplos:* 1º Durante el tiempo en que se presume la concepción el marido se encontraba postrado en una clínica sometido a delicada intervención quirúrgica; si de acuerdo con el dicho de los médicos y testigos que lo atendieron no tuvo acceso carnal a su mujer queda demostrado de manera plena que ese marido no queda cobijado con la presunción del art. 213. 2. Cuando la mujer abandona definitivamente el hogar y da a luz después de transcurridos 300 días al día del abandono, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él (art. 6º de la

Ley 95 de 1890: debe observarse de cómo este art. habla ya no de 300 días sino de diez meses; estos dos plazos generalmente no son equivalentes; no obstante debe esto mirarse como una imperfección de la ley y entenderse siempre el plazo en días y no en meses). En verdad que en este segundo ejemplo la ley se limita a establecer más bien un caso de presunción de imposibilidad absoluta de tener acceso carnal a la mujer que abandona el hogar.

**185.—La segunda prueba no es plena.**—La prueba de que la mujer tuvo relaciones carnales con otro u otros hombres durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí sola al marido para no reconocer al hijo como suyo (art. 215 del c.c.). Es decir, que no es suficiente para destruir la presunción de paternidad del art. 213. No obstante esta prueba tiene su valor: 1º Ella destruye la presunción de fidelidad que ampara a las mujeres casadas y que es precisamente lo que sirve de fundamento a la presunción de paternidad del art. 213; 2. Destruída la presunción de fidelidad de la mujer casada es ya poco lo que queda para destruir la presunción de paternidad; ese poco que es necesario agregar a la prueba positiva puede consistir en cualquier otro hecho conducente que justifique que el marido no es el padre (art. 215). Es una prueba de exclusión, cuya exigencia se justifica por motivos de lógica jurídica: porque la prueba positiva de las relaciones sexuales de la mujer con otro u otros hombres no excluye por sí misma el que el marido también haya tenido relaciones sexuales y que el hijo no sea de él. ¿Cuál será esa prueba de exclusión? La ley no la indica concretamente; en todo caso da una gran libertad al juzgador para apreciarla. De acuerdo con la doctrina más generalmente aceptada esa prueba de exclusión podrá consistir: 1º Imposibilidad simplemente moral de tener acceso carnal a la mujer; 2º Incapacidad relativa de generar el nuevo sér, lo que se acreditará mediante el examen de facultativos.

**186.—Quiénes son titulares de la acción de impugnación.**—Es necesario distinguir según viva actualmente el marido o no. En el primer caso sólo el marido puede ejercitar la acción de impugnación de la presunción de paternidad (art. 216 del c.c.). Empero existen dos casos en que la acción de desconocimiento se concede única y exclusivamente al marido, o sea que una vez muerto nadie podrá ejercitarla. El 1º es el contemplado por el art. 6º de la Ley 95 de 1890: "En cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, cuando el nacimiento se haya efectuado después del décimo mes (debe entenderse una vez cumplidos 300 días) siguiente al día en que la mujer abandonó defini-

tivamente el hogar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él. Este derecho no podrá ejercitarse sino por el marido mismo". El segundo es el contemplado por el art. 5º de la misma Ley 95 de 1890 que dice: "En caso de divorcio declarado por causa de adulterio, el marido podrá en cualquier tiempo reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, siempre que pruebe que durante la época en que pudo tener lugar la concepción no hacía vida conyugal con su mujer. Este derecho no puede ejercitarse sino por el marido mismo". Estos dos casos vinieron a derogar el sistema del código desde dos puntos de vista: 1º Hacer de la acción el desconocimiento una acción personalísima para el marido; ella por tanto no puede ejercitarse jamás por los herederos; muerto el marido se extingue definitivamente; 2º El ejercicio de la acción puede efectuarse "en cualquier tiempo" durante la vida del marido; así que no se condiciona a plazo alguno.

En el segundo caso, o sea cuando el marido ha muerto, pueden ejercer la acción de ilegitimidad los herederos y demás personas actualmente interesadas, como serían los legatarios (art. 221 del c.c.). No obstante, se hace una excepción respecto a los ascendientes del marido quienes no necesitan justificar un interés actual, ni tener parte en la sucesión (art. 222 del c.c.). Por tanto, a éstos se concede un verdadero derecho absoluto, para cuyo ejercicio no necesitan acreditar un interés justo y legítimo.

**187.—Dentro de qué tiempo debe ejercitarse la acción de desconocimiento o ilegitimidad.**— Es necesario distinguir según la acción sea ejercida por el marido personalmente o por sus herederos u otros interesados.

Si la acción se ejerce por el marido, éste tiene un plazo de 60 días para iniciala contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto (art. 217 del c.c.). Las únicas excepciones son las de los arts. 5º y 6º de la Ley 95 de 1890 que conceden al marido derecho para ejercer la acción "en cualquier tiempo"; como se acabó de decir; en esos dos casos, si la acción no tiene plazo para ejercerse, no obstante, se halla condicionada a la vida del marido.

Los 60 días que tiene el marido para impugnar la presunción de paternidad del art. 213 del código comienzan a contarse desde el día en que tuvo conocimiento del parto de la mujer, y no del día del parto. Motivos de orden práctico y de equidad postulan esta regla, pues, no sería justo hacer comenzar el plazo desde el día del parto, ya que la mujer podría hacer ocultación de él mientras se cumple el plazo o bien el marido por encontrarse ausente de la residencia de la mujer puede serle físicamente imposible conocer el parto durante el plazo.

Pero como a la vez el marido podría abusar del plazo alegando no haber tenido conocimiento antes, la ley establece una presunción de conocimiento del parto para el marido, según se halle en el lugar donde tiene su residencia la mujer o no. Si se halla en el lugar de la residencia de su mujer se presume que tuvo conocimiento del parto inmediatamente, o sea que el plazo de 60 días comienza a contarse desde el día siguiente del parto; mas ésta es una presunción relativa que el marido puede atacar probando ocultación del parto, (art. 217 del c.c.). Si se halla ausente de la residencia de la mujer se presume que tuvo conocimiento del parto después de su vuelta a ella, salvo que pruebe que la mujer lo ocultó (art. 218 del c.c.).

Esta regla de presunción del conocimiento del parto por parte del marido comporta dos aclaraciones: 1ª La ley habla de residencia y no de domicilio; lo que indica que lo que interesa es el sitio donde la mujer tuvo el parto, aunque ese sitio no corresponda a su domicilio; 2ª La ocultación del parto por parte de la mujer puede realizarse de muchas maneras; el silencio absoluto, como toda maniobra encaminada a que el marido no tenga conocimiento del parto equivale a ocultación.

**188.—Cuándo la acción puede ser ejercitada por los herederos y dentro de qué plazo.**— Para que los herederos o interesados puedan ejercer la acción de impugnación de la presunción del art. 213 se requiere: 1. La muerte del marido a quien cobijaba la presunción de paternidad del art. 213 del código; 2. Que el ejercicio de la acción no hubiese prescrito en vida del marido (las de los arts. 5º y 6º de la Ley 95 de 1890 prescriben por el solo hecho de su muerte; las demás en el mencionado plazo de 60 días contados a partir del día en que tuvo conocimiento del parto); 3. Que el marido no haya reconocido de manera expresa al hijo como suyo en testamento u otro instrumento público; 4. Que el ejercicio de la acción por parte de los herederos se haga en los mismos términos que el marido tenía para hacerlo (art. 219, 221 y 22 del c.c.).

Estos requisitos exigen estas aclaraciones. En caso de que no hubiesen vencido los 60 días que el marido tenía para impugnar la presunción de legitimidad, los herederos e interesados tienen un plazo de 60 días contados a partir de la muerte del marido, y no del día en que el marido tuvo conocimiento del parto; lo que indica que los días transcurridos en vida del marido para ejercer la acción no se disminuyen al plazo de 60 días que tienen los herederos o interesados para ejercer la acción. Pero en caso de que el marido no haya tenido conocimiento del parto durante su vida, el plazo de 60 días para los herederos e interesados se empezará a contar a partir del día en que tuvieron conocimiento del parto y no del día de la muerte del marido. Una

solución contraria parece deducirse de los términos del art. 221 del código; mas esa solución sería injusta e inconveniente; dicho texto legal se refiere al caso normal de que el marido haya tenido conocimiento del parto durante su vida; pero si no alcanzó a tener noticia de él, para los herederos no comenzará a contarse el plazo sino a partir del día de su conocimiento. Tanto para el marido como para los herederos el principio del plazo se marca necesariamente por el hecho del conocimiento del parto. Si bien es cierto que el reconocimiento expreso del hijo por parte del padre inhibe a los herederos e interesados para ejercer la acción, debe entenderse que cuando dicho reconocimiento sea fruto del fraude, engaño o error, no produce efectos de ninguna naturaleza; los herederos podrán probar el engaño dolo o error y así podrán ejercer la acción.

**189.—Impugnación de la legitimidad en forma de excepción.**—Según el inc. 2º del art. 221 “si los interesados (herederos o legatarios) hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepción de ilegitimidad en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos”. Tres condiciones esenciales deben concurrir simultáneamente para que prospere la ilegitimidad como excepción:

1ª—Que la posesión de los bienes la hayan tomado los interesados o personas que legalmente tienen personería para impugnar la legitimidad; únicamente ellos y no personas diferentes.

2ª—Que se trate de una POSESION EFECTIVA y no de la simple posesión material. La posesión efectiva sólo se presenta en materia de inmuebles adquiridos por causa de muerte. Al respecto y según claras normas en la posesión de inmuebles por causa de muerte es necesario distinguir tres etapas: a) Posesión legal, o sea la que se adquiere por el solo hecho de la muerte del de cuius, en el caso en estudio, del padre legítimo (art. 783 del c.c.). Esta posesión es común a toda clase de bienes: muebles e inmuebles. b) Posesión efectiva de los inmuebles y que sólo se realiza cuando se inscribe a los herederos o legatarios como poseedores inscritos en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y privados de la ubicación del inmueble, previó un decreto judicial (art. 757 del c.c.). Sólo esta clase de posesión y no la simplemente legal autoriza a los poseedores inscritos o poseedores efectivos para impugnar la legitimidad en forma de excepción. c) Posesión definitiva que viene una vez realizada la partición de los bienes de la herencia; esta posesión es más fuerte que la efectiva y por consiguiente autoriza a los poseedores para excepcionar.

3ª—Que los interesados hayan entrado en posesión efectiva o en la definitiva sin contradicción del pretendido hijo; para que

se entienda que no hubo contradicción se requiere el conocimiento o participación que tuvo en el respectivo juicio de sucesión y que haya guardado silencio; porque no se entiende controvertido un derecho en relación con una persona cuando se le arrebató a sus espaldas.

**190.—Procedimiento para impugnar la legitimidad y situación del hijo durante el juicio.**— Según los arts. 223 y 224 del código, ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido mismo, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare para que lo defienda en él. La madre será citada pero no obligada a comparecer en el juicio. No se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare concebido en adulterio (*nemo propiam turpidunem allegans potest*: esta regla que fue tan cara en el sistema clásico ha perdido gran parte de su valor hoy día); lo cual no quiere decir que no se deban admitir las pruebas que acredite la madre tendientes a demostrar en forma clara la legitimidad o ilegitimidad del hijo.

Durante el juicio se presumirá la legitimidad del hijo, y será mantenido y tratado como tal; pero declarada judicialmente la ilegitimidad tendrá derecho el marido, y cualquier otro reclamante, a que la madre le indemnice de todo perjuicio que la pretendida legitimidad le haya irrogado.

## CAPITULO SEGUNDO

### HIJOS LEGITIMOS CONCEBIDOS FUERA DEL MATRIMONIO DE SUS PADRES (HIJOS LEGITIMADOS)

191.—Se da el nombre de hijo legitimado a aquel que no alcanzó a ser concebido estando sus padres casados entre sí, pero que no obstante, pasa a ser legítimo por el matrimonio posterior de sus progenitores. Tal es la noción de estos hijos dada por el art. 236 del código al decir: “Son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres”.

El matrimonio de los padres constituye la piedra de toque necesaria y suficiente para calificar la filiación en legítima e ilegítima. No existe en la ley colombiana otro medio para cambiar una filiación ilegítima en legítima sino el respectivo matrimonio de los padres.

En otras legislaciones como en la suiza, alemana e inglesa, como igualmente en el antiguo derecho romano, al lado de la

legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, existía la legitimación de los hijos naturales o ilegítimos por decisión judicial o administrativa. Desde luego que este otro medio de legitimación al lado de la del matrimonio subsiguiente de los progenitores no deja de presentar grandes inconvenientes al lado de ciertas ventajas. Empero, nada obsta para que se reglamentase en nuestro derecho como caso excepcional la legitimación por simple decisión judicial o administrativa, especialmente cuando uno de los concubinos que proyectaba matrimonio muere prematuramente (el matrimonio in extremis está organizado en vista de esta finalidad); también podría reglamentarse cuando la concepción del hijo es obra de un delito del hombre como en el caso de violencia carnal o raptó.

*Plan.*—1º Qué hijos pueden ser legitimados; 2º Efectos de la legitimación.

a) *Qué hijos pueden ser legitimados.*

192.—En principio existen dos clases de hijos legitimados: 1. Los concebidos fuera del matrimonio de sus padres pero nacido dentro de él; 2. Los concebidos y nacidos fuera del matrimonio de sus padres.

I.—*Hijos nacidos dentro del matrimonio de sus padres pero concebidos fuera de él.*—Vimos que el hijo que nace pasados 180 días de la celebración del matrimonio se reputa concebido en él y lo cobija la presunción del art. 213 del código (art. 214 del c.c.). En cambio, los hijos que nacen antes de cumplirse los 180 días a partir del matrimonio de sus progenitores se presume de derecho por aplicación lógica de las reglas de los arts. 92 y 214 del código que no alcanzaron a ser concebidos en matrimonio. No obstante la ley da un tratamiento especial a estos hijos. Su situación jurídica queda definida estableciendo: 1º Cómo quedan legitimados; 2º A qué hijos se extiende dicha legitimación.

193.—A) **Cómo quedan legitimados.**—Los hijos concebidos antes del matrimonio de sus padres pero nacidos dentro de él quedan legitimados ipso jure (arts. 237 del c.c. y 52 de la Ley 153 de 1887). ¿Cuál es la fuerza y fundamento de esta clase de legitimación? 1. Es por ministerio de la ley que obra esa legitimación, sin necesidad de sentencia judicial, ni reconocimiento anterior por parte de los padres como hijo natural; 2. De lo cual resulta que la legitimación de estos hijos es muy semejante a la presunción de legitimidad que cobija a los hijos concebidos en matrimonio; de hecho son considerados legitimados de plano, ipso jure; es decir, que quedan cobijados en principio por la presunción de paternidad legítima del art. 213 del código. Es una especie de excepción a la misma regla de que sólo los hijos que

nacen expirados los 180 días al matrimonio de los padres quedan cobijados por la presunción del art. 213. Esta excepción a las reglas generales se justifica por motivos prácticos y de equidad: "el hombre que toma por esposa a una mujer en estado de preñez generalmente está al corriente de esa situación, y es sin duda en razón de esa situación y con el fin de regularizarla que consiente en el matrimonio" (Josserand, I. p. 566). Empero los hijos concebidos dentro del matrimonio constituyen una categoría de hijos distinta a la de los no concebidos en matrimonio; los primeros son legítimos ab initio y tuvieron siempre esa categoría; los segundos fueron ilegítimos ab initio y cambiaron su categoría por la de legítimos; lo cual se debe a que la legitimación no obra retroactivamente por tener su fundamento y razón de ser en el matrimonio. 3. La presunción de paternidad del art. 237 para los hijos concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él puede ser atacada y destruída. ¿Cómo? Para ello es necesario hacer una importante distinción según el marido al momento de casarse haya tenido conocimiento de la preñez de la mujer o no.

194.—4.—Si tuvo conocimiento la ley presume que se casó en atención a que él era el autor de la preñez; y esa presunción no puede destruirse sino probando que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante todo el tiempo en que pudo efectuarse la concepción según las reglas generales (art. 237 del c.c. inc. 2º).—5.—Si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse entonces no está cobijado por la presunción de paternidad; quiere decir que el marido fue víctima del engaño. Basta que desconozca al hijo después de nacido por actos positivos y que pruebe que ignoró la preñez de su mujer (art. 237 del c.c. inc. 3º).

La impugnación de esta paternidad de los hijos legitimados ipso jure debe hacerse en la misma forma, por las mismas personas y dentro de los plazos indicados para impugnar la presunción de paternidad del art. 213 del código para los hijos legítimos (art. 237 del c.c. inc. 4º).

195.—B) **Todos los hijos concebidos fuera de matrimonio pero nacidos dentro de él quedan cobijados por el beneficio de legitimación ipso jure del art. 237 del código.**—Esta regla ha sido el fruto de una larga evolución en la que es necesario distinguir varias etapas: 1ª La del código que concedía el beneficio de legitimación a todos los hijos que fueran concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él (regla del art. 237 del código); 2ª La regla del art. 52 de la Ley 153 de 1887 que modificó la del código en el sentido de limitar el beneficio a una determinada categoría de hijos. Quedaban exceptuados

de este beneficio estas clases de hijos: a) los hijos concebidos en adulterio. Esta era una excepción absoluta: el ignorar uno de los padres que el otro estaba casado en la época de la concepción, o el haber el otro creído de buena fe que su matrimonio no subsistía, eran circunstancias que no se tenían en cuenta (Nº 1º del art. 52 de la Ley 153 de 1887). Esta excepción de la legitimación para los hijos adulterinos era una consecuencia lógica del sistema establecido por la misma Ley 153 de 1887 en su art. 54 sobre hijos naturales; los hijos de dañado y punible ayuntamiento, entre los que se encontraban los adulterinos, no podían ser reconocidos por sus padres como hijos naturales, y la legitimación de un hijo implica necesariamente el que haya tenido tal carácter. Pero esta base del art. 54 de la Ley 153 de 1887 fue derogada por la Ley 45 de 1936, pues, en virtud del art. 1º de esta ley se suprimieron de nuestra legislación los hijos de dañado y punible ayuntamiento y sólo quedaron dos categorías de hijos: legítimos y naturales. Por tanto todo hijo que no sea legítimo puede adquirir la categoría de natural mediante el reconocimiento voluntario o forzado de sus padres. Ahora bien: todo hijo que tenga la categoría de natural puede ser legitimado ya sea ipso jure (para los simplemente concebidos fuera del matrimonio de sus padres pero nacidos dentro de él) o por declaración y reconocimiento expreso de los padres (para los concebidos y nacidos fuera del matrimonio de sus padres); de lo cual se deduce que todos los hijos que en principio fueron ilegítimos pueden ser legitimados ipso jure. De ahí que el art. 1º de la Ley 45 de 1936 tácitamente derogó la regla del art. 52 de la Ley 153 de 1887, viniendo a quedar vigente nuevamente en toda su amplitud el primitivo art. 237 del código.

b) Los numerales 2º y 3º del art. 52 de la Ley 153 de 1887 establecen que no gozan del beneficio de legitimación ipso jure si el subsiguiente matrimonio es presunto o putativo o si dicho matrimonio carece de las condiciones legales necesarias para producir efectos civiles. Ya dijimos de cómo en nuestra legislación no cabe hablar de los matrimonios presuntos o putativos (empero cabe advertir del gran absurdo que contiene el Nº 2º del art. 153 de la Ley 153 de 1887: porque según él y ateniéndonos a la doctrina clásica sobre matrimonios putativos tendríamos que los hijos concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él no quedan legitimados; pero los concebidos fuera del matrimonio y nacidos también fuera de ese matrimonio si quedarían legitimados); y en cuanto al caso del matrimonio que carezca de las condiciones legales necesarias para producir efectos civiles la ley está haciendo referencia a los matrimonios anulables; y en cuanto a estos matrimonios ya sabemos que la nulidad no produce efectos para el pasado sino sólo para el futuro. En consecuencia: los Nos. 2º y 3º del art. 52 de la Ley 153 de 1887

pugnan con los principios generales, contrarían el espíritu de la legislación actual y deben mirarse como no escritos.

**196.—II.—Hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio de sus padres.**—Es necesario distinguir los hijos nacidos fuera del matrimonio de sus padres pero que habían sido reconocidos por ellos como hijos naturales, e hijos no reconocidos.

1.—Los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio de sus padres pero que habían sido reconocidos por sus padres como hijos naturales, quedan legitimados ipso jure por el matrimonio que posteriormente contraigan (art. 238 del c.c.). Para que opere esta clase de legitimación se requiere que el reconocimiento del hijo natural se haya hecho por los medios indicados por la ley y que más adelante se estudiarán. Esta legitimación ipso jure se explica: toda legitimación implica necesariamente *ei* que los padres reconozcan al hijo como natural, que tenga la categoría de tal; si ya tiene esa calidad el matrimonio subsiguiente de los padres lo legitima de plano. Es la misma regla que se aplica a los concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él; aquí se trata de un reconocimiento tácito, en el otro se requiere un reconocimiento expreso.

Todos los hijos naturales, sin excepciones, que tenían esa calidad por reconocimiento expreso de sus padres, quedan legitimados ipso jure por el matrimonio subsiguiente de sus padres, incluyendo a aquellos que ya habían muerto.

2.—Los hijos que no han sido reconocidos por sus padres antes del matrimonio no quedan legitimados ipso jure (art. 239 del c.c.). ¿Cómo se legitimarán? De dos maneras: a) Designando los padres en el acta de matrimonio los hijos a quienes confieren el beneficio de legitimación, y b) Por escritura pública (art. 239 del c.c.).

a) Según el primer medio se requiere que los padres afirmen que tales hijos son suyos y que les conceden el beneficio de legitimación: finalmente deben firmar la respectiva acta. En cuanto a las actas de origen civil no se presenta problema de ninguna clase; no así tratándose de las actas de origen eclesiástico. Generalmente estas actas no son firmadas por los contrayentes, siendo suficiente la sola firma del párroco que autoriza el matrimonio. Cabe preguntarse: es suficiente la sola afirmación que los contrayentes hagan ante un párroco en el acta de matrimonio de que conceden el beneficio de legitimación a determinados hijos, sin la firma de ellos? Al respecto se hace necesario distinguir dos etapas. Antes del año de 1913 no se hacía necesario la firma de los contrayentes; la sola afirmación que hacían ante el párroco era suficiente. La jurisprudencia nacional sostuvo esta tesis con estos argumentos: 1º Las partidas de matrimonio eclesiástico, extendidas en la forma prescrita por la ley canónica, son docu-

mentos legalmente aptos para contener la manifestación de legitimación que deben hacer los contrayentes de acuerdo con el art. 239 del código; 2º Que las partidas eclesiásticas de matrimonio son documentos públicos y auténticos, ya en razón de haberlas asimilado la ley a las actas del estado civil, ya en virtud del concordato; lo que indica que el testimonio del párroco expresado bajo su sola firma en un acta de matrimonio religioso, acerca de que los contrayentes hicieron en su presencia la manifestación de que legitimaban a sus hijos, es prueba completa de ese acto (Cas. civ. julio 25 de 1923, G.J. t. XXX, p. 116, Garavito, t. III, Nº 2267; cas. set. 8 de 1922, G.J. t. XXIX, p. 242, Garavito, t. III, Nº 2265; cas. 23 de julio de 1925, G.J. t. XXXI, p. 281, Garavito, III, Nº 2273).

Pero a partir del año de 1913 es indispensable que los contrayentes que legitiman hijos en el acta de matrimonio eclesiástico firmen el acta correspondiente, por virtud de lo estatuido en la Ordenanza expedida por la Conferencia Episcopal de 1913, que fue luego ratificada por el Decreto de 28 de octubre de 1927, dictado por la Conferencia Episcopal de ese año (cas. civ. mayo 20 de 1942, G.J. t. LIV, p. 70 y ss.). Por tanto, todas las legitimaciones que se hicieron a partir de 1913 sin la firma de los contrayentes carecen de todo valor, según nuestra jurisprudencia nacional, haciendo en ello primar el más riguroso y criticable exegético, debido a que generalmente los párrocos no están informados de las conclusiones de las mencionadas conferencias episcopales y no tienen la preocupación de hacer firmar el acta de matrimonio a los contrayentes cuando en ella se hacen legitimaciones. (Sobre este punto. M. Arteaga, Conferencias de Derecho Civil 1º, dictadas en la Facultad Nacional en el año de 1934).

b) Si los padres de un hijo que no lo habían reconocido como natural, no hicieron la manifestación o no quedó ella insertada en el acta de matrimonio, pueden legitimar al hijo por escritura pública o testamento. Esta clase de legitimación es conocida en la doctrina con el nombre de legitimación *post nuptias*.

**197.—Puede producirse la legitimación por sentencia judicial?**—Supongamos que los contrayentes no legitimaron a un hijo por el acta de matrimonio; tampoco lo han hecho por escritura pública; ¿podrá ese hijo mediante un juicio pedir el beneficio de legitimación? En verdad que para que exista la legitimación se requiere: 1º Que el hijo establezca su filiación natural respecto a un padre y madre determinados, y 2º que esos padre y madre se hayan unido por el vínculo del matrimonio. ¿Cuál de estos dos requisitos debe producirse primero? Generalmente el del reconocimiento de la filiación natural y entonces es cuando la legitimación opera ipso jure, por el propio ministerio de la ley; pero los casos de la legitimación que no obran ipso

jure implican que primero se han casado los padres y después lo han reconocido como hijo extendiéndole el beneficio de legitimación. Como en la actual legislación colombiana puede producirse el reconocimiento forzado de la paternidad natural (como igualmente de la materna) y como nada obsta que ese reconocimiento forzado pueda producirse con posterioridad al matrimonio del respectivo padre y madre quiere decir que cuando se produce, tanto del padre y madre que ya se han unido en matrimonio se ha producido una legitimación forzada; legitimación que no pugna con los principios generales. La legitimación forzada se obtiene mediante sentencia judicial.

**198.—Condiciones de la legitimación por escritura pública.**—Para que la legitimación por escritura pública tenga valor debe reunir estas condiciones o requisitos: 1º Deberá notificarse a la persona que se trate de legitimar. Si ésta es un incapaz en razón de la edad o enfermedad mental se deberá notificar a su representante legal (tutor o curador), o en defecto de éste a un curador especial (art. 240 del c.c.: hoy día las mujeres casadas y mayores de edad son plenamente capaces); 2º Si la persona a quien se notifica la legitimación es plenamente capaz podrá aceptar o repudiar libremente ese beneficio; si es incapaz no podrá aceptar o repudiar la legitimación sino con el consentimiento del tutor o curador generales, o en su defecto del curador especial, y previo decreto judicial con conocimiento de causa (arts. 241 y 242 del código civil: hoy día las mujeres casadas y mayores de edad no son incapaces en razón del ejercicio de la potestad marital del marido sobre ellas); 3º La persona a quien se notifica una legitimación deberá declarar si acepta o rechaza ese beneficio por instrumento público dentro de los 90 días siguientes; transcurrido ese plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil (art. 243 del c.c.); 4º Si la persona que se pretende legitimar ha muerto, se hará la legitimación a sus descendientes legítimos, quienes podrán aceptarla o rechazarla según las reglas anteriores (art. 244 del c.c.).

Obsérvese bien que el plazo de 90 días, que se concede a quien va a gozar de la legitimación tiene por finalidad el rechazarla, vetarla. Cumplido ese plazo la legitimación se produce, porque la ley presume aceptación, tanto para las personas capaces como para las incapaces.

La tesis de algunos abogados según la cual el plazo de 90 días sólo se concede a las personas capaces, siendo necesario para incapaces el decreto judicial, ha sido rechazada por el Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala de Casación Civil de la Corte. La intervención de la autoridad judicial sólo es necesaria cuando

el incapaz rechaza la legitimación lo que sólo podrá hacer dentro de los 90 días siguientes a la notificación de ella.

b) *Efectos de la legitimación e impugnación de ella.*

**199.—I.—Efectos.**—El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio tiene los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo concebido en matrimonio; nuestra legislación no señala diferencias de ninguna clase entre unos y otros; trátese del hijo legítimo concebido y nacido dentro del matrimonio, como del concebido fuera de matrimonio pero nacido dentro de él, como del concebido y nacido fuera de matrimonio pero legitimado ipso jure por haber sido reconocido como natural por sus padres antes del matrimonio, como del legitimado por escritura pública o en el acta de matrimonio, todos sin excepción gozan de unos mismos derechos y obligaciones. Desde este punto de vista sobra la clasificación de hijos en legítimos y legitimados (arts. 245 y 246 del código).

La legitimación opera sin retroactividad; por tanto todo hijo legitimado necesariamente durante un tiempo tuvo la categoría de hijo ilegítimo y posteriormente pasó a la categoría de hijo legítimo; empero, la legitimación que se hace por instrumento público posterior al matrimonio de los padres se retrotrae a la fecha del matrimonio, por ser este momento necesario y suficiente para que opere la legitimación de un hijo en nuestro derecho (art. 245, inc. 2<sup>o</sup>).

**200.—II.—Impugnación de la legitimación.**—La legitimación del que ha nacido después de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por las mismas personas y de la misma manera que la legitimación del concebido en matrimonio (art. 247 del c. c.). La impugnación de la legitimación deberá justificarse probando alguna de estas causas: 1<sup>a</sup> Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante; 2<sup>o</sup> Que el legitimado no ha podido tener por madre a la legitimante (según las reglas expuestas al hablar de la prueba de la maternidad legítima). No serán oídos contra la legitimación sino los que prueban un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; éstos en 60 días contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los 300 días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho (art. 248 del c. c.).

En caso de haberse omitido la notificación cuando se trata de legitimación por escritura pública, sólo el supuesto legitimado o sus representantes legales, o los descendientes legítimos del legitimado llamados inmediatamente al beneficio de legitimación, tendrán derecho para impugnarla por haberse omitido la notificación o la aceptación (art. 179 del c. c.).

## SECCION SEGUNDA

ACCIONES DE IMPUGNACION Y ACCIONES DE RECLAMACION DE LA LEGITIMIDAD.—EFECTO DE LOS FALLOS JUDICIALES EN ESTA MATERIA. — SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PRIMERO DE OCTUBRE DE 1945.

201.—Existen seis artículos del código civil —401 a 406— que han ofrecido serias dificultades de interpretación. Después de muchas y ardientes discusiones sobre su sentido y alcance, la Sala de Casación Civil de la Corte por la sentencia del 1º de octubre de 1945, desató la mayor parte de las controversias sobre el particular, llenando así uno de los grandes vacíos de la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

### I

#### *Acciones de impugnación y acciones de reclamación de la legitimidad*

202.—A) Según el art. 214 el hijo concebido en matrimonio se presume tiene por padre legítimo al marido. Esta es una presunción relativa, destructible por los medios acabados de exponer. Bien: la acción de impugnación de la presunción de paternidad legítima del art. 214 del código implica impugnación de la legitimidad; es una acción negativa, pues, persigue el que se declare que determinado hijo, de aquellos que quedan cobijados con la presunción de paternidad legítima, no es hijo del marido de la mujer casada que lo dio a luz. Dicha acción no va a precisar quién sea el verdadero padre del hijo cuya legitimidad se impugna. Destruída esa presunción, es decir, triunfando la acción de impugnación de la paternidad legítima, podrá el hijo o su representante ejercer la acción de reclamación de estado, es decir, buscar a su verdadero padre.

De manera que una acción de impugnación de la legitimidad paterna es distinta de una acción de reclamación de ese estado.

203.—B) Existen acciones de impugnación de la maternidad (Supra Nos. 172 s.). Podrá impugnarse la maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa

por suyo, probando falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero (art. 335 del c. c.). Bien: el ejercicio de esta acción tiene por fin el esclarecer que determinada mujer no es la verdadera madre o que tal hijo no es de ella; si prospera dicha acción, el hijo podrá ejercer la acción de reclamación de estado, es decir, buscar a su verdadera madre; y si la impugnación triunfó por probarse suplantación del parto, la madre podrá buscar al hijo que realmente haya dado a luz, con lo cual ejercitará una acción de reclamación de estado. De manera que son acciones completamente diferentes y con distinto alcance las que tienen por fin impugnar la maternidad, de las que tienen por fin reclamar ese estado.

Es de comprenderse que cuando se impugna la maternidad legítima se compromete directamente la paternidad, pues, si una mujer casada finge un parto el supuesto hijo queda de plano cobijado con la presunción de paternidad legítima del 214; el ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad implica impugnación de la presunción de paternidad. Igualmente cuando se impugna la maternidad legítima por suplantación de parto, pues, al triunfar la acción, se destruye la presunción del 214 respecto al hijo suplantado; pero ese marido y mujer, respecto de los cuales se probó que ellos no son los padres del hijo suplantado, podrán reclamar el estado de padres respecto al hijo que verdaderamente dio a luz la mujer.

204.—C) Contra los hijos legitimados pueden igualmente ejercerse las acciones de impugnación de la paternidad y maternidad (supra, N<sup>o</sup> 200). Si triunfa la acción de impugnación el hijo podrá reclamar su estado ante su verdadero padre y madre.

## II

*La ley ha sometido a un régimen diferente el ejercicio de las acciones de impugnación de la paternidad y maternidad legítimas, y el ejercicio de las acciones de reclamación de estado.*

205.—Acabamos de estudiar el régimen jurídico de las acciones de impugnación de la paternidad y maternidad legítimas (Supra Nos. 176 y 182).

El régimen de las acciones de impugnación de la paternidad legítima se gobierna por las reglas de los arts. 216 a 244 del código; las de impugnación de la maternidad por las reglas de los arts. 335 a 338.

Dichas acciones deben ejercitarse por determinadas personas y dentro de plazos cortos. Así, mientras el marido viva sólo él puede impugnar la presunción de paternidad del 214 (art. 216 del c.c.); y dicha acción debe ejercitarla dentro del plazo que la

ley le indica; a su muerte pueden ejercitarla las personas enumeradas en los arts. 219 y 222, y dentro del mismo plazo que el marido tenía para su ejercicio.

La acción de impugnación de la maternidad legítima no pertenece exclusivamente a la mujer, pues, pueden ejercerla, aún en vida de la madre, otras personas. En todo caso; *carácter esencial de las acciones de impugnación de la legitimidad tanto paterna como materna es el de que son prescriptibles de acuerdo con las reglas estudiadas.*

En cambio, *el régimen jurídico de las acciones de reclamación de legitimidad son esencialmente imprescriptibles; en cualquier tiempo puede un hijo buscar a su verdadero padre o madre, o éstos buscar a su verdadero hijo.* Tal es el sentido del art. 406 del código que estatuye: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se hayan pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijos de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

Ejemplo: una mujer casada da a luz un hijo; resuelve ocultar dicho parto a su marido y dar ese hijo a otro matrimonio que no ha tenido descendencia; lo inscriben en el registro civil como hijo legítimo de ese matrimonio y como tal lo crían, educan, y presentan ante los demás. Tanto la maternidad como la paternidad legítimas de que goza ese hijo son supuestas. Supongamos transcurridos los términos dentro de los cuales los padres supuestos o los verdaderos o cualquiera otra persona que tenga interés, pueden impugnar la maternidad de ese hijo, de acuerdo con el art. 336 del código. Indica ello que el ejercicio de la acción de impugnación de esa legitimidad ha prescrito, que ya no puede ser ejercida por nadie. Mas ello no indica que el hijo no pueda en cualquier tiempo reclamar su verdadero estado civil respecto a su verdadero padre y madre de acuerdo con el art. 406 del código.

Obsérvese que el art. 336 del código concede la acción de impugnación de una maternidad sólo a los padres supuestos o a los verdaderos; pero no menciona al hijo. Por el motivo de que a éste no se le concede la acción negativa de impugnación sino la de reclamación de su estado civil; por tanto lo que prescribe según el 336 y 337 es la acción de impugnación de la maternidad, mas no la de reclamación de legitimidad que por el 406 sólo se concede al hijo y no prescribe.

El art. 406 del código tiene especial aplicación en estos casos:

1.—El 216 reserva la acción de impugnación al marido mientras viva; excepcionalmente a su muerte los herederos o ascendientes podrán impugnar la paternidad. En ninguna parte se enumera al hijo ni al verdadero padre; pues, bien: el verdadero hijo puede no impugnar, sino reclamar su estado. Claro está que la

reclamación de estado implicará en algunos casos la impugnación de la paternidad.

El verdadero padre podrá presentarse ante la justicia reclamando su paternidad legítima respecto a un hijo. Es necesario advertir que al padre natural no se permite reclamar la paternidad natural del hijo habido en mujer casada, sino mediante la destrucción o impugnación de la paternidad legítima (art. 3º, Ley 45 de 1936). Por tanto el 406 tendrá aplicación cuando el padre legítimo se presenta a reclamar la paternidad de un hijo que pasaba como legítimo de otro padre legítimo o natural.

2.—El verdadero hijo en cualquier tiempo respecto a la impugnación de la maternidad.

### III

*En las acciones de impugnación de la maternidad legítima deberá intervenir el padre legítimo so pena de nulidad.*

206.—Según el inc. 2º del 403 “Siempre que en la cuestión (fallos judiciales sobre la legitimidad de un hijo) esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

En toda acción tendiente a impugnar la maternidad de una mujer casada, por falso parto o suplantación del hijo, se compromete la paternidad del hijo.

Según la Corte Suprema (Cas. civ. oct. 1º de 1945) el 403, inc. 2º opera principalmente en las disputas sobre maternidad. “Fue consagrada en atención a esa clase de controversias en las cuales sin discutirse directamente sobre la paternidad, esta cuestión sin embargo también está comprometida; como cuando viviendo el marido se discute la maternidad del hijo, pues si la mujer no es la verdadera madre, el marido no será tampoco el padre legítimo, y, al contrario, declarada la maternidad, el marido será el padre en virtud de la regla *pater is est*...”

“En estos casos debe intervenir el marido forzosamente en el juicio, claro que estando vivo, pues si está muerto no hay a quién hacer intervenir; además de que las respectivas acciones no están condicionadas a la vida del marido...”. El pensamiento del inc. 2º del 403 estaba mejor redactado en un artículo del proyecto de Don Andrés Bello en el que se decía: “Pero si se discute la maternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”; pero esta parte fue reemplazada por la actual del inc. 2º del 403 con el fin probable de dar mayor amplitud a la intervención del padre.

“Por tanto, agrega la Corte en la precitada sentencia, en función del art. 403, el padre, mientras viva, deberá intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad:

"1º Cuando algún interesado, distinto del padre, provoque contra el hijo la acción de impugnación de su legitimidad, por haber nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la declaración de nulidad del matrimonio, apoyado en el art. 220...".

"2º Cuando la supuesta madre, pretendiendo probar le suplantación del hijo, se dirige contra el supuesto hijo para impugnar la maternidad, según el derecho consagrado en el art. 335, inc. 1º.

"3º—Cuando el hijo que pasa por legítimó de dos cónyuges determinados lo es de un matrimonio distinto, los verdaderos padres pueden seguir el juicio disputando la maternidad, según el inc. 2º, *ibidem*. En este caso el juicio se seguirá, como es natural contra la señalada madre supuesta; y por aplicación del art. 403, el marido de ésta que será el supuesto padre, tiene que llamársele a juicio, porque junto con la maternidad está comprometida también la cuestión de su paternidad.

"4º Mientras los supuestos padres vivan ambos, ninguno de sus presuntos herederos tienen acción para impugnar la maternidad, aunque tengan conocimiento del fraude. Pero si muere la madre, heredarían, por ejemplo sus hermanos, a no ser por la existencia del supuesto hijo, que les arrebatara la herencia; por lo cual entonces los hermanos pueden disputar la maternidad, según el art. 337, con el objeto de que aclarado que no ha habido tal hijo, recoger la herencia de la supuesta madre. Por aplicación del inc. 2º del 403 aquí también tendría que hacerse intervenir al supuesto padre en el pleito so pena de nulidad."

#### IV

##### *Efectos de los fallos sobre filiación legítima.*

207.—Según el art. 17 del código los fallos judiciales producen efectos relativos; sólo obligan a las partes que intervinieron en el juicio. Si A demanda a B para que se declare que el primero y no el segundo es dueño de una cosa y triunfa en su pretensión, B, vencido en el juicio no podrá volver a controvertir a A el dominio de la cosa. Pero podrá un tercero que no intervino en el juicio —C— controvertir el dominio al vencedor —A— sin que éste pueda oponerle el fallo obtenido. La relatividad del fallo hace que A sólo lo pueda oponer a quien fue su contendor en el juicio, pero no a extraños.

En principio, esta misma regla de la relatividad de los fallos rige en materia de filiación legítima. No obstante la ley ha hecho una importante excepción, y es la que enuncian los arts. 401 y 402 del código. El primero establece que los fallos judiciales que declaran verdadera o falsa una legitimidad producen efectos ab-

solutos; el segundo establece qué condiciones deben reunir esos fallos para que produzcan efectos absolutos. Entre las condiciones que enumera el 402 se encuentra la de que el fallo se haya pronunciado entre legítimos contradictores; las otras dos condiciones son comunes a todo fallo judicial.

Los arts. 401 y 402 forman un bloque inseparable y en síntesis establecen: PRIMERO: LOS FALLOS SOBRE FILIACION LEGITIMA PATERNA O MATERNA PRODUCEN EFECTOS ABSOLUTOS CUANDO SE PRONUNCIAN ENTRE CONTRADICTORES LEGITIMOS. — SEGUNDO: LOS FALLOS JUDICIALES QUE NO SE PRONUNCIEN ENTRE CONTRADICTORES LEGITIMOS SOLO ENGENDRAN EFECTOS RELATIVOS.

Esta doctrina había sido defendida por los autores unánimemente. Pero la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia del 26 de abril de 1940 hasta el 1º de octubre de 1945 sostuvo: a) Todos los fallos judiciales sobre filiación legítima producen siempre efectos absolutos; en ningún caso producen efectos relativos. b) Todos los fallos judiciales sobre filiación legítima deben pronunciarse entre contradictores legítimos. Mas esta tesis jurisprudencial fue borrada de la historia del derecho colombiano por la sentencia del 1º de octubre de 1945 en el sentido indicado.

De acuerdo con la jurisprudencia que se inició el 1º de octubre de 1945 existen dos clases de fallos judiciales sobre filiación legítima: 1ª AQUELLOS FALLOS QUE PRODUCEN EFECTOS RELATIVOS POR NO HABERSE PRONUNCIADO CONTRA CONTRADICTOR LEGITIMO; 2ª LOS FALLOS JUDICIALES QUE PRODUCEN EFECTOS ABSOLUTOS POR HABERSE PRONUNCIADO CONTRA CONTRADICTOR LEGITIMO.

## V

### *La noción de legítimo contradictor.*

208.—El 403 en su inc. 1º dice: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo". Esta noción no ha dado lugar a controversia, ni puede dar lugar a ella dada la precisión del texto legal.

La sentencia de la Corte Suprema de justicia de octubre 1º de 1945 con una gran claridad relleva los principales casos de fallos que producen efectos absolutos por proferirse con audiencias de legítimo contradictor, y los que sólo producen efectos relativos por no pronunciarse entre legítimos contradictores.

A) *Fallos que producen efectos absolutos por proferirse entre legítimos contradictores.*

**209.—I.—Fallos judiciales sobre filiación legítima paterna.**—1º Cuando conforme a los artículos 214, 215 y 237 del código civil, y 5º y 6º de la Ley 95 de 1890, el marido impugna la legitimidad del hijo, bien porque estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer en todo el tiempo en que debió efectuarse la concepción, según el art. 92 del código civil, o bien por el adulterio de la mujer, según los casos o circunstancias contemplados en las cuatro últimas disposiciones, al principio citadas.

En estos casos el marido mientras vive, por regla general, es el único dueño de la acción de impugnación, según el art. 216. De manera que dirigiéndola contra el hijo, se cumple el requisito de la legítima contradicción entre el padre y el hijo, y la sentencia que la defina obliga a todos, inclusive a la madre, que citada al juicio, de acuerdo con el aparte segundo del art. 223, no hubiere comparecido.

2º—Cuando alguno se presente y promueve pleito como verdadero padre de la persona que pasa por hijo legítimo de otro, según el art. 337, ord. 2º, o como verdadero hijo del padre que lo desconoce, según el art. 406.

En el primer caso puede haber dos pretendidos padres enfrentados en el pleito, alegando cada uno ser el verdadero. Entonces, si se hubiese demandado también al hijo, o el hijo ha intervenido en el pleito, la sentencia tiene efectos absolutos, contra todos, porque se ha pronunciado entre legítimos contradictores. Pero puede suceder que el hijo ya no exista, por lo que haya que demandar en el juicio a sus descendientes. En este caso la sentencia sólo tiene efectos relativos, por no haberse pronunciado entre legítimos contradictores.

**210.—II. Fallos judiciales sobre filiación legítima materna.** En la cuestión de maternidad hay legítimos contradictores, y el fallo que en tales casos se pronuncie tiene efectos absolutos, por mandato del art. 401 cuando se pretende probar que la madre, legítima que vive no es tal madre, en el ejercicio de las siguientes acciones consagradas en el título 18, del Libro I del Código, "DE LA MATERNIDAD":

1º—Si el marido de la supuesta madre tiene conocimiento cierto de que el hijo que ha creído suyo no es de su mujer, porque ésta fingió un parto, o cometió una suplantación reemplazando al nacer al hijo verdadero por otro, la ley (art. 335, ord. 1º), le otorga el derecho de discutir judicialmente el punto. Y al discutirlo con audiencia del hijo y de la madre, el juicio se traba entre legítimos contradictores.

2º—La madre legítima también puede descorrer el velo de una falsa maternidad acudiendo al juicio correspondiente contra el responsable de la suplantación (ord. 1º, *ibidem*), en el cual si el hijo es demandado se cumpliría el requisito de la legítima contradicción entre el padre y el hijo, teniendo entonces la sentencia efectos absolutos.

3º—Puede suceder que siendo ilegítimo el hijo haya servido para simular un parto o suplantar al verdadero hijo que hubiere, por ejemplo, fallecido. En este evento la verdadera madre aunque sea ilegítima tiene el derecho de impugnar la maternidad legítima de acuerdo con el ord. 3º del mismo art. 335. Dirigida la acción contra el hijo y la supuesta madre, el fallo que sobrevenga se produce entre legítimos contradictores, por aplicación del concepto contenido en la primera parte del 403.

B) *Fallos judiciales que sólo producen efectos relativos por no proferirse entre legítimos contradictores.*

211.—La acción de impugnación de la presunción de paternidad del 214 se reserva al marido mientras viva, según el art. 216. Pero a la muerte del marido se concede dicha acción a otras personas. Bien: cuando una de estas otras personas ejercen dicha acción el fallo sólo produce efectos relativos.

a) En primer lugar, si el marido muere antes de vencerse el plazo que tenía para impugnar la legitimidad, este derecho, se desplaza a sus herederos y en general a toda persona a quien la pretendida legitimidad irrogue perjuicio actual, según el art. 219. En este evento la acción no se ventila entre legítimos contradictores, porque falta la condición de que sea del padre contra el hijo; en consecuencia la sentencia sólo produce efectos relativos.

b) Los ascendientes legítimos del marido tienen derecho de provocar el juicio de ilegitimidad, aunque no tenga parte en la sucesión del marido, según el art. 222.

Esta acción que a diferencia de la anterior está concebida en atención a un interés puramente moral, tampoco puede definirse entre legítimos contradictores, de manera que el fallo que se pronuncie tendrá apenas efectos relativos.

c) Pudiendo ser impugnada la maternidad por "toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato, de los supuestos padre y madre" (art. 337), la sentencia que se pronuncie en el juicio seguido por aquellas personas y el supuesto hijo, aun con citación del padre, si vive, como no es entre madre e hijo, en la cuestión de maternidad, cae bajo la regla general de la relatividad de los fallos.

d) La persona que se presenta en acción de reclamación de estado de hijos legítimos contra los herederos del padre o madre que lo ha desconocido, según el 406, alcanza una sentencia de efectos relativos, pues el pleito no se ha ventilado contra el padre o la madre. La acción se ha debatido con los herederos.

## SECCION TERCERA

### EFFECTOS DE LA FILIACION LEGITIMA (DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE PADRES E HIJOS)

212.—Los efectos del matrimonio en relación con los hijos suele estudiarse en el capítulo de la patria potestad y como una consecuencia de ella; mas es necesario advertir que la institución de la patria potestad es esencialmente un régimen de representación que tiene por fin proveer a la incapacidad de orden general en que se encuentran los menores de edad que tienen sus padres, de la misma manera que la tutela y curatela es el régimen de representación especial para los hijos que carecen de padres. Es el caso de recalcar que el código así entiende las cosas al reglamentar en títulos separados la institución de la patria potestad y lo relativo a las obligaciones y derechos entre padres e hijos resultantes del matrimonio (el título 12 del Libro 1º reglamenta los efectos del matrimonio en relación con los hijos y el 14 la patria potestad).

Existe interés en hacer esta distinción por cuanto la patria potestad es monopolio exclusivo de una sola persona: el padre o la madre; en ningún caso puede ejercerse conjuntamente por ambos; en cambio los derechos y obligaciones que se van a estudiar son ejercicios conjuntamente por ambos padres y en ocasiones se extienden a otros ascendientes como los abuelos, lo que quiere decir que no son una consecuencia directa de la patria potestad.

Hoy día los derechos y obligaciones reglamentados en el título 12 del libro 1º del código se extienden también sobre padres e hijos naturales por mandato expreso de la Ley 45 de 1936; empero, y a riesgo de repetirnos, sólo haremos referencia ahora a la familia legítima, para tratar los otros al estudiar las reglas de la familia natural.

*Plan.*—1º—Derechos y obligaciones de los padres para con sus hijos legítimos. 2º Derechos y obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres.

#### I

### OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS PADRES CON LOS HIJOS.

213.—Los padres tienen una obligación general de guarda y cuidado personal de sus hijos legítimos; su recto cumplimiento

implica ciertos derechos a su favor: 1. Derecho de corrección; 2. Derecho de elegir la profesión y dirigir la educación del hijo.

A) *El cuidado personal de los hijos.*

214.—El estudio de esta obligación de carácter general se hace en función de estos puntos: 1º Sobre quiénes recae la obligación; 2ºCuál es su contenido y naturaleza; 3º Cuáles son las sanciones para el caso de incumplimiento; 4º Cuándo se extingue.

215.—I.—**Sobre quiénes pesa esta obligación.**—Recae solidariamente sobre ambos padres, o sobre el padre y madre sobreviviente (art. 253 del c.c.). Indica ello que ambos padres deben ejecutar esta obligación conjuntamente; que si uno de los obligados no la cumple no exonera al otro de cumplirla en su totalidad. Quiere la ley que en tratándose de una obligación de tanta importancia no haya excusa de ninguna naturaleza para su cumplimiento oportuno y permanente.

Sólo en el caso de imposibilidad física o moral de ambos padres o del sobreviviente, el juez, con conocimiento de causa, podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas competentes; en la elección de estas personas se preferirán los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos (art. 254 del c.c.). Lo que indica que si en principio la ley quiere que esta obligación sea cumplida siempre por los padres, no obstante no es monopolio exclusivo de ellos.

Cuando por imposibilidad física o moral se sacaren los hijos del cuidado personal de los padres, no por eso se les prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes (art. 256 del c. c.). En todas las resoluciones que tomare el juez ya sea para sacar a los hijos del cuidado personal de los padres, ya sea para determinar qué personas deben encargarse de ese cuidado, deberá proceder breve y sumariamente, oyendo a los parientes (art. 255 del c. c.).

216.—**Caso excepcional.**—La solidaridad en los padres para el cumplimiento de esta obligación parece no se cumple en tratándose del divorcio legalmente decretado, pues, al tenor del art. 160 del código, una vez ejecutoriado la sentencia del divorcio, los hijos menores de siete años y las mujeres especialmente, quedarán en poder de la madre, es decir, a su cuidado personal. Mas cuando el divorcio se decreta por adulterio de la mujer o abandono de sus deberes de madre y esposa todos los hijos mayores de tres años, sin distinción de sexo, pasarán a poder del padre (art. 161 del c. c.).

La resolución del juez mediante la cual quita los hijos del cuidado personal del padre o madre por imposibilidad física o

moral de cumplir dicha obligación se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ello y posteriormente el puez podrá modificar su nueva providencia en cualquier tiempo si sobreviniere motivo justo (art. 259 del c. c.).

**217.—II.—El contenido y naturaleza de esta obligación.**—La obligación del cuidado personal de los hijos legítimos se trifurca en éstas. 1ª Obligación de criar los hijos; 2ª Obligación de educarlos; 3ª Obligación de establecerlos y en general de sostenerlos.

a) La crianza de los hijos hace referencia a los primeros cuidados y alimentos que necesita todo sér humano; y que generalmente abarca las etapas de la infancia e impubertad. El cumplimiento de esta obligación está a cargo de ambos padres, pero de manera especial de la madre; el padre debe suministrar a la madre todos los recursos necesarios para que ella la pueda cumplir debidamente.

b) La educación se refiere al género de instrucción que se debe proporcionar a los hijos. Educar un hijo no sólo implica el darle la instrucción primaria, sino además la secundaria y alguna profesional (mas esta última instrucción queda englobada dentro de la obligación de establecimiento). La educación se extiende sí en todo caso a darle al hijo la instrucción primaria en la forma como la reglamenta el Estado; dicha educación debe darse durante la pubertad del hijo (de siete a doce o catorce años). Si los padres carecen de recursos suficientes no quedan estrictamente obligados a proveer a sus hijos de instrucción secundaria y profesional; no existe sanción alguna para su incumplimiento.

c) El establecimiento de los hijos mira al hecho de procurarles no sólo el aprendizaje de un arte o profesión que les sirva para ganarse la vida y que según las clases sociales varía mucho (desde una carrera liberal como el estudio de la medicina o abogacía hasta un simple arte como el oficio de zapatería, etc.), sino que en principio se refiere también a la circunstancia de dar al hijo los instrumentos necesarios para poder establecerse; mas esto último pesa sobre los padres como una obligación natural o simple deber de conciencia. Esta obligación de establecimiento ha llegado a interpretarse hasta el hecho de que los padres deben establecer al hijo en su matrimonio.

Vale advertir que la ley se ha limitado a enunciar esta obligación en forma general sin entrar a reglamentarla; la jurisprudencia no ha fijado su alcance; y es que sobre este particular son la costumbre y los usos sociales imperantes en la colectividad los que la reglamentan y le dan su sentido, pudiéndose decir que talvez no se ha presentado el caso de un hijo exigiendo su cumplimiento ante la justicia. Si bien el art. 253 del código sólo men-

ciona la obligación de crianza y educación, los arts. 257, 258 y 264 mencionan la de establecimiento como distinta de la educación.

Establecer a los hijos no es lo mismo que sostenerlos; sostener a un hijo es más o menos equivalente a alimentarlo, darle lo necesario para que viva; nuestra ley ha reglamentado esta obligación como consecuencia del parentesco y ella ha quedado estudiada en la obligación de dar alimentos a ciertas personas.

### **218.—III.—A quién se imputan los gastos que comporta el cumplimiento de la obligación del cuidado de los hijos.**

Al respecto se hace necesario distinguir según los padres o los hijos tengan bienes.

1º—Si el hijo no tiene bienes y los padres sí (caso general) responden ellos solidariamente. Al respecto el art. 257 decía: “Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal...”; este texto legal de manera expresa fue derogado por la Ley 28 de 1932 que estableció en su art. 2º: “Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí conforme al código civil”.

Quiere decir este texto legal que ambos padres deben contribuir en proporción a los bienes que posean en sufragar los gastos que demande el cumplimiento de la obligación de cuidado personal de los hijos; que si sólo uno de los padres tiene bienes sólo él sufragará dichos gastos. Mas la ley teniendo en cuenta que el cumplimiento de esta obligación es tan urgente e imperativa ha organizado una solidaridad para el pago de esos gastos, o sea que cualesquiera de los cónyuges puede ser demandado ejecutivamente para el pago total. Evidentemente: que una obligación es solidaria indica que a pesar de que ella sea debida por varios no obstante el acreedor puede exigirla íntegramente de cualesquiera de los deudores (art. 1.568 del c.c.). Por regla general la solidaridad de varios para el pago de una obligación tiene su fuente en el contrato, y de manera excepcional en la ley; cuando la tiene en la ley ella obra de plano, ipso jure. El caso típico de existencia de una obligación solidaria que tenga su fuente en la ley es precisamente ésta del pago de los gastos que demande el cuidado personal de los hijos. Ejemplo: un padre matricula en un colegio a un hijo legítimo; el cobro de las pensiones vencidas puede hacerse a la madre y se la puede ejecutar en sus bienes sin que pueda excepcionar que ella no contrajo la obligación.

Para que exista solidaridad en el pago de los gastos de cuidado personal de los hijos en ambos cónyuges se requiere: a)

Que los hijos sean comunes y b) que haya sociedad conyugal, es decir, que los cónyuges no estén separados de bienes.

**219.—II.—El hijo no tiene bienes, los padres sí pero están separados de bienes.**—En este caso los gastos se imputan a los padres proporcionalmente, pero no existe solidaridad de ninguna clase para su pago. Esta solución requiere aclaración. Se justifica se descarte la aplicación del art. 2º de la Ley 28 de 1932 al caso de separación de bienes? Algún autor afirma que debe descartarse la Ley 28 de 1932 para el caso de separación de bienes por exigirlo así el art. 206 del código que dice: “Los acreedores de la mujer separada de bienes por actos o contratos que legitimamente han podido celebrarse por ella, tendrán acción sobre los bienes de la mujer. El marido no será responsable con sus bienes, sino cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer...”. Mas el art. 206 del código daba una solución bajo el régimen de la incapacidad de la mujer casada y no para la obligación que se estudia en concreto sino para toda clase de contratos; habiendo sido suprimida la antigua incapacidad de las mujeres casadas quedó sin valor alguno dicho texto legal; por tanto él no puede servir hoy día de soporte a solución alguna. Tampoco del inciso 2º del art. 257 del código que dice que “Si la mujer está separada de bienes, correrán dichos gastos por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que indique el juez...”, puede sacarse solución, porque dicho texto legal se refería a la sociedad conyugal del código; hoy día debe mirarse modificado por la Ley 28 de 1932.

Que no hay solidaridad entre los cónyuges para el pago de los gastos que haya demandado el cuidado personal de los hijos cuando hay separación legal de bienes se deduce del mismo art. 2º de la Ley 28 de 1932 que se está refiriendo al caso normal de existencia de la sociedad conyugal, y especialmente a que dicha solidaridad es emanación directa de la sociedad de bienes entre los esposos, de una masa común (en la cual hay lugar el día de su disolución a recompensas y deducciones) que algún día se reparte entre los cónyuges. En consecuencia, cuando no hay masa común de bienes o sociedad conyugal no existe solidaridad legal de ninguna clase.

**220.—3º—Caso en que el hijo o hijos tengan bienes.**— Aunque es excepcional este caso, no obstante la ley lo contempla para decir que “los gastos de su establecimiento, y, en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán salir de ellos (sus bienes propios), conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible” (art. 257, inc. 3º). Como se ve la ley hace una diferencia entre el valor de los gastos de establecimiento y el de los de

crianza y educación; el valor de los primeros podrá salir de los productos de los bienes del hijo; el valor de los segundos se imputarán a los padres o padre o madre sobrevivientes, y sólo en caso necesario, es decir, cuando los padres no tengan bienes o los que tengan no sean suficientes para sufragar el valor total de ellos, se sacarán todos o la parte que haga falta de los productos de los bienes de los hijos, procurando conservar los capitales. Pero si los padres careciesen de bienes se sacarán los gastos directamente de los bienes de los hijos aunque se disminuyan.

4º—Si los padres ni los hijos tienen bienes corresponde a los abuelos legítimos por una y otra línea conjuntamente hacer los gastos de crianza y educación de sus nietos legítimos (art. 260 del c. c.). El juez reglamentará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan (art. 260, inc. 2º).

**221.—Caso en el cual los padres deben pagar los gastos que otra persona haga en el cuidado personal de los hijos.**—Es el contemplado por el art. 261 del código que dice: “Si el hijo menor de edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad, en que no puede ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministros que se le hagan por cualquier persona, en razón de ailments, en consideración a la fortuna y rango social del padre.

“Pero si el hijo fuere de mala conducta, o si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre esas suministros, sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo.

“El que haga las suministros deberá dar noticia de ellas al padre, lo más pronto que le fuere posible. Toda omisión voluntaria en este punto, hará cesar la obligación del padre.

“Lo dicho del padre en los incisos precedentes, se extiende en su caso a la madre, o a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo.”

**222.—IV.—Sanciones para el incumplimiento de la obligación general de cuidado personal de los hijos.**—El incumplimiento de esta obligación puede ser total o parcial; es total cuando el padre o madre o ambos no cumplen ni siquiera con los primeros cuidados que necesita el hijo como sería el criarlo y darle la primera instrucción; es parcial cuando se cumple la obligación imperfectamente.

La primera sanción es la indicada en el Nº 2º del art. 315 del código que establece que cuando el padre o madre abandonaran al hijo se decretará la emancipación judicial de él (abandonar a

un hijo indica negarse a cumplir la obligación de cuidarlo personalmente). ¿Qué clase de abandono se requiere? Debe ser un abandono total, que puede consistir simplemente en un abandono de orden moral (negligencia grave y habitual del padre o madre en dar la primera instrucción al hijo, en corregirlo, dirigirlo, etc.). Es a esta clase de abandono que se refiere especialmente la ley, ya que el abandono físico o sea despojarse completamente del hijo (entregar su cuidado a otra persona o institución) implica que el padre o madre no ejercen la patria potestad ni la quieren ejercer.

La segunda sanción es la del N<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del art. 154 del código que dice que será causal de divorcio "El absoluto abandono en la mujer de los deberes de... madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de... padre".

**223.—V.—Cuándo termina esta obligación.**— Cuando el padre o madre cumplieron la obligación, es decir, cuando el hijo se ha establecido en una profesión, arte u oficio.

Igualmente en los casos en que se saca al hijo del cuidado personal del padre o madre por inhabilidad moral o física; pero aquí no termina de manera definitiva la obligación, porque al desaparecer la causal reasumirán los padres el cumplimiento de ella.

Es cosa distinta el cumplimiento de la obligación por el padre o madre al hecho de la imputación de los gastos que cuesta a otra persona; así, los padres son titulares de la obligación aunque los gastos se imputen a los productos de los bienes del hijo o hijos.

*B) Derechos de los padres sobre sus hijos legítimos.*

**224.—I.—Derecho de corrección.**— Este derecho de corrección es consecuencia directa de la obligación de cuidado personal de los hijos; es un derecho que tiene por principal finalidad el hacer viable el cumplimiento de dicha obligación. Por tanto es un derecho relativo que tiene una causa y un fin: la causa el cumplimiento de una obligación, lo que indica que sólo es titular de ese derecho el titular de la obligación del cuidado personal del hijo; el fin es que se ejercite dicho derecho sólo en la medida en que se haga necesario para el eficaz cumplimiento de la obligación mencionada.

¿Cuál es la naturaleza de este derecho? ¿Quién lo ejerce? ¿Cómo se abusa de él?

**225.—a) Naturaleza del derecho de corrección.**— Establece sobre el particular el art. 262 del código: "El padre tendrá la facultad de corregir moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional.

“Bastará al efecto la demanda del padre, y el juez en virtud de ella, expedirá la orden de arresto.

“Pero si el hijo hubiere cumplido 16 años, no ordenará el juez el arresto, sino, después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta por seis meses a lo más.

“El padre podrá a su arbitrio, hacer cesar el arresto.”

El contenido de este texto legal se desdobra en dos aspectos claramente distinguidos en la propia ley. El primero es la parte del artículo que comienza y termina así: “*El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos*,”. No se puede precisar el contenido de este aspecto del derecho de corrección; hasta qué punto el padre puede infringir castigos corporales a sus hijos es cosa indicada por la costumbre y los usos sociales; habrá faltas que exigirán un fuerte castigo corporal dada su gravedad a condición de que con ello no se ponga en peligro la vida del hijo ni se le causen lesiones corporales que lo inhabiliten por un tiempo superior a unos cinco días, ni se le cause alguna lesión facial permanente o con consecuencias.

El otro aspecto del derecho de corrección contemplado por la ley o sea el de hacer encarcelar a los hijos constituye frente al derecho nuevo sobre la familia la más grande arbitrariedad, una verdadera estupidez. Este aspecto fue derogado completamente por nuestras costumbres y usos hasta el punto de que casi ninguna aplicación tuvo; finalmente fue desechado por la propia ley. Dicho aspecto del derecho de corrección mellaba un principio de orden general del derecho moderno o sea de que sólo al Estado corresponde aplicar las penas; se ponía ese principio al servicio de los padres. La nueva legislación penal (código penal de 1936 y de procedimiento de 1938) de manera expresa establecieron que los menores de 18 años no quedan sometidos al régimen común de penas; para los delitos cometidos por esos menores se instituyó una jurisdicción especial (juzgados de menores) encargada, no de aplicar penas sino de procurar el mejoramiento y corrección del menor delincuente. De manera que ha sido el mismo Estado quien ha renunciado al derecho de aplicar penas a los menores; por tanto es necesario concluir que la nueva legislación colombiana quitó todo valor y sentido al art. 262 del código civil, en la parte en donde establecía un derecho de hacer imponer pena de arresto a los hijos legítimos por sus padres.

**226.—b) ¿Quién ejerce el derecho de corrección?**—Por regla general el padre legítimo; pero en su ausencia, inhabilidad o muerte lo podrá ejercer la madre; mas si ella tampoco tuviere el cuidado personal del hijo corresponderá ejercerlo a quien tenga ese cuidado (art. 263 del c. c.).

Sólo se puede ejercer sobre los hijos menores de 21 años o que no hayan obtenido habilitación de edad (ib.).

**227.—II.—Derecho de elegir la profesión y educación de los hijos.**—Este derecho se menciona y regula en los artículos 264 y 265 del código. Según el primero el padre o la madre tienen derecho a elegir la profesión futura del hijo, y de dirigir la educación del modo que le sea más conveniente; pero no podrán obligarlo a que se case contra su voluntad. Este derecho termina a los 21 años (art. 264). Este derecho es muy relativo y está reglamentado más bien por la costumbre; finalmente el hijo podría recurrir a la justicia para protestar contra todo abuso de ese derecho.

Este derecho cesará respecto a los hijos que, por mala conducta del padre o madre, hayan sido sacados de su poder y confiados a otra persona.

**228. — Cuándo pierden los padres estos derechos.**—Los anteriores derechos, se ha dicho, son una consecuencia directa del cumplimiento de la obligación de cuidado personal de los hijos. Por tanto no podrán ejercerlo aquellos padres que hayan abandonado al hijo física o moralmente (art. 266 del c. c.); tampoco podrán ejercerlo cuando por su mala conducta fueron privados del cumplimiento de la obligación del cuidado personal de los hijos (art. 267).

Finalmente si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y cuidado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez (art. 268).

## II

### OBLIGACIONES DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS CON SUS PADRES

229.—Estas obligaciones se reducen a dos: 1ª Obediencia y respeto; 2ª Socorro y protección.

a) *Obediencia y respeto.*—Los hijos legítimos deben obediencia y respeto a su padre y madre; pero estarán especialmente sometidos al padre (art. 250 del c. c.). Esta obligación no termina en ninguna época, especialmente, la del respeto.

b) *Socorro y protección.*—Los hijos deberán cuidar de sus padres en todas las circunstancias de la vida. Esta obligación se extiende en toda época; es independiente del ejercicio de la patria potestad; cobija todas las situaciones, es decir, que el hijo debe proteger a su padre y madre socorrerlos siempre que lo necesiten (art. 251 del c. c.).

El incumplimiento de esta obligación da acción a los padres para demandar al hijo para que sea condenado a darles alimentos congruos.

Tienen derecho a protección los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes (art. 252 del c. c.).

# TERCERA DIVISION

## FAMILIAS NO PROVENIENTES DEL MATRIMONIO

### TITULO PRIMERO

#### FAMILIA NATURAL

**230.—Bibliografía especial.**—a) J. Ramón Reyes. Situación jurídica del hijo natural en la legislación colombiana, 1941; b) Gustavo A. Valbuena, Derechos de los hijos naturales, 1936; c) Luis Felipe LATORRE, Doce Leyes, 1937 (p. 131 s.); d) René Sabatier, Le droit, L'Amour et la liberté. 1937; y La recherche de la paternité, 1927.

231.—Al lado de la familia legítima ha existido siempre la familia ilegítima o natural. La experiencia demuestra la frecuencia con que se realizan uniones de un hombre y una mujer que sin estar unidos por el vínculo matrimonial, tratan, no obstante de imitar lo más fielmente posible las uniones legítimas. Tanto en unas como en otras se cumplen unos mismos fines: procreación de hijos, sustentación de los mismos, fidelidad de la mujer al hombre, obligación de éste de proveer a los gastos del hogar, etc. Estas uniones reciben el nombre de concubinato y el hombre y mujer que forman dicha unión el de concubinos; los hijos el de ilegítimos y cuando han sido reconocidos expresamente por sus padres el de hijos naturales.

Todavía al lado de las uniones que forman el estado de concubinato existen otras caracterizadas por su poca estabilidad y que sólo implican o implicaron el contacto sexual, y a las que suele darse el nombre de "uniones libres"; y si bien es verdad que revisten una menor importancia frente a las primeras, no obstante, devienen fuentes de obligaciones y derechos en razón de los hijos habidos en ellas.

La existencia de estas uniones extralegales constituyen un hecho social de todos los lugares y de todos los tiempos. El le-

gislador que quiera interpretar fielmente los datos que le ofrece la realidad social deberá reglamentarlas, señalar los efectos que producen, especialmente respecto a los hijos procreados en ellas. Así lo han entendido la mayor parte de los legisladores desde los más antiguos hasta los contemporáneos. El derecho romano consideró el concubinato como un matrimonio de orden inferior pero que en todo caso producía importantes efectos. La solución de este derecho fue desechada por la legislación canónica, debido a que la Iglesia cristiana desde sus primeros tiempos predicó que la unión libre o concubinato constituía un hecho inmoral, un pertinaz desafío y violación de las reglas de la moral cristiana. Las consecuencias de esta manera de pensar son en extremo graves y antisociales. En primer lugar, los padres podrán libremente y cuando lo quieran abandonar a sus hijos tanto moral como materialmente, sin que exista sanción alguna para obligarlos a cumplir elementales obligaciones como las de socorro y crianza, educación, etc., obligaciones que parecen estar dictadas por la misma naturaleza y los lazos de la sangre. Es más aún: la Iglesia quiere terminar por todos los medios las uniones libres ya sea regularizándolas mediante el matrimonio de los concubinos, ya sea mediante el abandono de la unión; no le importan los efectos para los concubinos o para los hijos de esa solución. En segundo lugar, no existe sanción alguna para el concubino que abandona intempestivamente la concubina; al contrario ese abandono es mirado con buenos ojos por la Iglesia por cuanto dicho concubino ha dejado de vivir inmoralmente. Finalmente, el acto ilícito de los padres se hacía recaer sobre los hijos como lo veremos respecto a los que eran producto del incesto, adulterio o sacrilegio.

232.—Desgraciadamente el legislador de 1887 a fin de dar ciertas satisfacciones a la Iglesia Católica colombiana resolvió adoptar las principales reglas del derecho canónico y sobre su espíritu reglamentó la familia natural. Esta fue a sus ojos un hecho anormal, una cosa eminentemente inmoral. Así, se explica el que su principal preocupación fue el reprimir toda unión libre.

Este estado de cosas tuvo en parte su ocaso en 1936, pues, el legislador de ese año resolvió, consultando la auténtica realidad social, derogar el sistema de 1887, reemplazándolo por otro más humano y social. Y si bien es cierto que el nuevo sistema no hace una reglamentación integral de la familia natural, sino simplemente de las relaciones entre padre e hijos, dichas relaciones suponen necesariamente el estado de una unión ilegítima de los progenitores y que en la mayor parte de los casos se organiza en la forma de concubinato.

*Plan:* 1.—La unión libre o concubinato como fuente de la familia natural; 2.—De las relaciones de orden personal y económico que pueden surgir entre concubinos; 3.—De la filiación natural.

## SECCION PRIMERA

### EL CONCUBINATO O UNION LIBRE

233.—Según el concepto tradicional el concubinato es el estado de vida común que hacen un hombre y una mujer, que pudiendo libremente casarse entre sí, no obstante no están unidos por el vínculo del matrimonio. De acuerdo con esta noción el hombre que siendo casado hace vida común con una mujer diferente a su esposa no alcanza a constituir concubinato, por cuanto esa unión está sostenida por un hombre y una mujer que no pueden libremente casarse entre sí. Tampoco será concubinato la unión estable sexual de hombre y mujer unidos entre sí por los lazos del parentesco si alcanzan a constituir un impedimento para el matrimonio como entre hermanos. ¿Qué eran entonces esas uniones? Eran “ayuntamientos dañados y punibles” por cuanto su nacimiento implicaron la comisión de un ilícito castigado por la ley penal (evidentemente: según el viejo código penal el adulterio de la mujer o el amancebamiento del marido constituían una infracción penal; la unión de personas unidas por los vínculos del parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado constituían y constituyen actualmente el delito de incesto). Estos ayuntamientos dañados y punibles se contraponían a aquellos que constituían el concubinato. A los hijos nacidos de las llamadas uniones dañadas y punibles se les denominó “hijos de dañado y punible ayuntamiento”. Esta concepción del concubinato fue recogida y consagrada por el legislador de 1887. Tuvo su fuente exclusiva en la doctrina de los canonistas; porque en el más antiguo derecho (especialmente el derecho romano) se la desconoció completamente. Los romanos vieron concubinato en toda unión libre, estable y permanente de hombre y mujer sin tener en cuenta su estado personal y si se podían casar entre sí libremente o no.

El nuevo derecho vuelve a recoger la más antigua noción del concubinato. Según la actual ley positiva colombiana concubinato es toda unión estable de un hombre y una mujer, que constituye un estado de hecho, contraponiéndose a las uniones provenientes del matrimonio que son estados de derecho.

#### 234.—Elementos que integran el estado de concubinato.

1º El concubinato es toda unión de hecho de hombre y mujer

que tiene por principal finalidad el procrear hijos. Esta característica de la procreación debe colocarse como la base principal para definir el concubinato, de la misma manera que es la base principal del estado de derecho que constituye el matrimonio. El concubinato y el matrimonio realizan, o deben realizar unos mismos fines; sólo se contraponen en cuanto el primero representa un estado natural, de hecho, y el segundo un estado legal o de derecho. El concubinato es al matrimonio lo que la posesión a la propiedad.

2º—Toda unión de hombre y mujer constituye concubinato sea que los concubinos puedan casarse entre sí libremente o no. El establecer que sólo hay concubinato cuando el hombre y la mujer pueden casarse entre sí libremente es antijurídico e irracional. Precisamente muchas uniones libres tienen su origen en el impedimento del hombre y la mujer o de uno de ellos para contraer el matrimonio.

3º—La unión libre debe ser estable y duradera para que merezca el calificativo de concubinato. En esto se diferencia este estado de otras uniones accidentales y transitorias. Sólo se requiere que la unión sea estable y duradera, entendiéndose por tal un tiempo más o menos largo en que los concubinos vivan independientemente de sus respectivas familias formando un hogar separado; empero, cuando uno de los concubinos es recibido por la familia del otro y provee a la subsistencia de él, aunque no exista hogar independiente, se entiende que hay concubinato. No se requiere necesariamente para calificar una unión libre de concubinato el que sea notoria y pública. Sabido es que se acostumbraba dentro de la vigencia del código penal anterior al actual el calificar de concubinato las uniones que fuesen públicas y notorias; las uniones duraderas pero secretas recibían el nombre de "amancebamiento" (esta distinción sólo tenía por objeto el establecer que sólo las uniones públicas y notorias constituían un ilícito penal).

## SECCION SEGUNDA

### OBLIGACIONES Y DEBERES ENTRE CONCUBINOS

235.—Las obligaciones y derechos entre concubinos se caracteriza por estas dos notas: 1ª Ellas no se encuentran reglamentadas por la ley positiva, pero encuentran una fuente inagotable en la tradición y en la costumbre; 2ª En principio son obligaciones simplemente naturales; lo que indica que una vez cumplidas no se concede acción a ninguno de los concubinos para exigir su devolución; pero que si no se cumplen carecen de acción apropiada para exigir su cumplimiento.

Dichas obligaciones y derechos son bastante semejantes a los que reglamentan las relaciones entre los cónyuges. Debemos distinguir las relaciones de orden personal que surgen entre concubinos y las relaciones de orden patrimonial.

#### Nº 1.

#### *Obligaciones y derechos de orden personal.*

**236.—I.—Obligación de socorrer al concubino necesitado.**—Es una obligación semejante a la reglamentada en los arts. 176 y 179 del código civil respecto a los cónyuges legítimos.

**237.—II.—Obligación de fidelidad, especialmente de la mujer.**—Porque el concubinato supone un estado de hecho en virtud del cual un solo hombre vive con una sola mujer. Desde el momento en que una mujer hace vida marital con varios hombres a la vez no existe vida común, ni el estado de concubinato. No existe sanción para la infidelidad de la mujer o del hombre; es una cuestión dejada a la conciencia y honor de los concubinos.

**238.—III.—Obediencia de la mujer al hombre.**—Esta obligación se traduce en la práctica en que la mujer siga el domicilio de su concubino y en la circunstancia de que sus relaciones estén controladas por el mismo. El incumplimiento de esta obligación implicará en muchos casos el que cese la vida común y termine el estado del concubinato.

**239.—IV.—Obligación general de reparar los daños materiales y morales causados a un concubino en razón de una unión libre ilícita.**—Nuestro código penal contempla varias uniones que constituyen ilícitos y generan para el responsable no sólo acción penal, sino, también, acción civil a fin de reparar los daños causados al lesionado y a la familia.

a) La unión que tienen por base el rapto o sea la sustracción o retención de una mujer mediante violencia física o moral o sin ellas con el fin de satisfacer un deseo erótico-sexual, además, de la pena principal de prisión para el raptor (la cual prescribe en seis meses y para su prosperidad se requiere la querrela de parte), se genera la obligación de indemnizar los daños tanto morales como materiales causados a la mujer o a la familia (arts. 349 y ss. del código penal). La prescripción de esa acción civil se rige por las reglas del código civil y no del código penal (art. 101 del código penal y arts. 2.341 y ss. del código civil).

b) La unión libre que tiene por base la violencia carnal genera para el violador, fuera de la pena de prisión (arts. 316 y ss. del código penal), la obligación de reparar los daños materiales y morales causados a la mujer violentada.

Esta obligación tiene su fuente no tanto en el estado de la unión libre, sino ante todo en el hecho delictuoso que la crea.

c) La unión que tiene por base el estupro (arts. 319 y ss. del código penal) genera para el estuprador la obligación de reparar los daños causados a la persona estuprada.

d) Todas las uniones libres realizadas con mujeres mayores de catorce años y menores de 16 generan invariablemente la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la mujer en caso de ruptura injustificada del estado de hecho de concubinato o de simple unión transitoria. Al respecto prescribe el art. 326 del código penal: "El que tenga acceso carnal con una mujer mayor de catorce años y menor de diez y seis aun con su consentimiento, estará sujeto a la pena de uno a seis años de prisión...". Varias limitaciones se han establecido a dicho texto legal: 1º No constituye infracción penal, ni da lugar a indemnización alguna, el acceso carnal con mujeres mayores de 14 y menores de 16 en razón del acto del matrimonio; 2. No constituye infracción penal, pero sí genera la obligación de reparar los daños causados cuando el acceso carnal se realiza en el estado de concubinato. Lo que indica que toda unión libre con mujeres menores de dieciséis años genera siempre la obligación de reparar los daños causados; que estos daños se ocasionan cuando el concubino resuelve abandonar a la mujer después de haber convivido con ella por algún tiempo. Finalmente la obligación de indemnizar los daños materiales y morales es independiente del éxito o fracaso de la respectiva acción penal; y la prescripción de esta última acción no implica pres-

cripción de la acción civil la que se rige por las reglas del código civil.

**240.—V.—Efectos del concubinato independientemente de todo hecho ilícito.**—Día a día, por motivos de orden moral y social, se preocupan los jueces por hacer producir nuevos efectos al concubinato. A este respecto se plantean dentro de la doctrina y la jurisprudencia tres importantes problemas: 1º El relativo a las donaciones entre concubinos; 2º Reparación a la amante cuando es abandonada intempestivamente por el concubino; 3º Responsabilidad de un tercero por la muerte accidental de uno de los amantes, en relación con el sobreviviente (Sabatier, *Le droit*, etc., p. 111).

A) *Donaciones entre concubinos.*—Se predica que esta clase de donaciones son irreprochables, a no ser que hayan tenido por “causa impulsiva y determinante” el establecimiento, manutención o remuneración de relaciones sexuales al lado del matrimonio. “Se puede colmar de dinero, con amor, a la mujer que se conquista, mas es necesario no establecer entre el dinero y el amor, o entre el amor y el dinero, una relación de causa a efecto. Si las relaciones aparecen como causales respecto a una donación, ésta es inmoral y carece de valor. Las liberalidades que tengan sabor del mercado son anulables; en cambio aquellas que se inspiran en la idea de reparación, en un deber moral u obligación de delicadeza, son miradas con cierto favor; constituyen más bien, el cumplimiento de una obligación natural”. La promesa formal de cumplir una de estas obligaciones la convierte en civil (Sabatier, p. 112).

Esta doctrina parece inobjetable. Pero cómo diferenciar las donaciones entre amantes que reconocen como causa el establecimiento o continuación de la unión, de aquellas que son indiferentes a esa causa? Además, por qué es inmoral o ilícito el pacto en virtud del cual un concubino conviene con su concubina en continuar las relaciones, cuando ellas pueden tener por fin el procrear y educar los hijos habidos en ellas? Es necesario despojar el sistema jurídico de todas aquellas artimañas y preconceptos que so pretexto de respeto por una moral determinada, son eminentemente antisociales. En la doctrina colombiana la solución que debe predicarse y que corresponde a las nuevas orientaciones sociales del derecho se resume así:

1º—Las donaciones entre concubinos son válidas; tanto las que se dan para que una mujer acceda a la unión sexual transitoria o permanente, como las que tiene por fundamento su continuación o terminación.

2º—La promesa formal de reparar a la mujer por el rompimiento injustificado de la unión libre, conviértese en una obligación civil exigible ante la justicia.

241.—B) **Reparación a la concubina en razón del abandono injustificado por parte del marido.** — Varias tesis se perfilan en la resolución de este problema. Según algunos se debe indemnizar a la amante en razón del hecho ilícito cometido en el establecimiento de las relaciones; se indemniza no la ruptura de la unión en sí misma, sino el perjuicio en razón del acto ilícito cometido por el concubino al establecerla. "Se indemniza a la amante seducida en razón de la seducción, y no de la cesación del concubinato. Si es equitativo para el padre natural indemnizar a la madre natural, la causa se encuentra en su paternidad, y no en el hecho de que quiera seguir viviendo con ella" (Sabatier, p. 117). Como se ve es esta una tesis negativa que predica la irresponsabilidad del concubino por el abandono injustificado.

Para otro número de juristas el amante está obligado a reparar naturalmente (no civilmente) a su concubina por el perjuicio que le causa el abandono injustificado. Finalmente se sostiene por otros que la concubina abandonada tendrá derecho a reclamar civilmente indemnización de perjuicios por un abandono injustificado por parte de su marido.

Es esta última tesis la destinada a obtener un triunfo definitivo en la doctrina y ante los tribunales. Para que surja a favor de la mujer abandonada la acción de perjuicios requiere la concurrencia de estas condiciones: a) La comisión de una culpa por parte del concubino, vale decir, el que no se justifique el abandono, especialmente en el caso de que la unión o estado de concubinato cuente con hijos; b) Un perjuicio cierto y actual; ya sea porque la mujer que concertó con un hombre la unión libre perdió la posición social y moral que tenía, ya porque le sea difícil obtener un modo decente de ganarse la vida, ya en razón de lo que cuesta la crianza y educación de los hijos habidos; c) Relación de causalidad entre la culpa o abandono injustificado y el perjuicio material y moral causado a la mujer abandonada.

242.—C) La cuestión de la indemnización de perjuicios a favor de uno de los concubinos se plantea, además, en relación con la muerte de uno de ellos en caso de accidente. Tendrá derecho el concubino sobreviviente a reclamar al autor de la muerte indemnización de perjuicios? La Corte de Casación francesa por sent. de febrero 28 de 1930, acordó indemnización a la concubina a condición de que las relaciones sean continuas y estables entre ella y la víctima del accidente. "A los ojos de la Corte Suprema no se trata de la reparación de un daño moral fundado sobre la comunidad de techo, sino de un daño material que resulta de la comunidad de vida y de la desaparición de entradas para la concubina" (Sabatier, p. 123, *Le Droit*, etc.).

Esta solución parece extraña en un régimen social en donde el concubinato no constituye un estado de derecho sino de simple hecho. La reparación sólo surge en donde es posible de-

terminar la violación o perturbación de un derecho socialmente garantizado por la autoridad pública. Sin embargo el concubinato, a semejanza de lo que sucede con la posesión de las cosas, es un estado de hecho que produce efectos jurídicos. La ley en vez de ignorarlo o repudiarlo debe reglamentarlo sobre bases justas, especialmente en un país como en Colombia en donde los estados de concubinato son superiores a los estados legales del matrimonio (ya que según las últimas estadísticas el número de hijos provenientes del concubinato son superiores a los provenientes del matrimonio). Por dicho motivo la tesis de la jurisprudencia francesa es de perfecta aplicabilidad en nuestro derecho.

## Nº 2.

### *Relaciones de orden económico entre concubinos.*

**243.—Jurisprudencia.** Cas. civ., nov. 30 de 1935, G. J., t. XLIII, 479; cas. civ., dic. 16 de 1943, G. J. t. LVI, 330; cas. civ., dic. 17 de 1943, G. J. t. LVI, 335

244.—En muchos casos y cuando el concubinato ha durado bastante tiempo es factible que mediante el trabajo e industria de los concubinos se llegue a formar un patrimonio. Este patrimonio o masa de bienes si ha tenido por fuente el concubinato y se ha formado durante su existencia es lógico concluir que es el producto de una sociedad tácita de hecho; que esa sociedad será bastante semejante a la sociedad de bienes o sociedad conyugal formada entre cónyuges a consecuencia del matrimonio.

Nuestra jurisprudencia como igualmente la doctrina afirman que el estado de concubinato puede generar: 1º Una sociedad de hecho de bienes; 2º Sociedad que algún día será necesario liquidar y repartir entre los concubinos los bienes adquiridos durante la simple unión libre y que sean el producto del trabajo e industria conjuntos de ambos.

I.—*Naturaleza y elementos de la sociedad de hecho formada entre concubinos.*—Las sociedades de hecho son dos clases: 1ª Las que se forman a virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. 2ª Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúen en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito. (Cas. civ., nov. 30 de 1935, G. J., to. XLII, p. 479. Cas. civ., dic. 16 de 1943, G. J., t. XVI, p. 330 y ss. y dic. 17 de 1943, G. J., t. LVI, p. 335). Debe observarse que esta clasificación de las sociedades de hecho tiene por prin-

cial origen según el consentimiento de los asociados sea expreso o tácito. La segunda clase de sociedades son las que se forman mediante un consentimiento tácito, pero que se puede inducir. "Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase que los expositores llaman sociedades creadas de hecho o por los hechos, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción" (Cas. civ., nov. 30 de 1º de 1935. XLII, p. 479; dic. 16 de 1943. G. J., t. LVI, p. 330 y ss. y dic. 17 de 1943, G. J., LVI, 335).

**245.—Cómo se induce o presume el consentimiento en las llamadas sociedades creadas por los hechos.**—De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito.

Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá en consecuencia admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

1ª—Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

2ª—Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

3ª—Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia provenientes de un contrato de arrendamientos de servicios (contrato de trabajo), de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido, de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

4ª—Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios (Cas. civ., nov. 30 de 1935, XLII, p. 479; Cas. civ. de dic. 16 y 17 de 1943. G. J., t. LVI, p. 330 y ss., 335 y ss.).

**246.—Entre concubinos generalmente existe o se forma una sociedad de hecho de la segunda clase.**—Porque rara vez el hombre y mujer que resuelven hacer vida común celebran contrato expreso por escrito acerca de los bienes que aportan, o si no aportan acerca de la condición de los bienes que como producto de su industria y trabajo hagan dentro de su unión; y

porque entre muchos concubinos existe una colaboración que se desarrolla en un pie de igualdad, colaboración que responde a una serie coordinada de hechos en una explotación común.

En la precitada sentencia de la Corte de noviembre 30 de 1935, como en la del 16 de noviembre de 1942, se establece que además de las condiciones enumeradas, si la sociedad, lo que es muy frecuente, se ha creado entre concubinos, será necesario que medien además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias:

1ª—Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fue así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos; pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa;

2ª—Como el concubinato no crea por sí sólo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos (Cas. civ., nov. 30 de 1935, XLII, p. 479; dic. 16 de 1943, LVI, p. 333; dic. 17 de 1943, LVI, p. 338).

**247.—II.—Liquidación de las sociedades de hecho entre concubinos y bienes que comprende.**—Reconocida la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos y la cesación del estado de concubinato es necesario proceder a su liquidación siguiendo las reglas generales indicadas por el código de comercio para la liquidación de semejante clase de sociedades y subsidiariamente las reglas que estatuidas en la liquidación de la sociedad conyugal entre cónyuges legítimos.

Los bienes a que se extiende la liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos no podrán ser otros sino: 1º Aquellos bienes adquiridos con posterioridad a la constitución de la sociedad (porque respecto a los bienes aportados se devolverán a los concubinos por ser de su propiedad exclusiva a semejanza de lo que sucede con la sociedad conyugal del derecho común); 2º Haber sido adquiridos como consecuencia de los negocios sociales (quedarán exceptuados aquellos bienes adquiridos por los concubinos a título gratuito). Por tanto no sólo un criterio cronológico determina los bienes sujetos a reparto entre concubinos

sino además un criterio de causalidad. (Cas. civ. nov.. 30 de 1935, XLII, p. 484).

248.—Pero aún existen estados de concubinato en los cuales no podrá establecerse la formación de una sociedad de hecho entre los concubinos por cuanto que a pesar de haber habido colaboración entre ambos en una empresa común no obstante existió subordinación de uno de ellos al otro en razón de un contrato de trabajo o de mandato. En estos casos si bien es cierto que el concubino subordinado carece de la acción *pro socio*, no obstante tendrá la acción respectiva para exigir remuneración por su trabajo; finalmente existió una acción que podrá ejercitarse subsidiariamente a las acciones *pro socio* y de remuneración de servicios y será la *actio de in rem verso* (la que es de perfecta aplicación y cuyo fin es el de impedir los enriquecimientos injustificados).

## SECCION TERCERA

### DE LA FILIACION NATURAL

249.—Lo que ha movido a los legisladores contemporáneos a reconocer efectos y reglamentar el estado de concubinato o de la simple unión transitoria es en razón de los hijos procreados en ese estado. No es verdad (como parece deducirse de algún aparte de sentencia de la Corte precitada) el que la ley quiere ignorar el concubinato y los efectos directos de dicho estado; veremos cómo uno de los casos principales de investigación judicial de la paternidad se encuentra en el concubinato. La ley fundamental en relación con la familia natural es la N<sup>o</sup> 45 de 1936 la que se preocupa ante todo de la filiación natural. Esta ley creó un amplio estatuto de protección a los hijos nacidos fuera del matrimonio y cuyo estudio comportará: 1<sup>o</sup> Quiénes pueden ser reconocidos como hijos naturales; 2<sup>o</sup> Medios para determinar la filiación natural, y 3<sup>o</sup> Los efectos de la filiación natural.

### CAPITULO PRIMERO

#### ¿QUE HIJOS PUEDEN SER RECONOCIDOS COMO NATURALES?

250.—Tres etapas es necesario distinguir a este respecto: a) Quiénes eran hijos naturales en el sistema del código; b) Quiénes eran hijos naturales bajo el imperio de las leyes 57 y 153 de 1887, y c) Quiénes son hijos naturales dentro de la ley actual (45 de 1936).

a) *El sistema del código de 1873.*—El art. 317 del código establecía: “Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de hijos naturales, respecto al padre o madre que los hayan reconocido...”. Esta disposición legal se encontraba en pugna con lo establecido por el art. 52 del mismo código según el cual: “Los hijos ilegítimos son naturales, o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos”. “Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre o de ambos...”. De

acuerdo con el art. 318 eran hijos naturales todos los habidos fuera de matrimonio de sus padres; pero según el art. 52 sólo eran hijos naturales los habidos por personas que al tiempo de la concepción podían casarse entre sí libremente. Lo que indicaba que aquellos hijos cuyos progenitores no podían casarse en el momento de la concepción entre sí por existir algún impedimento absoluto o relativo (por ejemplo el estar ligado el hombre o mujer con el vínculo del matrimonio con otra persona, o ser parientes dentro del tercer grado de consanguinidad) no eran hijos naturales. Esta clase de hijos cuya concepción implicaba un delito en sus padres (adulterio o incesto) recibían el nombre de "hijos de dañado y punible ayuntamiento".

**251.—b) El sistema de las leyes 57 y 153 de 1887.—**

La grave contradicción entre los arts. 52 y 318 del código civil fue desatada por estas leyes en el sentido de hacer primar el contenido del art. 52.

El inciso 1º del art. 7º de la Ley 57 estableció: "Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio, de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre o ambos...". A su vez el art. 14 de la Ley 153 repitió el mismo concepto al decir: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado y punible ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre o de la madre que los hayan reconocido".

Según este sistema que imperó de 1887 a 1936 en nuestra legislación se hacía necesario distinguir tres clases de hijos: 1º Los hijos legítimos provenientes del matrimonio de sus padres (legítimos ab initio o legitimados por subsiguiente matrimonio); 2º Los hijos ilegítimos no provenientes del matrimonio de sus progenitores pero que podían ser reconocidos como naturales; 3º Los ilegítimos no provenientes del matrimonio de sus progenitores que no podían ser reconocidos como naturales.

1.—*Hijos ilegítimos que podían ser reconocidos como naturales.*—Según el sistema de las leyes 57 y 153 de 1887 sólo podían ser reconocidos como naturales los hijos concebidos por personas que en ese momento hubieran podido casarse entre sí libremente.

2.—*Hijos ilegítimos que no podían ser reconocidos como naturales.*—Los habidos por personas que en el momento de la concepción de los progenitores no podía casarse entre sí, o ambos no podían contraer el matrimonio con otra persona. En el primer caso se encontraban los hijos habidos por mujer casada con hombre soltero o entre un casado y mujer soltera; los habidos entre mujer que había hecho voto perpetuo de castidad se-

gún los ritos de la Iglesia Católica con hombre soltero y vice-versa; los habidos entre hermanos, padre e hija, madre e hijo. En el segundo, cuando ambos progenitores estaban unidos con el vínculo matrimonial con personas diferentes, o habían hecho votos religiosos.

**252.—c) El sistema vigente de la Ley 45 de 1936.—**

El art. 1º de esta ley establece: "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en esta ley. También se tendrá esta calidad respecto a la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento".

El alcance de este texto legal se precisa así: 1º Qué hijos pueden ser reconocidos como naturales; 2º Qué hijos necesitan de un reconocimiento expreso para tener dicha calidad; 3º Qué hijos tienen esa calidad por el sólo hecho del nacimiento; 4º Regla especial para el reconocimiento como naturales de los hijos habidos por mujer casada.

**253.—I.—Qué hijos pueden tener la calidad de naturales.—**Son hijos naturales y como tal pueden ser reconocidos todos aquellos habidos por hombre y mujer que en el momento de la concepción no estaban casados entre sí.

1º—Según la nueva ley sólo se tiene en cuenta un hecho objetivo y tangible para dar a un hijo el calificativo de legítimo o ilegítimo: existencia o no existencia del matrimonio de los progenitores en el momento de la concepción. Una sola limitación tiene esta regla: son legítimos los concebidos antes del matrimonio de los padres, pero nacido cuando estaban casados entre sí; estos hijos quedan gobernados por las reglas estudiadas en la filiación legítima.

2º—En el nuevo sistema y desde un punto de vista abstracto sólo existen dos categorías de hijos: legítimos e ilegítimos; se deroga la categoría de los hijos denominados de "dañado y punibles ayuntamiento" o sea los adulterinos, incestuosos o sacrílegos. En otras palabras: todo hijo ilegítimo puede tener la categoría de "hijo natural" tanto respecto del padre como de la madre; según el antiguo sistema no podían ser reconocidos como "naturales" los hijos de "dañado y punible ayuntamiento".

Pero desde un punto de vista concreto pueden distinguirse tres clases de hijos: 1. Los legítimos o sea los que tienen definida esa situación y que necesariamente lo debe ser respecto al padre y madre unidos por el vínculo del matrimonio, según las reglas estudiadas; 2. Los simplemente ilegítimos y que son aquellos que no teniendo la categoría de legítimos por no provenir del matrimonio de sus progenitores, tampoco tienen la categoría de "hijos naturales" en relación con alguno de sus padres o de am-

hos por no haber sido reconocidos como tales. Estos hijos de hecho pueden existir y existen por estos dos motivos: a) La nueva ley se limita a decir, y no otra cosa podía decir, que es "hijo natural" el "reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en esta ley". b) Porque la filiación natural puede establecerse sólo respecto al padre o la madre; no se requiere su establecimiento conjunto en relación con ambos padres. Es una diferencia importante entre esta filiación y la legítima, pues, esta última requiere necesariamente el que sea conjunta, solidaria respecto a ambos padres. Existe un caso en el que el establecimiento de la filiación natural debe ser conjunta tanto para el padre como para la madre, y es sólo para la legitimación por subsiguiente matrimonio; precisamente porque la calidad de "hijo legítimo" no existe disgregada; existe o no existe en relación con ambos padres; y su adquisición por subsiguiente matrimonio, que supone el tránsito de una filiación natural a una legítima, exige excepcionalmente el que sea conjunta.

3.—Los hijos naturales respecto al padre o la madre. Y dada la circunstancia de la disgregación que puede existir entre la filiación natural paterna y la materna en la práctica podrán distinguirse estas distintas calidades de hijos no legítimos: a) Hijos naturales respecto al padre y madre, o sea los reconocidos por ambos padres; b) Hijos naturales respecto a la madre únicamente e ilegítimos respecto al padre, y que son aquellos que afirman su calidad de tales respecto a una mujer (caso general), pero no pueden afirmar esa calidad respecto a un hombre ya sea porque no ha establecido su filiación paterna ni por reconocimiento voluntario, ni forzado, o porque materialmente no sepan cuál fue su padre. c) Hijos ilegítimos, que no tienen la calidad de "naturales" ni respecto a una mujer o un hombre, caso más bien excepcional, pues como veremos, todo hijo por el hecho del nacimiento tiene la calidad de "natural" en relación con la mujer que lo dio a luz.

**254.—II.—Qué hijos necesitan de un reconocimiento expreso para tener la calidad de naturales.**—La determinación de la filiación natural paterna requiere siempre un reconocimiento expreso, ya sea voluntario, ya sea forzado. En otras palabras: la calidad de "hijo natural" respecto al padre no se obtiene en ningún caso de hecho; debe mediar la declaración de voluntad de un hombre en virtud de la cual exprese que determinado hijo es suyo, o bien la declaración judicial de paternidad.

**255.—III.—Qué hijos tiene la calidad de naturales respecto de la madre por el solo hecho del nacimiento.**—Tienen la calidad de naturales sin necesidad de un reconocimiento expreso y sólo respecto de la madre todos los dados a luz por

mujer soltera o viuda, o lo que es lo mismo, todos los habidos por mujer que en el momento del nacimiento del hijo no estaba unido con el vínculo matrimonial con hombre alguno.

**256.—IV.—Hijos ilegítimos dados a luz por mujer casada.**— Según el art. 3º de la Ley 45 de 1936 “El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo”.

Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en el caso final del inciso anterior”.

Vimos de cómo los hijos dados a luz por mujer que en el momento de la concepción estaba unido por el vínculo matrimonial con un hombre quedan amparados por la presunción de legitimidad del art. 213 del código; y es más: se presume que tienen por padre al marido de esa mujer, según lo establece el art. 214 que interpreta la máxima de “pater est is quem nuptiæ demonstrat”.

En consecuencia: 1º Dichos hijos quedan cobijados con la presunción de ser legítimos y no naturales (más concretamente ilegítimos); por dicho motivo esos hijos no adquieren la calidad de naturales respecto de la madre por el solo hecho del nacimiento corroborándose así el alcance de la última parte del art. 1º de la citada Ley 45. 2º No pueden ser reconocidos libremente por el padre natural, por estar cobijados por la presunción de paternidad legítima del art. 214 (pater est is. . ., etc.).

¿Cómo, pues, pueden ser reconocidos esos hijos? Destruyendo las dos presunciones enunciadas. Pero es necesario tener en cuenta que la destrucción de la segunda presunción o sea la de paternidad legítima implica la destrucción de la primera. Se destruye, según se estudió, por la impugnación que haga el padre legítimo, o por sus herederos cuando éstos son titulares de dicha acción.

Sin la destrucción de la presunción de legitimidad paterna mediante sentencia judicial ejecutoriada no pueden ser reconocidos por el padre o madre como hijos naturales los habidos por mujer casada.

En otras palabras: la determinación de la paternidad natural de los hijos habidos por mujeres casadas implica dos cosas: 1ª La impugnación por sentencia judicial de la presunción de paternidad legítima, o sea, que el hombre cobijado por ella o sea el marido no es su padre; y 2º Por el reconocimiento expreso de dicha calidad por parte del padre natural. Ambos elementos son necesarios, mas no se requiere que preceda la impugnación de la legitimidad paterna, pudiendo realizarse primero el del reconocimiento y posteriormente el de la impugnación (Cas. civ., mayo

31 de 1944, G. J., t. LVII, p. 387). El simple reconocimiento que el padre natural haga no es por sí mismo suficiente; tampoco indica la ley y así lo ha reconocido la jurisprudencia que cuando se hace sin que haya precedido la impugnación de la paternidad legítima quede atacado de nulidad; el sentido de la primera parte del art. 3º de la Ley 45 de 1936 no es otro sino el de que sin la concurrencia de los dos elementos (impugnación de la paternidad legítima y reconocimiento expreso) no adquiere la calidad de hijo natural respecto al padre el habido por mujer casada (Cas. civ., mayo 31 de 1944, G. J., t. LVII, p. 388).

Respecto de la madre también se requiere la destrucción de la presunción de legitimidad, pues, los hijos habidos por mujeres casadas no tienen respecto a ellas la calidad de naturales por el simple hecho del nacimiento; pero destruída esa presunción, lo que se realiza al destruirse la de legitimidad paterna, entonces puede establecerse la filiación natural materna mediante estos dos procedimientos: 1º La posesión notoria que unida al hecho visible del parto la establece fehacientemente; y 2º Por el reconocimiento voluntario o judicial de esa maternidad (art. 3º, Ley 45 de 1936, inc. 2º).

257.—Este sistema de la Ley 45 de 1936 viene a realizar una de las aspiraciones del derecho nuevo y se coloca a la altura de los mejores sistemas sobre la materia. Se fundamenta en los datos que la misma realidad social suministra: todo hijo es el producto de la obra de un hombre y una mujer; ¿qué argumentos podrán esconder esta simple realidad? ¿Por qué no se permite que dichos padres reconozcan su obra, la hagan producir sus naturales efectos que se traducirán en criar al hijo, educarlo y sostenerlo? La Ley 45 de 1936 en su art. 1º comenzó por realizar una obra de limpieza e higiene general de nuestro viejo sistema legislativo; depurólo de toda una red de pre-conceptos falsos que no tuvieron otra función sino deformar y desconocer hechos claros, tangibles como la misma luz solar.

## CAPITULO SEGUNDO

### DETERMINACION DE LA FILIACION NATURAL

258.—Las reglas que sirven para determinar la filiación natural son diferente en muchos aspectos de las que sirven para determinar la filiación legítima:

1º—Al paso que la determinación de la filiación legítima implica forzosamente el establecerla tanto respecto al padre como de la madre, la natural, en cambio, puede estar disgregada, o sea que el establecerla respecto a la madre no implica el establecerla correlativamente respecto al padre y viceversa.

2º—La filiación natural materna se establece por el sólo hecho del nacimiento respecto a las mujeres solteras o viudas; en cuanto a las casadas como consecuencia de la impugnación de la filiación legítima. Las demás reglas que sirven para precisar la filiación legítima materna sirven para la filiación natural materna.

3º—La filiación legítima paterna se establece mediante una presunción de alcance general (art. 213 del c. c.): *pater is est quem nuptiae demonstrat*; no así la filiación natural paterna. En su determinación se parte de un solo hecho cierto: todo hijo es la obra de un hombre. ¿Cuál es este hombre? Si respecto a los hijos legítimos se desata la dificultad mediante una presunción de que ese hombre lo es el marido unido con el vínculo matrimonial con la mujer parturienta, ¿cuál será la presunción para buscar ese hombre respecto a los hijos naturales? En la búsqueda de dicho padre es necesario ir más al fondo de las cosas y tratar de establecer cuál fue el hombre que en la época en que de acuerdo con el código civil se presume la concepción tuvo relaciones sexuales con la mujer que dio a luz y presumir que él es el padre (obsérvese que respecto a los hijos legítimos en última instancia sucede lo mismo por cuanto se presume que las mujeres casadas sólo tienen relaciones sexuales con su marido legítimo). Al tratar de buscar el hombre que mantuvo relaciones sexuales durante el tiempo de la concepción con la mujer que dio a luz un hijo natural se vale la ley de otra serie de presunciones que en seguida se estudiarán; siendo de advertir que la máxima prueba de la filiación paterna natural lo es la confesión voluntaria del padre; que la mayor parte de los legisladores se atienen a esta prueba. En consecuencia estudiaremos: 1. Determinación de filiación natural paterna mediante la confesión voluntaria del padre; 2. Determinación de la filiación paterna mediante pruebas diferentes a la confesión voluntaria del padre.

#### Nº 1.

*Determinación de la filiación natural paterna mediante reconocimiento voluntario.*

#### 259.—I.—Caracteres del reconocimiento voluntario.—

1º—El reconocimiento de un hijo natural tiene como carácter esencial el de ser una confesión; de donde se desprende: a) es voluntario; jamás un hombre o una mujer pueden ser obligados a reconocer un hijo natural, pues ya no sería reconocimiento con base en una confesión; b) es un acto individual: por tanto el reconocimiento hecho por la madre no puede tener efectos respecto al padre y viceversa. Obedeciendo a esta característica del reconocimiento voluntario e individual establece el art. 2º, inc. 2º de la Ley 45 de 1936: "Si el padre o la madre que haga el re-

conocimiento por acto separado, revela el nombre de la persona con quien fue habido el hijo, el funcionario ante quien se haga esta declaración omitirá en el acta o diligencia las palabras que la contengan”.

2º—El reconocimiento voluntario es un acto declarativo porque constituye un “modo de demostración de la filiación”. No es el reconocimiento el que crea el lazo jurídico y natural entre su autor y el hijo reconocido. Este lazo resulta de la misma filiación; el reconocimiento no hace sino declararlo, constatarlo. De este carácter del reconocimiento resultan estas importantes consecuencias: a) El hijo adquiere la calidad de natural de determinado padre o madre no desde el día en que se produjo el reconocimiento, sino desde el día de la concepción; b) Es a causa del carácter declarativo del reconocimiento que el padre puede reconocerlo antes de haber nacido, o después de haber muerto con el fin de legitimarlo.

3º—El reconocimiento de un hijo natural es irrevocable. Si se ha hecho en un testamento la nulidad o invalidez de él no implica la nulidad del reconocimiento.

**260.—II.—Formas que debe revestir el reconocimiento de un hijo natural.**—Constituyendo el reconocimiento de un hijo natural una de las calidades principales del estado civil, debe siempre revestir ciertas formalidades; pero al paso que el estado civil de hijo legítimo debe revestir siempre la forma de un acta de nacimiento, la de hijo natural es susceptible de revestir formalidades diferentes.

El reconocimiento voluntario de los hijos naturales sólo puede hacerse: 1. Por el acta de nacimiento; 2. Por escritura pública; 3. Por testamento, y 4. Por la manifestación directa y expresa hecha ante un juez.

**261.—A) Reconocimiento por el acta de nacimiento.**—El acta de nacimiento es un instrumento público; por tanto ella debe dar fe de que determinada persona se presentó ante el funcionario del registro del estado civil de las personas y declaró que tal persona es hijo suyo; y para que tal declaración tenga pleno valor debe el acta ir firmada por el funcionario y por quien hizo el reconocimiento (art. 368 del c. c. y art. 2º de la Ley 45 de 1936).

*Observación importante.*—¿Qué sucede respecto a un reconocimiento que en el acta de nacimiento haga un hombre de que determinado niño es hijo legítimo suyo, siendo apenas hijo natural? Esta práctica se ha introducido entre ciertas gentes de la clase media, ya porque los padres proyecten matrimonio posterior, ya porque quieran ocultar el verdadero estado de la unión. Como la filiación legítima no se acredita por la confesión en ningún

caso dedúcese que no produce efectos respecto a considerar ese hijo como legítimo; pero positivamente es necesario establecer que sí produce efectos como reconocimiento de filiación paterna natural. Efectivamente: el padre está declarando dos cosas ante el funcionario: 1.º Que él es el padre del niño que matricula en los libros de registro, y 2.º Que ese niño lo ha concebido dentro de matrimonio. Sólo la segunda declaración debe mirarse como falsa y tenerse la primera por verdadera. El requisito esencial de que el acta de reconocimiento de hijos naturales para que pruebe la filiación natural paterna ha de ir firmada por el padre, se cumple en el caso contemplado.

**262.—B) Por escritura pública.**— O sea por instrumento público otorgado ante un notario. No importa que el contenido del instrumento no tenga por única finalidad hacer el reconocimiento; basta y es suficiente que en él se haga el reconocimiento claro del hijo y se dé su filiación que lo pueda identificar.

**263.—C) Por testamento.**— ¿Qué sucede cuando el reconocimiento de un hijo natural hecho en testamento posteriormente éste: 1.º Se revoca, 2.º Se anula? 1.º La revocación del testamento no implica la revocación del reconocimiento del hijo natural. Esta tesis se había impuesto en la doctrina y fue de manera expresa confirmada por la ley (art. 2.º de la Ley 45 de 1936). 2.º Respecto al caso de nulidad del testamento y para saber si produce también la insubsistencia del reconocimiento es necesario distinguir de qué clase de nulidad se trata. Si se trata de una nulidad que obedece a la contravención de las mismas formalidades exigidas para que produzca validez el acto testamentario es claro que el reconocimiento es también nulo. Por ejemplo un testamento otorgado sin los testigos que estatuye la ley, o ante un funcionario distinto al notario cuando el testamento es abierto. Lo cual es lógico porque la ley ha querido limitar a ciertas y determinadas formas el reconocimiento de los hijos naturales; esas formas de reconocimiento han de ser válidas para que sea válido el reconocimiento. Diferente cuestión sucede cuando la nulidad del testamento se declara por ausencia de ciertos requisitos exigidos en consideración a la calidad de las personas. El loco es inhábil para testar pero no para reconocer válidamente un hijo.

**264.—D) Por manifestación directa y expresa ante un juez.**— Cualquier juez es competente para recibir la declaración que un padre o madre o ambos hagan de que tal persona es hijo natural suyo y para levantar la respectiva acta de reconocimiento. No importa que no sea el juez del domicilio de los declarantes, o que sea un juez en lo criminal o simplemente un juez de policía. Para que dicho reconocimiento sea válido basta y es su-

ficiente que sea "hecha ante un juez" de cualquier sitio de la República que tenga jurisdicción y mando.

No es necesario que el reconocimiento "haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene"; por tanto si un hombre al absolver unas posiciones con el fin principal de que confiese una deuda, en una de las respuestas manifiesta en forma clara e inequívoca que tal persona es hijo suyo, dicha declaración es válida como un reconocimiento. Pero si un hombre se le cita para que absuelva unas posiciones cuyo fin principal es el de obtener el reconocimiento de un hijo natural y no comparece o elude o se niega responder las preguntas no podrá tenersele confeso, debido a que el reconocimiento ha de ser siempre un acto voluntario; y si bien es cierto que hay lugar a la investigación forzada de la filiación, ésta no puede hacerse sino mediante los trámites establecidos por la ley.

Las declaraciones hechas ante funcionarios que no tienen la calidad de jueces (un personero, un tesorero) en sí mismas no valen; pero si ese funcionario levanta un acta de la declaración que se le ha hecho y la envía a un juez o notario y ante ellos se ratifica el declarante, entonces tiene pleno valor el reconocimiento.

265.—Tales son las únicas cuatro formas que puede revestir el reconocimiento de un hijo natural hecha voluntariamente. El reconocimiento hecho en forma diferente carece de valor, como el que se hace en un documento privado con testigos, por cartas privadas por numerosas que ellas sean, ante un funcionario en el momento de hacer la declaración de la renta para obtener las exenciones legales, etc. Lo que no quiere decir que dichas pruebas no puedan jugar un importante papel como principios de prueba por escrito cuando se trata de la investigación judicial de la paternidad.

**265.—Formas de reconocimiento según la legislación anterior a la Ley 45 de 1936.** —El art. 56 de la Ley 153 de 1887 decía: "El reconocimiento (de hijos naturales) deberá hacerse por instrumento público entre vivos, o por acto testamentario...".

¿Qué es un instrumento público? El autorizado con las solemnidades legales por funcionario competente, responde el art. 1758 del código. Cuando el funcionario que autoriza el instrumento es un notario público y se incorpora en el respectivo protocolo, recibe el nombre específico de "escritura pública" (art. 1758 del c. c., inc. 2º).

Ahora bien: como el acta de nacimiento, el acta sentada ante un juez, la escritura pública, el testamento son verdaderos instrumentos públicos en su más amplia acepción dedúcese que antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 podía reconocerse a los

hijos naturales por los mismos medios que de manera expresa enumera el art. 2º de la Ley 45 de 1936.

Mas la jurisprudencia se apartó de esta interpretación y estableció que la expresión "por instrumento público entre vivos" que emplea el art. 56 de la Ley 153 de 1887 sólo cobijaba los instrumentos emanados de funcionarios encargados de llevar el registro civil de las personas, o sea los otorgados ante un notario (escritura pública) o ante el funcionario del registro civil (acta de nacimiento).

En consecuencia el reconocimiento voluntario de un hijo natural ante un juez de menores hecho antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 no tiene valor alguno. Carece de valor aun dentro de la vigencia de la ley nueva ya que ésta no puede tener efecto retroactivo, pues no puede revalidar estados civiles irregularmente constituidos antes. (Cas. civ., nov. 9 de 1943, G. J., t. LVI, pá. 268).

La Ley 45 de 1936 innovó al respecto dando pleno valor a los reconocimientos hechos por instrumento público (fuera de la escritura pública, acta de nacimiento y testamento) autorizado por cualquier juez.

## Nº 2

### *Determinación de la paternidad natural mediante declaración judicial.*

267.—Para comprender el valor del sistema vigente sobre declaración judicial de la paternidad natural, es necesario ver las etapas por que ha pasado nuestra legislación.

a) **El sistema del código.**—Establecía estos hechos como presunciones forzadas de paternidad y que daba lugar a que el juez la declarase: 1º La citación del presunto padre ante el juez para que declarase bajo juramento si creía ser el padre de tal hijo (arts. 321, 320 y 319 del c. c.); si el padre no comparecía después de repetirse la citación el juez declaraba reconocida la paternidad (art. 322 del c. c.). Este mismo procedimiento servía para la comprobación de la maternidad (art. 323 del c. c.).

2º—Los hijos de la concubina de un hombre eran tenidos como hijos de éste, a menos de comprobarse que durante el tiempo en que pudo efectuarse la concepción no tuvo acceso a la mujer (art. 318). Esta presunción de paternidad trataba de imitar la del art. 213 del código respecto a los hijos legítimos (art. 329 del c. c.).

3º—En los casos de raptó si el tiempo en que de acuerdo con el código se presume la concepción coincidía con el tiempo en que la mujer permaneció en poder del raptor (art. 320 del c.c.).

**268.—b) El sistema de la Ley 153 de 1887.**— Se permitió la declaración judicial de la paternidad sólo en estos dos casos: 1º la declaración del padre ante un juez previa citación conforme lo establecía el código (arts. 68, 69 de la Ley 153 de 1887); 2º En caso de raptó (art. 73 de la Ley 153).

Este sistema de la Ley 153 de 1887 se diferenciaba profundamente del sistema del código, porque según éste los hijos naturales reconocidos voluntariamente y los declarados como tales por decisión judicial eran iguales ante la ley en derechos; en cambio por la Ley 153 se estableció una honda diferencia entre los reconocidos voluntariamente y los reconocidos mediante decisión judicial. Sólo a los primeros se concedía ciertos derechos que se negaban a los segundos. De manera expresa el art. 66 de la mencionada ley estableció que el hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente por su padre o madre con las formalidades legales, no podrá pedir que lo reconozcan sino con el solo objeto de exigir alimentos.

Ningún motivo de justicia, ni de orden práctico justificó esta aberrante diferencia entre hijos naturales reconocidos voluntariamente y los reconocidos mediante decisión judicial. Dicho sistema equivalía a negar la investigación judicial de la paternidad, e indudablemente fue ese el motivo que persiguió el legislador de ese entonces. Pero le faltó la suficiente sinceridad para declararlo así de manera expresa, y prefirió recurrir a un medio indirecto; porque: qué fin podía perseguir un hijo ilegítimo en hacer constatar su filiación paterna, si dicha constatación no producía efectos sino sólo respecto a la pensión de alimentos?

Reemplaza **269.—c) El sistema de la Ley 45 de 1936.**— completamente los anteriores y tiene la gran ventaja de consultar las nuevas orientaciones jurídicas en esta materia de investigación judicial de la paternidad natural; es un reflejo fiel de las necesidades de nuestro medio social.

El sistema vigente en el derecho colombiano sobre declaración judicial de la paternidad natural se hará en función de estos puntos:

- 1º—El origen del sistema colombiano sobre investigación judicial de la paternidad natural y alcance de dicho sistema;
- 2º—Casos en los cuales hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural;
- 3º—Quién puede intentar la acción de investigación de la paternidad; y
- 4º—Contra quién puede intentarse, cuándo prescribe y efectos de los fallos judiciales en esta materia.

## PRIMER PUNTO

## ORIGEN Y NATURALEZA DEL SISTEMA COLOMBIANO SOBRE INVESTIGACION JUDICIAL DE LA PATERNIDAD NATURAL

270.—El legislador del año de 1936 siguió de cerca el sistema francés consagrado en la ley del 16 de noviembre de 1912. Si bien es cierto que el proyecto primitivo de que fue autor el Dr. Gustavo A. Valbuena “Dejaba ampliamente abierta la puerta de la investigación para acreditar aquel hecho (el de la paternidad natural) con todos los medios adecuados de la tarifa legal de pruebas, y cualesquieran que fueran las circunstancias”, no obstante en las dilatadas conferencias que sobre este punto tuvo el autor del proyecto con los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se llegó a la conclusión de que por el momento esa amplitud absoluta en la probanza era peligrosa, y se contrajo tanto la acción de investigación como la prueba a los cinco casos contemplados en el art. 4º de la actual Ley 45 de 1936. “En este punto quiso la Corte Suprema de Justicia que nuestra ley siguiera el derrotero trazado por la ley francesa de 1912, con la ventaja innegable de aprovechar en la interpretación y aplicación del estatuto, el valioso acervo de la jurisprudencia derivada de aquélla”. (L. F. Latorré, Doce Leyes, p. 153).

Tanto el sistema francés del 16 de noviembre de 1912 como el de la ley colombiana de 1936 se caracterizan:

1º Ambos sistemas representan un “espíritu de moderación y de consideración, al mismo tiempo que un gran fin de justicia y humanidad; ambos realizan una transacción aceptable entre intereses antagónicos que se afrontan en las relaciones fuera del matrimonio; el dogma de la irresponsabilidad del padre natural se destruye en gran parte, sin que se abran las puertas al abuso y a las tentativas de chantage del sexo débil el cual queda bien protegido, pero a quien el legislador no ha querido otorgar armas emponzoñadas y que constituyan una amenaza para la paz de las familias...” (Josserand, I. p. 681).

2º—En ninguno de los dos sistemas se ha roto de manera definitiva e integral la regla que prohíbe la investigación de la paternidad natural. En uno y otro sistema rige este principio: prohibición de la investigación de la paternidad natural salvo en los casos expresamente enumerados en la ley. Por tanto el hijo que no se encuentre colocado en uno de esos casos en que excepcionalmente se permite la investigación de la paternidad natural, carece de personería para ejercer la acción. Dichos casos son de interpretación restrictiva. Aunque el juzgador llegase al pleno convencimiento de que determinado hombre es el padre natural de tal hijo, si éste no acreditó ampliamente encontrarse en uno de

esos casos el juez no podrá declarar la paternidad (Cas. civ., abril 26 de 1940, LI, p. 43 y ss., etc., etc.; L. Josserand, I. p. 679 y ss.; Planiol, Ripert, Rouast, II (La Familia), P. 693 y ss.; Colin, Capitant, de la Moradiere, I. p. 292 y ss.; J. Bonnecase, I. p. 422 y ss.; J. R. Reyes, ob. cit.).

## PUNTO SEGUNDO

### CASOS EN LOS CUALES SE PRESUME LA PATERNIDAD Y HAY LUGAR A DECLARARLA JUDICIALMENTE

271.—Sólo en cinco casos se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente.

*Primer caso.—Rapto y violencia.*—Como se ve son dos casos englobados en uno solo. El rapto y la violencia para que den nacimiento a la acción de investigación de la paternidad natural requieren dos condiciones: a) Consumación de dichos ilícitos; b) Relación de causalidad entre el rapto y la violencia, con el nacimiento del sér humano que ejerce la acción.

272.—I.—**Primera condición.—Consumación del rapto y la violencia.**—¿Cuándo hay rapto? Según el art. 349 del código penal el rapto implica sustracción, retención o arrebato de una mujer con el fin de satisfacer con ella algún deseo erótico sexual (para los fines de la Ley 45 se requiere que sea el acceso carnal o el acto susceptible de preñar a la mujer raptada).

¿Cuáles son los elementos que integran el rapto? 1º Elemento esencial del rapto tanto desde el punto de vista penal como civil es el de que constituya un delito contra la familia de la mujer raptada. Justamente los arts. 349 y siguientes del código penal encabezan los delitos que el título XIV del libro 2º de esta obra denomina "De los delitos contra la familia"; es en este sentido que entiende tal ilícito la doctrina. En consecuencia requiérese como primer hecho fundamental que los jueces penales y civiles investiguen si la mujer raptada tiene actualmente una familia y si el rapto constituye una ofensa a esa familia. No se comete rapto en aquellos casos en que la raptada carece de familia ya sea porque sus padres han muerto y no tiene hermanos, ni parientes que se hayan encargado de su crianza, educación y vigilancia; pero aunque no tenga parientes hay rapto si la mujer estaba al cuidado de una familia que guarda buenas costumbres y la raptada vivía sometida a ellas. Tampoco hay rapto cuando a pesar de tener parientes la mujer raptada no obstante ellos no se encargaban de su vigilancia y cuidado. En estricta verdad el rapto supone ante todo un elemento de orden moral: quitar a una familia de buenas costumbres uno de sus miembros que la integraba moralmente.

2º—Al lado del anterior elemento de orden moral debe existir un elemento material o físico y es el explicado concretamente por los arts. 349 y 350 del código penal (arrebate, sustraiga o retenga una mujer).

3º—El rapto contemplado por los arts. 349 y ss. del código penal como el contemplado por la Ley 45 de 1936 supone la realización del acto sexual carnal (consumación del rapto). Sólo este aspecto del rapto penal podrá ser retenido por la ley civil (ya que no será objeto de rapto desde el punto de vista civil la tentativa de rapto, o el rapto realizado con fin diferente al estricto acto carnal de hombre y mujer normales). De lo que se desprende que el sujeto activo del rapto lo debe ser un hombre que tenga los órganos apropiados de su sexo, y el sujeto pasivo una mujer que igualmente tenga los órganos de su sexo.

No es elemento esencial del rapto la circunstancia de que la mujer haya consentido en el rapto o no; este hecho es tenido en cuenta por la ley penal únicamente para agravar o disminuir la responsabilidad penal. Para la ley civil lo que interesa es que haya habido rapto integrado por los tres elementos enunciados para que los jueces puedan proceder a indagar la paternidad natural.

**273.—¿Cuándo hay violencia y de qué clase de violencia se trata?** A simple vista parece que la ley ha querido referirse a los casos en que hay violencia física, es decir, verdadero forzamiento de una mujer por un hombre, porque si la ley quisiera referirse también a la violencia moral serían ciertamente muy pocos los casos en los cuales ya de manera directa o indirecta no habría esa clase de violencia. Empero al respecto el criterio pasa saber cuándo ha habido violencia de una mujer y que a consecuencia de ella dé a luz un sér humano y haya lugar a la investigación judicial de la paternidad natural será necesario extraerlo también de la penal. Según ésta hay violencia: a) En todos los casos en que un hombre someta al acto carnal a una mujer menor de 14 años (la ley penal se limita a presumir en este caso la violencia, pero es una presunción que no admite prueba en contrario). El motivo de que se presume violencia es porque las mujeres menores de esa edad no han alcanzado una voluntad plena, no son dueñas de sus actos. b) Hay violencia cuando se realiza el acto carnal con una mujer de cualquier edad a la que se ha puesto en estado de inconsciencia por cualquier medio (art. 316 del c. p. inc. 2º). c) El art. 316 del código penal considera como violencia aquellos casos en que se tiene acceso carnal con una mujer sin su consentimiento y mediante violencia física o moral. Existe cierta impropiedad en los términos de esa disposición legal, ya que sólo la violencia física es capaz de suprimir el consentimiento; la moral apenas lo vicia. Por tanto es

necesario concluir que respecto a las mujeres mayores de 14 años y que simplemente han sido violentadas moralmente no alcanza a constituir la auténtica violencia como fuente de investigación de la paternidad natural (y cuando dicha clase de violencia reúne otros requisitos habrá seducción, caso distinto).

**274.—II.—Segunda condición.—Relación de causalidad entre el rapto o la violación y el nacimiento del sér humano.**

Requírese que el nacimiento del nuevo sér humano titular de la acción de investigación de la paternidad natural sea el fruto de las relaciones sexuales habidas entre raptor o violentador y entre la mujer raptada o violentada. Dicha relación de causalidad se descubre fácilmente mediante la aplicación del art. 92 del código civil. Existe si el nuevo sér nace en el lapso que hay entre los 180 a 300 días posteriores a aquél en que comenzaron o terminaron las relaciones sexuales entre raptor y raptada o entre forzador y mujer forzada. En otras palabras: es un caso de aplicación de la presunción del art. 213 del código a la paternidad natural; sólo que al paso que en la paternidad legítima el hecho que se toma como base para establecer la presunción es el matrimonio, aquí se toma como base el hecho del rapto o la violencia.

**275.—Segundo caso.—La seducción.**—“Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: . . . 2º En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil la seducción,” (art. 4º de la Ley 45 de 1936).

Al paso que la ley no dijo cuándo hay violencia o rapto, respecto a la seducción sí dijo claramente en qué consiste dicho ilícito. Ante todo: la seducción se comete generalmente con mujeres mayores de 16 años, por que respecto a las menores de esa edad se presume la violencia (menores de 14 años) o la coacción (mayores de 14 y menores de 16 años).

La seducción abarca todos aquellos casos de violencia moral; y bien puede observarse cómo la ley no deja en libertad al demandante de suministrar libremente toda clase de pruebas para acreditar ese hecho; le exige para que su demanda prospere un principio de prueba por escrito capaz de hacer verosímil la seducción. Sólo una vez suministrada esa clase de prueba se podrá acudir a los demás medios probatorios.

¿Qué requisitos debe reunir el principio de prueba por escrito? Los requisitos que integran el principio de prueba por escrito son interpretados ampliamente por la jurisprudencia y doctrina francesas, los que son de perfecta aplicabilidad en la interpretación del Nº 2º del art. 4º de la comentada Ley 45 de 1936, por que ter expreso de nuestro legislador.

1º—El principio de prueba por escrito puede ser reemplazado por la confesión del padre (es decir por la confesión que haga de hechos que constituyen seducción; porque se contempla el caso de que un padre no quiere reconocer voluntariamente al hijo);

2º—No es necesario que el escrito haya sido escrito por la propia mano del presunto padre; indudablemente que debe provenir de él, pero sólo es suficiente que haya sido redactado bajo su orden o bajo su inspiración;

3º—No se exige que el escrito establezca de manera cierta los hechos alegados; es suficiente que los haga verosímiles;

4º—No es necesario que el escrito se refiera directamente al hecho mismo de la seducción; basta y es suficiente que haga verosímiles las maniobras anteriores; una especie de indivisibilidad se establece en cuanto al comienzo de prueba, entre las mencionadas maniobras y la seducción misma (Josserand, I, p. 682-683).

**276.—Reglas comunes a los casos anteriores.**—Como los casos mencionados (rapto, violencia, seducción) que dan lugar al ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural constituyen a la vez un ilícito penal, ilícito que por sí mismo genera dos acciones: la penal y la civil y a su vez la acción en estudio, ello indica que tres acciones pueden desprenderse de un rapto, violación o seducción; acciones que es necesario distinguir cuidadosamente y que no son solidarias entre sí especialmente en cuanto a su ejercicio.

1º—La acción penal queda gobernada exclusivamente por la ley penal. El rapto no puede investigarse por los jueces en lo criminal sino mediante querrela de parte y tiene sólo seis meses para introducirla; pero pasados los seis meses en manera alguna quiere decir que por no poderse ejercer la acción penal no pueda ejercerse la acción civil para la indemnización de perjuicios o la de investigación de la paternidad natural. Por otra parte el rapto prescribe en cinco años (arts. 349 y ss. del c. p. en concordancia con la parte final del art. 105 del mismo código); en este caso sí coincide la prescripción de la acción penal con la acción civil por mandato expreso de la ley civil (art. 2.358 del código civil); mas tampoco la prescripción de la acción penal y civil implican prescripción de la acción de investigación de la paternidad natural. Del hecho de que no pueda intentarse querrela de parte para la acción penal que se desprende del rapto (por haber pasado seis meses) no indica que no pueda intentarse la acción civil la cual prescribe siempre en cinco años. Iguales observaciones cabe hacer para la violencia y seducción.

2º—El ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural en ningún caso está gobernada por los plazos para

el ejercicio de la acción penal o la acción civil; dicha acción se gobierna por las reglas que más adelante se expondrán.

3º.—La acción penal y la civil pueden ejercitarse conjuntamente ante los jueces en lo criminal y cuando tal acontece el éxito de una acción conlleva el éxito de la otra; en cambio la acción de investigación de la paternidad natural jamás puede ejercerse por los jueces en lo criminal; ella no puede ejercerse sino ante los jueces del circuito en lo civil de la república. En consecuencia esta acción en ningún caso queda sujeta al éxito o fracaso del ejercicio de la acción penal o la acción civil; sólo que el éxito de la acción penal y civil dentro del proceso penal a veces señala un haz probatorio de tal magnitud que implicará forzosamente el éxito de la acción de investigación de paternidad natural ante los jueces en lo civil.

4º.—De las tres acciones mentadas hay dos que tienen una jurisdicción invariable: la penal ante los jueces en lo criminal, y la de investigación de la paternidad natural ante los jueces en lo civil; la acción civil en razón de daños y perjuicios puede ir por una u otra de dichas jurisdicciones; irá por la penal cuando se ejerce dentro del proceso penal; por la civil cuando se ejerce independientemente o bien acumulada a la acción de investigación de la paternidad natural.

**277.—Tercer caso.—La declaración inequívoca de paternidad mediante escrito.**—Dicha declaración por escrito requiere que no haya revestido alguna de las formalidades ordenadas por la ley para el reconocimiento voluntario. Ese escrito puede ser una carta firmada por el padre o un documento privado de reconocimiento, etc. A este primer elemento necesario como base de la investigación de la paternidad natural se agregan estos otros: 1. Que el escrito emane del padre, sea que el mismo lo haya escrito sea que lo haya ordenado escribir; 2. Que el escrito sea inequívoco, es decir, que no sea ambiguo, sino claro, expreso y categórico y que de manera formal confiese la paternidad. La jurisprudencia francesa considera que se trata de un escrito inequívoco y que sirve de base para iniciar la acción de investigación de la paternidad natural el consejo dado por un hombre a una mujer para que haga abortar el ser que está por nacer (siempre que no sea un pariente cercano: padre, hermano).

**278.—Cuarto caso.—Amancebamiento o concubinato.**—“Hay lugar a declarar la paternidad natural: . . . 4º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron las relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron” (art. 4º de la Ley 45 de 1936).

¿Cuándo puede afirmarse que las relaciones sexuales son notorias? Es necesario tener en cuenta que esta presunción de paternidad natural tiene el mismo fundamento de la presunción de paternidad legítima, pues, ésta reposa en el deber de fidelidad de la mujer a su marido; y ese mismo deber existe en el concubinato o relaciones sexuales notorias. Además, de la fidelidad de la concubina o amante, se exige que haya sido notoria, pública.

Algunos autores franceses (Sabatier, *La recherche...* p. 71) prescriben para calificar de notorias o públicas las relaciones la circunstancia de la comunidad de habitación; nuestra ley de manera expresa rechazó ese requisito.

Entre otros índices para calificar de notorias las relaciones sexuales que sirven de origen a la acción de investigación de la paternidad, se encuentran: 1. Regularidad y continuidad de las relaciones, es decir, que hayan sido estables; 2. Que exista cierta comunidad de intereses personales sociales y económicos entre los concubinos; sólo esa comunidad hará notorias las relaciones, visibles a los demás miembros del caserío o grupo de personas del sitio donde residen.

**279.—Quinto caso.—La posesión notoria del estado de hijo.**— Cuando el padre ha reconocido antes los demás a determinada persona como su hijo, le ha dado su apellido, ha proveído a su crianza, educación y establecimiento (tractatus y fama) y los deudos, amigos o el vecindario del domicilio en general, han reconocido a esa persona como hijo de dicho padre en virtud de tal tratamiento se produce la posesión notoria del estado civil de padre natural e hijo natural (art. 4º, Nº 4º y art. 6º de la Ley 45 de 1936).

La posesión notoria del estado civil de hijo natural (que conlleva correlativamente la posesión notoria de padre natural), debe haber durado por lo menos diez años (art. 7º de la Ley 45 de 1936 y art. 398 del código civil: Ver, II. Personas, Nos. 136 s; de esta obra).

**280.—Valor de las anteriores presunciones de paternidad.**— Los cinco casos (en verdad seis: raptó, violencia, seducción, declaración inequívoca de paternidad por escrito, concubinato, posesión notoria durante diez años del estado civil de hijo natural) en que la ley autoriza la investigación de la paternidad natural son presunciones relativas; por tanto son destructibles a semejanza de la presunción de paternidad legítima del art. 213 del código.

En consecuencia y especialmente en el caso de concubinato se destruye la presunción de paternidad, "si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el art. 92 del código civil, estuvo en absoluta im-

posibilidad física de tener acceso carnal, o prueba que dentro dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre" (exceptio plúrium contubernium: art. 4º, Ley 45 de 1936).

### PUNTO TERCERO

#### *Quién es titular de la acción de investigación de la paternidad natural.*

281.—No toda persona que acredite interés en el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural es titular de ella. La ley por motivos de orden moral ha circunscrito el ejercicio de esta acción a ciertas y determinadas personas. El art. 12 de la Ley 45 de 1936 señala cuáles son esas personas.

A) El hijo personalmente cuando es capaz o su representante legal (quien ejerce sobre él la patria potestad o guarda) cuando es incapaz.

B) La persona (física o moral), o entidad (aunque no tenga personería jurídica) que haya tenido cuidado de la crianza o educación del menor.

Acerca de estas personas es necesario observar: 1º Basta y es suficiente que hayan cuidado de la sola crianza o de la sola educación sin que se requiera haber cuidado conjuntamente de la crianza y educación. Si una persona cuidó de la crianza y otra de la educación ambas podrán si lo quieren ejercer conjuntamente la acción; 2º Quien ha cuidado de la crianza o educación del hijo sólo es titular de la acción en caso de que sea incapaz; no pueden ejercer dicha acción si el hijo es capaz. En primer lugar la ley concede la acción a quien ha cuidado de la crianza o educación del hijo sólo cuando es menor; debe entenderse que podrán ejercerla también cuando siendo mayor no obstante es incapaz por causas diferentes edad; pero en ningún caso serán titulares de la acción si el hijo es plenamente capaz; ya que en dicho caso no se concede el ejercicio de la acción ni siquiera a la propia madre del hijo (que normalmente es la que cuida de la crianza y educación del hijo) porque ésta ejerce la patria potestad sólo sobre sus hijos naturales menores de edad.

C) El Ministerio Público (personeros municipales, fiscales de los tribunales y el Procurador General de la Nación).

Quiere decir que el respectivo agente del ministerio público puede motu proprio iniciar la acción de investigación de la paternidad natural y que cuando tal sucede es parte en el juicio. Igualmente ha establecido la jurisprudencia que no es necesario que en todos los juicios sobre investigación de paternidad natural deba forzosamente intervenir el Ministerio Público. Por tanto: "No hay nulidad de lo actuado en este recurso de casación, porque si bien el art. 12 de la Ley 45 de 1936 señala como parte en esta

clase de juicios al Ministerio público, si se estudia detenidamente tal precepto puede apreciarse fácilmente que el legislador quiso darle la categoría de parte demandante, ya que sólo menciona a las personas que pueden promover la acción de investigación, entre las que incluye al Ministerio Público.

“Ahora bien, en este proceso el Ministerio Público no asumió este carácter de parte actora, sino que ha iniciado y continuado la acción el ciudadano que aspira a que, por la vía judicial, se le reconozca ese estado civil.

“De manera que en este proceso es de rigor concluir que el Ministerio Público no es propiamente parte, ni con él se ha tratado directa y exclusivamente la litis pendentia”.

El Ministerio Público sólo puede ejercer la acción de investigación de la paternidad natural de personas incapaces; por tanto si el hijo natural mayor y capaz rehusa, “o se abstiene de instaurar la acción, ni la ley, ni el Ministerio Público pueden obligarle a adquirir los derechos correspondientes; existe aquí una especie de aplicación particular del principio “*nemo invito beneficium datur*” (Jorge R. Reyes, ob. cit. p. 194).

282.—Con la muerte del hijo natural se extingue definitivamente el derecho a ejercer la acción de investigación de la paternidad natural. Porque esta acción es personalísima e intransmisible a los herederos; y si el Ministerio Público la puede ejercer es sólo en interés del hijo y de la sociedad (pero en todo caso en representación del hijo). Igual solución se ha adoptado por el derecho francés en donde por la ley del 12 de nov. de 1912 se reservó la acción exclusivamente el hijo; y si bien es cierto que la Ley 45 de 1936 no dijo nada concreto al respecto la doctrina y la jurisprudencia han establecido la misma solución (V. Jorge Ramón Reyes, ob. cit. 199 y ss.).

#### PUNTO CUARTO

*Contra quién puede ejercerse la acción de investigación de la paternidad natural.—Efectos de los fallos judiciales.*

#### LA MUERTE DEL PADRE NO EXTINGUE LA ACCION DE INVESTIGACION

*Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 1º de 1945.*

283.—Principio. Mientras el padre natural viva, la acción de investigación de la paternidad natural debe dirigirse contra él; sólo una vez muerto puede dirigirse contra sus herederos.—Tal regla se desprende de lo que estatuye el art. 7º de la Ley 45 de 1936 y de la doctrina de la sentencia

de la Sala de Casación Civil de la Corte del 1º de octubre de 1945. El art. 7º de la Ley 45 de 1936 dice: "Las reglas de los arts. 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del código civil, se aplican también al caso de la filiación natural". Y la sentencia citada:

"En materia de investigación de la paternidad natural, según la Ley 45. sucede lo mismo que en materia de la acción que tiene el hijo para investigar su paternidad legítima: que mientras vive, el padre es la única persona susceptible de ser demandada por el hijo, y muerto el padre lo representan sus herederos, dado que ese suceso carece de efectos esterilizantes sobre el derecho del hijo a que se establezca su verdadero estado civil de legítimo."

Sólo con la vida del hijo se extingue la acción de investigación de la paternidad natural. "Esta acción de carácter personalísimo en relación con el hijo depende en su duración de la vida del hijo y no de la vida del padre, o madre, cuya muerte no es fenómeno que la extinga, porque si así fuera se llegaría al absurdo de que a pesar de que la ley declara el derecho de reclamación imprescriptible, siempre estaría sometido en vida del hijo a un hecho incierto, constituido por el deceso del padre o la madre, que lo aniquilara; absurdo que subiría de punto considerando que en esa hipótesis quedarían radicalmente privados del ejercicio de la acción los hijos póstumos, ésto es, los nacidos después de la muerte del padre" (Cas. civ., oct. 1º de 1945).

**284.—El valor de los fallos judiciales sobre filiación natural.**— Al declarar el art. 7º de la Ley 45 de 1936 que los arts. 401 a 404 del código son aplicables a la filiación natural tenemos que la doctrina expuesta sobre dichos artículos (Supra: Nº 201 s.), es de aplicación a la filiación natural, previas las naturales adaptaciones del caso, y previa la siguiente aclaración. El art. 7º de la Ley 45 de 1936 no menciona el art. 402 del código civil como aplicable a la filiación natural; pero "la estructura legal del legítimo contradictor trazada por los artículos 401 a 404 ostenta unidad tan indivisible, tal es su trabazón, que dislocada una de sus disposiciones el edificio de la institución se derrumba o se hace incomprensible. Sobre todo, cómo es posible conciliar aislada la regla del art. 403, si ella se subordina al principio apenas enunciado en el ord. 2º del art. 402, del cual es mero desarrollo y consecuencia, en forma que la primera no se concibe sin la segunda, porque esencialmente conlleva su aplicación?". (Sent. precit.).

Resultado: La doctrina de los arts. 401 a 404 del código sobre filiación legítima son aplicables a la filiación natural por querer expreso del legislador de 1936. En consecuencia:

**285.—I.**—El art. 403, inc. 2º que establece que en los juicios de impugnación de la maternidad legítima deberá el padre

legítimo intervenir forzosamente no se aplica a los juicios sobre impugnación de una maternidad natural, por la sencilla razón de que cuando se trata de determinar la filiación natural materna o de impugnarla no se compromete necesariamente la filiación natural paterna. Hemos dicho que la filiación legítima materna y paterna forman un todo indivisible; que cuando se trata de impugnar una filiación legítima materna, se está impugnando la paterna; que igual cosa sucede para determinar una y otra filiación legítimas. Pero que respecto a la filiación natural pueden ir disgregadas estas dos filiaciones: determinarse la materna, sin determinarse la paterna y viceversa.

**286.—II.—Efectos de los fallos sobre filiación natural paterna.**— El valor de estos fallos se hace en función del concepto de legítimo contradictor. En consecuencia: 1. Son legítimos contradictores en la filiación natural el padre contra el hijo en los fallos sobre filiación natural paterna; y la madre contra el hijo, en los de filiación natural materna.

2.—Cuando el fallo se produce entre legítimos contradictores engendra efectos absolutos; obliga a todos.

3.—Cuando el fallo no se produce entre legítimos contradictores sólo engendra efectos relativos; se aplica el art. 17 del código civil.

Aplicando esta idea del legítimo contradictor a los fallos sobre filiación natural tenemos:

1º—Cuando la investigación de la paternidad natural se dirige en vida del padre y contra él, el fallo judicial que declara o niega esa paternidad produce efectos absolutos; ninguna otra persona puede controvertir posteriormente dicho fallo.

2º—Muerto el padre natural, la acción de investigación no podrá dirigirse contra él, sino contra sus presuntos herederos (hermanos, hijos legítimos o padres); bien: en dicho caso el fallo judicial sólo efectos relativos produce; sólo obligará a las personas que fueron demandadas en juicio. Ejemplo: muere un padre que deja tres hijos legítimos y uno natural que no reconoció en vida por alguno de los medios indicados. Este hijo natural endereza la acción de investigación de su paternidad natural sólo contra dos de los tres hijos legítimos y triunfa. Dicho fallo judicial sólo puede valerlo contra los dos hijos legítimos demandados; no podrá oponerlo al que no fue demandado; y si quiere que ese hijo legítimo le reconozca su calidad de hijo natural dentro de la sucesión del padre común tendrá que iniciar una nueva acción de investigación de paternidad natural enderezada contra ese hijo.

3º—Cuando la acción de impugnación de una maternidad natural o la de reclamación de la misma se dirige contra la madre

por el hijo, el fallo judicial produce efectos absolutos; pero si dicha acción se dirige contra sus herederos el fallo producirá efectos relativos, por no proferirse con legítimos contradictores.

287.—III.—La antigua jurisprudencia al interpretar los arts. 401 a 404 en el sentido de que todos los fallos sobre filiación legítima debían proferirse entre legítimos contradictores, y al aplicar dicha doctrina a la acción de investigación de la paternidad natural, estableció en forma enfática que dicha acción sólo era viable en vida del padre; que muerto éste se extinguía definitivamente la acción; que jamás podía dirigirse contra los herederos (Cas. civ., abril 26 de 1940, XLIX y LI, pp. 250 y 43; junio 30 de 1941, LI, 616; mayo 25, set. 22 y set. 30 de 1942, LIII, LIV-bis, pp. 270, 88 y 126, etc., etc.).

Esta jurisprudencia fue ardientemente criticada; y la sentencia de oct. 1º de 1945 no sólo se limitó a derogarla, sino que procuró señalar los motivos que tuvo para estatuir que la muerte del padre natural no extingue la acción de investigación.

1.—La historia de la Ley 45 de 1936 demuestra que sus autores no quisieron limitar el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural a la vida del padre, sino a la del hijo.

2.—La filiación natural declarada judicialmente se ha convertido para el hijo en fuente de vocación sucesoral con respecto a la herencia del padre, aun en concurrencia con los hijos legítimos. No habiendo regla especial que liberte a los herederos del padre de la obligación de contestar al derecho ejercitado por el hijo, ellos son llamados legítimamente al juicio y no lo pueden eludir.

3.—La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa. Para demostrarlo basta leer la fórmula literal con que se consagra la acción en el art. 4º de la ley y de las cinco causales que dan derecho al reconocimiento judicial. El hijo que está en alguna de esas cinco causales es ya hijo natural; sólo que en caso de que el padre se niegue a reconocerlo viene la investigación y luego la sentencia judicial a declarar el hecho. Por ser declarativa tiene efectos en el pasado en cuando el hijo adquiere su verdadero estado civil desde la concepción; en manera alguna desde la sentencia.

4.—De que el estado civil de las personas sea personal e intransmisible, no se infiere que sus consecuencias en el orden de las relaciones jurídicas patrimoniales perezca con el titular del respectivo estado.

5.—Con la antigua tesis de que muerto el padre natural se extingue la acción de investigación de la filiación natural, quedarían desposeídos de la acción de investigación los hijos póstumos, como igualmente la mayoría de hijos que no alcanzaron a ser reconocidos en vida del padre.

**CONCLUSION:** la acción de investigación de la filiación natural tanto paterna como materna sólo se extingue con la muerte del hijo; jamás con la muerte del padre o madre.

### CAPITULO TERCERO

#### LOS EFECTOS DE LA FILIACION NATURAL

288.—Los arts. 15 y siguientes de la Ley 45 de 1936 establecen los efectos principales de la filiación natural, o sea el conjunto de derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos naturales.

Esos derechos y obligaciones lo mismo que en la familia legítima se relacionan por una parte con la representación que sobre el hijo natural tienen los padres naturales en razón de la incapacidad en que se encuentre el hijo (patria potestad) y por otra parte con una serie de obligaciones y derechos de estricto orden personal.

#### I

##### *La patria potestad sobre los hijos naturales.*

289.—Ya dijimos de cómo la Ley 45 de 1936 extendió el ejercicio de la patria potestad a los hijos naturales (art. 13) dejando así esta institución de ser un monopolio exclusivo de la familia legítima. No obstante es de distinta naturaleza el contenido de la patria potestad sobre los hijos legítimos al de la patria potestad sobre los hijos naturales.

1º—*Quién ejerce la patria potestad sobre los hijos naturales?*  
Lo mismo que en la familia legítima, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales es monopolio exclusivo del padre o de la madre. Sólo que respecto a los hijos naturales la patria potestad la podrá ejercer la madre aunque el padre exista actualmente y viceversa. Y según el art. 14 de la Ley 45 de 1936 "Por regla general, corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural. Pero el juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre, siempre que no esté casado, o poner bajo guarda al hijo. A falta de la madre, por matrimonio u otra causa legal, tendrá la patria potestad el padre natural no casado, sin perjuicio de que el juez confiera la guarda del hijo a otra persona, a petición de parte y en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior. La guarda pone fin a la patria potestad en los casos de este artículo".

Se debe observar: 1º El gran poder discrecional que otorga la ley a los jueces respecto a la persona que debe ejercer la re-

presentación del hijo natural y el género de representación a que quede sometido. Por una parte puede quitar el ejercicio de la patria potestad a la madre para dársela al padre cuando lo considere más conveniente a los intereses del hijo. Podrá quitar a la madre el ejercicio de la patria potestad en todos aquellos casos indicados por la ley para la cesación de la patria potestad sobre los hijos legítimos, e igualmente en casos no contemplados por la ley como lo sería cuando a pesar de no existir un motivo justo para retirar a la madre del ejercicio de la patria potestad para dársela al padre, éste la reclama para educar y establecer al hijo por tener recursos para ello y carecer la madre de ellos.

Cuando el juez vea que al hijo no conviene quede sometido a la patria potestad de la madre o del padre podrá someterlo al régimen de representación de la guarda.

2º—Sobre el hijo natural no podrá ejercer la patria potestad el padre o madre que esté unidos con el vínculo matrimonial con otra persona. Tampoco el hijo natural podrá quedar sometido al mismo tiempo al régimen de representación de la patria potestad y al de la representación de un guardador.

**290.—2º—El contenido de la patria potestad sobre los hijos naturales.**—A este respecto la ley (inc. 2º del art. 15 de la Ley 45 de 1936) quiso que el contenido de la patria potestad sobre el hijo natural fuera de naturaleza completamente diferente a la de la patria potestad sobre los hijos legítimos. El contenido de las obligaciones y derechos de la patria potestad sobre los hijos naturales (y ya dijimos que por patria potestad sólo entendemos un régimen de representación que tienen por fin suplir la incapacidad en que se encuentran los hijos menores de edad que carecen de padres) es igual al de los guardadores sobre sus pupilos, salvo la obligación de dar caución. En consecuencia:

a) Si el hijo es impúber quien ejerce la patria potestad debe guiarse por las obligaciones y derechos de un tutor; si es menor adulto por las de un curador (porque sabido es que el término de guarda es genérico y comprende las tutelas y curatelas).

b) El guardador para ejercer su cargo debe cumplir estas formalidades: prestar una fianza o caución, que se discierna la guarda y hacer un inventario solemne.

Estas mismas formalidades debe cumplir el padre o madre naturales salvo la de dar una caución o fianza. En cuanto al discernimiento de la guarda de los bienes del hijo natural y el inventario deben hacerse en la misma forma y dentro de los plazos indicados para los guardadores en general.

c) En cuanto a las funciones de quien ejerce la patria potestad sobre el hijo natural son de la misma naturaleza a las indicadas atrás respecto a los guardadores en relación con los bienes del pupilo. Por tanto el padre o madre naturales deben adminis-

trar los bienes del hijo natural lo mismo que el guardador; su responsabilidad se compromete en la misma forma; su remuneración es apenas la décima parte de los frutos y deben rendir cuentas como las debe rendir cualquier guardador.

3º—La patria potestad sobre el hijo natural termina definitivamente en las mismas condiciones en que termina la patria potestad sobre el hijo legítimo.

## II

### *Obligaciones y derechos de orden personal entre padres e hijos naturales.*

291.—Estos derechos y obligaciones son exactamente los mismos que existen entre los padres y los hijos legítimos; es decir, que los efectos de la filiación natural son iguales a los de la filiación legítima, con esta salvedad: en ciertos casos la filiación legítima produce efectos aun entre los abuelos y los nietos legítimos; en cambio en la filiación natural en ningún caso dichos efectos van más allá de los padres. Efectivamente: el art. 15 de la Ley 45 de 1936 en su inc. 1º exceptúa del título 12 del libro 1º del código (que es el que regula los derechos y obligaciones entre padre e hijos legítimos) los arts. 252 y 260; y estos dos textos legales establecen cuándo pasa a los otros ascendientes del hijo legítimo ciertos derechos y obligaciones de la filiación legítima.

Lo que indica que hoy día el hijo natural debe ser criado, educado y establecido por sus padres naturales; que ambos quedan solidariamente responsables en el cumplimiento de dichas obligaciones, etc.

*En resumen:* La filiación natural una vez establecida por los medios indicados por la ley produce efectos en dos direcciones:

a) Sobre los bienes del hijo; éste es un régimen de representación de la misma naturaleza al de los tutores o curadores sobre sus pupilos;

b) Sobre la persona del hijo: lo que se traduce en una serie de obligaciones y derechos que son de la misma naturaleza a los reglamentados entre padres e hijos legítimos.

## TITULO SEGUNDO

### FAMILIA ADOPTIVA

292.—Tanto la familia legítima como la natural reposan sobre vínculos de sangre; se diferencian en cuanto la primera reconoce como fuente el estado de derecho del matrimonio y la segunda el estado de hecho del concubinato. Bien: al lado de estas

familias existe la familia adoptiva, la cual no descansa sobre vínculo alguno de sangre; es una institución artificial que se produce cuando un hombre o mujer prohijan como hijo suyo a quien no lo es por la sangre.

El que hace la adopción se llama padre o madre adoptantes, o simplemente adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, hijo adoptivo, o simplemente adoptado (art. 269 del c. c.).

**293.—La reglamentación que de la familia adoptiva hace el código no corresponde a la reglamentada por la costumbre.**— La adopción tiene en nuestro derecho dos fuentes: la ley y la costumbre. La reglamentación legal representa un anacronismo histórico, algo trasnochado, pasado de moda. Con razón advierten Champeau y Uribe que la adopción se estableció en las legislaciones antiguas bajo la influencia de circunstancias que ya no existen. Entre los pueblos de la India y entre los romanos se consideraba como necesario tener descendientes, sobre todo por motivos religiosos, para atender el culto de los antepasados; si la naturaleza les rehusaba hijos, la ley permitía obtenerlos por filiación ficticia, por adopción principalmente, y por otros medios extraordinarios (ob. cit. p. 323).

Frente a la adopción legal existe la instituida por nuestras costumbres, bajo el influjo benéfico y avasallador del concepto cristiano; son motivos altruistas, de beneficencia los que se cumplen en nuestra sociedad con las adopciones que a diario se realizan; mas el caso más elocuente sobre el particular es el divorcio tan completo que existe entre la adopción legal que es esencialmente formalista, pública, solemne, con marcado sentido egoísta, a la de la costumbre o adopciones de hecho, las que se realizan sin formalidades de ninguna clase, que son secretas y privadas en su mayoría, que no persiguen la perpetuación de cultos o apellidos, sino el otorgamiento de hogar y sustento a quien carece de ellos, a las personas de padres desconocidos, en fin que se inspiran en un sentido altruista, social y eminentemente humano.

Estudiaremos sintéticamente: 1. Requisitos de la adopción; 2. Formalidades para su validez; 3. Efectos de la adopción, y 4. Extinción.

#### Nº 1º

##### *Requisitos de adopción.*

**294.—1º Condiciones requeridas en el adoptante.** a) *El adoptante debe ser una persona plenamente capaz de ejercer sus derechos*, pues, por la adopción se va a ejercer la representación legal de otro. Así, las personas incapaces no pueden adoptar; pero la mujer casada y capaz puede adoptar en las mismas condicio-

nes que lo puede hacer el marido (arts. 270 y 271 del c. c.). b) *El adoptante debe ser quince años mayor que el adoptado.* Se pretende el que la filiación adoptiva imite lo más fielmente posible la filiación basada en los lazos de la sangre. c) *El adoptante debe carecer de descendientes legítimos* (art. 272 del c. c.). En el sistema del código se persigue el que la adopción constituya un sucedáneo a la falta de hijos. Sin embargo quien tenga hijos naturales puede adoptar, debido a que esta filiación estaba desprovista de efectos. Pero el sentido de la ley, confirmado por las costumbres, no puede ser otro sino el de que no puede adoptar quien tenga hijos legítimos actualmente vivos y bajo su dependencia, ya que nada obsta que una persona adopte a otro ser como su hijo para criarlo, sostenerlo y educarlo, cuando dispone de suficientes bienes de fortuna y cuando sus hijos legítimos o naturales son ya mayores y separados de la casa. Finalmente, según las costumbres la adopción opera perfectamente en todos aquellos casos en que no sea fuente de conflictos respecto a los otros hijos. Esto nos demuestra que el derecho consuetudinario ha venido a corregir y mitigar la regla del art. 272 del código; la experiencia demuestra que en muchos matrimonios en donde los hijos son todos varones, los padres tienen interés en adoptar una mujer como hija adoptiva y viceversa.—d) *La adopción no puede tener lugar sino entre personas del mismo sexo* (art. 273 del c. c.). El varón no puede adoptar mujeres, ni la mujer varones. La razón de esta regla, según explican Champeau y Uribe se debe a motivos de moralidad. Cuestión relativa, pues, si existe razón en que un varón de treinta años no adopte una mujer de quince, no la existe en que una mujer de cuarenta o más años adopte un varón de pocos meses de edad. En la práctica no se adoptan sino seres de pocos años de edad; por tanto el motivo de moralidad que quiere poner a salvo el código de hecho no se presenta. Nuevamente aquí obra la costumbre a espaldas de la ley.

**295.—Adopción conjunta de los cónyuges.**— Excepcionalmente la ley permite a los cónyuges adoptar conjuntamente seres de uno u otro sexo. La adopción es un acto personal y singular, en el sentido de que sólo una persona puede adoptar; pero respecto a los cónyuges se hace una excepción; sólo opera cuando ambos cónyuges, y no uno solo, efectúan la adopción, para darle al adoptado el carácter de hijo respecto al varón y a la mujer.

Finalmente, cuando sólo uno de los cónyuges adopta necesita de la autorización del otro.

295-bis.—El tutor o curador no puede adoptar al que tiene o ha tenido en guarda, hasta que éste haya cumplido la edad de dieciocho años, y a aquél le hayan sido definitivamente aprobadas

las cuentas de la tutela o curaduría y quedado a paz y salvo en su administración (art. 276 del c. c.).

**296.—2º — Condiciones requeridas en el adoptado.**— El consentimiento si el adoptado es mayor o de su representante legal si es menor. Regla de ninguna aplicación, por cuanto los seres adoptados generalmente son aquellos de poca edad y que carecen de padres y representante legal.

### Nº 2º

#### *Formalidades para la validez de la adopción.*

**297.**—Tres son las formalidades para la validez de la adopción: 1ª Autorización judicial; 2ª Escritura pública, y 3ª Inventario solemne de bienes en caso de que el adoptado los tenga.

1.—*Autorización judicial.*—Trátase de personas mayores o de menores, quien pretende adoptar debe obtener permiso del juez de circuito del domicilio del adoptado. Pero si además el adoptado fuere menor, el juez exigirá caución al adoptante del cumplimiento de sus obligaciones y tomará todas aquellas providencias necesarias en beneficio de la persona del adoptado.

2.—*Escritura pública.*—La adopción debe constar en escritura pública debidamente registrada.

3.—*Inventario solemne.*—El adoptante deberá extender inventario solemne o judicial de los bienes de que sea titular el adoptado (art. 278 del c. c.).

### Nº 3º

#### *Efectos de la adopción.*

**298.**—La adopción de una persona produce importantes efectos. 1. El adoptante adquiere la calidad de padre o madre y el adoptado la de hijo legítimo. En consecuencia, sobre el padre o madre adoptantes pesan todas aquellas obligaciones que pesan sobre los padres legítimos. El padre o madre adoptivos serán titulares de los derechos de patria potestad en caso de que el hijo adoptivo sea menor de edad, o de los de la curaduría en caso de que cayere en incapacidad por enfermedad mental. 2. Si el hijo adoptivo tuviere bienes el adoptante será su representante legal en las mismas condiciones que lo es el padre o madre legítimos sobre sus hijos. 3. La adopción extingue la representación legal a que estaba sometido el adoptado (art. 281 del c. c.). 4. El hijo adoptivo puede heredar al padre por testamento en caso de que no haya descendientes legítimos, y si los hubiere sólo tendrá derecho a la décima parte de los bienes. 5. El adoptante en ningún

caso podrá ser heredero del adoptado (art. 282 del c. c.). 6. El padre o madre adoptantes pueden nombrar tutor o curador al adoptado por testamento o por acto entre vivos, con tal que donen o dejen al hijo alguna parte de sus bienes (arts. 283 y 450 del c. c.).

## Nº 4º

*Extinción de la adopción.*

**299.—La adopción se extingue.**— 1º Por la revocación que de ella haga el adoptante; 2º Por la muerte del adoptante o del adoptivo, y 3º Por tener descendencia legítima el adoptante.

En cuanto a la primera causal de revocación es necesario tener en cuenta que en principio la adopción efectuada legalmente es irrevocable; sólo puede revocarse en estos casos concretos: 1. Por haber cometido el hijo adoptivo injuria grave contra el padre o madre adoptantes, o contra su honor o bienes o contra alguno de sus ascendientes; 2. Por no socorrer al adoptante en el estado de demencia o destitución, pudiendo; 3. Por casarse sin el consentimiento del adoptante; 4. Por haber cometido un delito a que se haya aplicado alguna pena superior a cuatro años de prisión o presidio (arts. 284 y 1.266 del c. c.). En caso de que el hijo se opusiere a la revocación de la adopción se seguirá un juicio para que se decida si el adoptante tiene o no razón legal para revocar (art. 285 del c.c.).

Revocada válidamente la adopción, volverán la persona y bienes del adoptivo al poder o a la guarda de la persona de quien dependía el adoptivo antes de la adopción, si dicho adoptivo no tuviere la libre administración de sus bienes (art. 286 del c. c.).

IV

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

# PRIMERA DIVISION

## CARACTERES GENERALES DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

**300.—Bibliografía.**— Luis Felipe LATORRE, *Doce Leyes*. José J. Gómez, *El nuevo régimen de bienes en el matrimonio*, 2ª ed., 1942. J. Rodríguez Fonnegra, *Régimen de los bienes determinados por el matrimonio*, 1945. Jossierand. *Cours de Droit Civil...*, III, 1940, 3ª ed. Planiol, Ripert, Nast, *Tratado práctico de Derecho civil*, Tomos 8º y 9º, trad. de Díaz, 1938 y 1939. *Derecho de Familia*, Theodor Kipp y Martín Wolff, t. IV, vol. I, 1941.

301.—Dijimos que el matrimonio crea entre los cónyuges dos sociedades: una de personas y una de bienes. Estudiadas las reglas que gobiernan la primera, nos corresponde abocar el estudio de la sociedad de bienes en la familia legítima, estudio conocido con el nombre de régimen económico matrimonial, porque evidentemente se trata de saber cuál es el estatuto que dirige los intereses pecuniarios de los esposos bien sea en sus relaciones recíprocas, bien en sus relaciones con terceros.

Al paso que las reglas que gobiernan la sociedad de personas (Derecho de familia puro) en el matrimonio son de orden público, se hallan establecidas previamente por la ley, y contra las cuales es impotente la voluntad de los contrayentes, pues, no pueden descartarlas, ni modificarlas, no así en tratándose de las reglas que gobiernan la sociedad de bienes: los contrayentes pueden antes del matrimonio regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes que aporten al matrimonio, como de los que por cualquier causa adquieran durante él, su distribución una vez disuelto, etc. La ley, empero, consultando las costumbres y el medio ambiente, ha elaborado un estatuto de régimen de bienes en el matrimonio para todos aquellos contrayentes que de manera expresa quieran someterse a él, y para todos aquellos que no elaboraron ninguno. Este estatuto recibe el

nombre de régimen de derecho común o régimen legal. El estatuto que los cónyuges elaboran antes del matrimonio relativamente a los bienes que aportan, a su distribución, a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro, recibe el nombre de "Capitulaciones matrimoniales" (art. 1.771 del c. c.).

**302.—Plan.**—I.—Caracteres generales del régimen económico matrimonial o capitulaciones matrimoniales. II. El régimen económico matrimonial de derecho común. III. El régimen de separación de bienes.

**303.—El régimen económico matrimonial es un contrato.** Es necesario ver en el estatuto que gobierna el régimen de bienes en el matrimonio un verdadero contrato, si bien de características especiales. Es contrato por cuanto en su base existe siempre un acuerdo de voluntades, expreso o tácito. Expreso, cuando los cónyuges antes del matrimonio regulan la condición jurídica de los bienes que aportan al matrimonio y de los que adquieren después de él; tácito, cuando al no celebrar capitulaciones matrimoniales se presume de derecho que han adherido al estatuto elaborado por la ley. Es contrato de características especiales, porque extrae del contrato de matrimonio cierta naturaleza, como el de su inmutabilidad.

Estudiaremos: 1. Requisitos del contrato de régimen económico matrimonial; 2. El contenido de este contrato.

## SECCION PRIMERA

### REQUISITOS DEL CONTRATO DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

304.—Algunos requisitos o condiciones se refieren al fondo del contrato de régimen económico matrimonial; otros a la forma y tiempo en que debe celebrarse; además la ley ha establecido las sanciones del caso para cuanado se violan algunos de dichos requisitos.

#### I

#### *Requisitos de fondo.*

305.—Hacen referencia a la expresión de una voluntad en los contrayentes exenta de vicios, y a la capacidad de los mismos.

a) *Consentimiento*.—Debe estar exento de vicios: error, dolo, y violencia. En este sentido los vicios del consentimiento no son los mismos ni tienen el mismo alcance que los del consentimiento que se requiere para el matrimonio, pues, vimos que en dicho acto no se concibe el dolo ya provenga de alguno de los esposos o de un tercero; en cambio, en el relativo al régimen de bienes sí se tiene en cuenta como en los demás contratos que versan sobre cosas. Esto se debe a la diferente naturaleza de los dos contratos, o sea el del acto de matrimonio y el relativo al régimen de bienes, aunque el que estudiamos sea accesorio al primero (Josserand, III, p. 216; Planiol, R. Nast, t. 8º, p. 52).

306.—b) **Capacidad**.—Tradicionalmente se ha regido la capacidad para celebrar el contrato de régimen de bienes por las mismas reglas de la capacidad para celebrar el matrimonio, en forma que las personas capaces para el matrimonio lo son para celebrar el contrato sobre bienes, y los incapaces para aquél lo son también para este último. Dicha regla se ha enunciado desde los romanos con el aforismo de "Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia".

El art. 1.777 del código la enuncia así: "El menor, hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con la aprobación de la persona o personas cuyo consen-

timiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipoteca o servidumbres. Para las estipulaciones de esta clase será siempre necesario que la justicia autorice al menor. El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor...”.

Mas no en todos los casos la capacidad para el matrimonio es de la misma naturaleza a la capacidad para el contrato de régimen de bienes.

307.—1º En cuanto a los menores tiene perfecta aplicación la regla de *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*. Pueden celebrar libremente el matrimonio y el contrato de régimen de bienes los varones mayores de 21 años y las mujeres mayores de 18. Pero los varones mayores de 14 y las mujeres de 12 pueden celebrar el matrimonio debidamente autorizados. En las mismas condiciones pueden celebrar el contrato de régimen de bienes. Las personas llamadas a autorizar el contrato de capitulaciones matrimoniales son las mismas que autorizan el matrimonio.

Las únicas excepciones que se hace a la regla de “*habilis ad nuptias... , etc.*”, son las indicadas en el mismo art. 1.777 del código o sea las relativas: a) A la renuncia de los gananciales, y b) A la enajenación de bienes raíces. Estas limitaciones a la capacidad del menor son subsanadas con la respectiva autorización judicial.

308.—2º Los mayores incapaces por enfermedades mentales, sordomudez y disipación necesitan de la autorización de su curador para celebrar el contrato de régimen de bienes en el matrimonio; lo cual indica que aquí se descarta la aplicación de la máxima *habilis ad nuptias habilis... , etc.* Así el disipador puesto en interdicción es hábil para contraer matrimonio, mas no para celebrar el contrato de régimen de bienes en el matrimonio, para el cual necesita estar autorizado por su curador.

Estas incapacidades están sometidas a las mismas limitaciones de los menores, es decir, en cuanto a renuncia de gananciales y enajenaciones de bienes inmuebles necesitan autorización judicial.

3º—La regla *habilis ad nuptias habilis... , etc.*, tiene aplicación en los demás casos en que de manera expresa no se haya descartado. Así los impedimentos absolutos o relativos para contraer matrimonio, lo son igualmente para celebrar contrato sobre régimen de bienes.

## II

*Requisitos de forma.*

309.—El contrato de régimen de bienes o capitulaciones matrimoniales debe otorgarse por escritura pública, es decir, ante un notario y mediante la presencia de los futuros contrayentes o de mandatarios legalmente constituídos (art. 1.772 del c. c.). Pero cuando los bienes aportados al matrimonio no ascienden conjuntamente a mil pesos (\$ 1.000.00), y en el contrato no se constituyen derechos sobre bienes raíces bastará que conste en escritura privada firmada por los esposos y por tres testigos domiciliados en el territorio de la República (art. 1.777 del c. c.).

Si en el contrato de capitulaciones se establecen derechos sobre bienes raíces, requiérese que la escritura sea debidamente registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados. En esto se sigue el derecho común.

## III

*Epoca en que debe celebrarse el contrato.*

310.—Este contrato debe otorgarse necesariamente antes del matrimonio; y puede ser resuelto, adicionado o corregido antes del matrimonio. Pero las adiciones o alteraciones que se hagan al contrato primitivo para que tengan valor deben reunir estas dos condiciones: 1ª Entre las partes no tienen valor las adiciones o alteraciones no hechas en la misma forma que las capitulaciones primitivas, es decir, mediante escritura pública (art. 1.779 del c. c.); 2ª Para que las adiciones o alteraciones valgan no sólo entre los contrayentes, sino que además produzcan efectos respecto a terceros, debe ponerse un extracto o minuta de las alteraciones o adiciones al margen del protocolo de la primera escritura (art. 1.779, inc. 2º).

Por extracto o minuta se entiende la transcripción de aquellas cláusulas de la nueva escritura que modifiquen el régimen de bienes elaborado, por ejemplo la cláusula que contiene una donación complementaria, el aporte de un nuevo bien, etc.

## IV

*Sanciones para la ausencia de alguno de los requisitos.*

311.—a) La no celebración del contrato de régimen de bienes o capitulaciones matrimoniales en el tiempo oportuno, es decir, antes del acto del matrimonio, deja sin valor el que los contrayentes celebren una vez casados. En este caso se aplicará el

contrato de derecho común (art. 1.774 del c. c.). Esta sanción es constante e invariable.

b) En cuanto a la falta del consentimiento, o la expresión de un consentimiento viciado, se aplica el derecho común, es decir, las sanciones para los contratos que versan sobre cosas y no las que existen para el acto del matrimonio. En general: la regla *habilis ad nuptias* . . . , etc., no se aplica en materia de nulidades. Así un error sobre la causa, o sobre el objeto (errores obstáculos) producen inexistencia del contrato; el error sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa, o sobre una calidad accidental que constituye el principal motivo para contratar (art. 1.511 del c. c.) produce la anulabilidad del contrato. Igualmente en lo relativo al dolo y a la violencia. En una palabra: el sistema de nulidades en el contrato de capitulaciones matrimoniales es diferente al sistema de nulidades en el matrimonio.

c) También las dos teorías siguen caminos separados en materia de capacidad, pues, al paso que el matrimonio celebrado entre dos púberes sin la autorización de las personas indicadas por la ley no produce la nulidad del matrimonio, sino la sanción indicada por los arts. 124 y 125 del código. (V. Nos. 57 y ss. de este volumen), en cambio, en cuanto al contrato de bienes o capitulaciones matrimoniales la ausencia de la autorización produce la nulidad del contrato; una nulidad simplemente relativa por tratarse de incapaces relativos.

Pero la renuncia de gananciales o constitución de derechos sobre bienes raíces sin la respectiva autorización judicial produce una nulidad absoluta (arts. 1.523 y 1.741 del c. c.).

d) Siendo los requisitos de forma, especialmente el de la escritura pública, un requisito *ad solemnitatem*, su ausencia produce inexistencia.

312.—De lo expuesto se deduce: 1º Las nulidades del contrato de régimen de bienes o capitulaciones matrimoniales son absolutas o relativas, o sea que se aplica el derecho común; 2º ¿Cuál es el efecto de la nulidad judicialmente pronunciada? 3º El sistema de nulidades del contrato de régimen de bienes en relación con el acto del matrimonio, y 4º Cuándo la nulidad constituye un todo indivisible que afecta todo el contrato y cuándo afecta sólo una o más de las cláusulas insertadas en el contrato sin quitar validez o las otras.

Nº 1.—*Las nulidades son absolutas o relativas.*

313.—Indica que las sanciones para la ausencia de alguno de los requisitos o condiciones del contrato de régimen de bienes no son iguales, ni pueden revestir una misma intensidad.

Esta división de las nulidades en absolutas y relativas en materia del régimen de bienes no ha sido controvertida en nuestra doctrina. No así en la doctrina y jurisprudencia francesas en donde se ha establecido que las nulidades en este contrato son siempre absolutas; que el derecho común no tiene aplicación en tratándose del régimen de bienes en el matrimonio. Los argumentos de la jurisprudencia francesa para afirmar dicha tesis son así:

1º—El principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales exige que el régimen pecuniario de los esposos sea fijado de una vez por todas desde la celebración del matrimonio; no debe depender de la voluntad de los esposos o de uno de ellos, demandando o absteniéndose de demandar la nulidad del contrato, el sustituir el régimen contractual por el legal o de derecho común; el contrato debe ser para siempre nulo o válido; entre estas dos soluciones extremas no hay lugar para una posición intermedia.

2º—La protección de los intereses legítimos de terceros hacen el que se derogue el derecho común y se adopte un estatuto uniforme.

3º—Finalmente al facultar a los cónyuges para que se ratifiquen o anulen el contrato equivale a quitar a la sociedad conyugal la seriedad y firmeza que debe tener (Josserand, III, p. 226 y ss.). Además esa facultad de ratificar o anular las capitulaciones rompe las reglas de la lógica; ya que no pudiendo los esposos celebrar, ni modificar, ni invalidar el pacto sobre bienes una vez celebrado el matrimonio (principio de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales), no se justifica el que dependa de ellos revalidarlo (renunciando a pedir la nulidad cuando ésta es relativa) o invalidarlo (solicitando la nulidad sea absoluta o relativa). Según la doctrina sobre nulidades para ratificar un acto nulo, hay que llenar las condiciones exigidas para celebrar el mismo acto, y no pudiendo los esposos durante el matrimonio celebrar pacto alguno sobre régimen de bienes tampoco podrán revalidarlo (Planiol, Ripert, *Nast.* t. 8º, p. 117).

Esta jurisprudencia de los tribunales franceses ha merecido con razón ardientes críticas. El primer argumento no es de una validez ni lógica definitivas. Es verdad que hay que defender el principio de la inmutabilidad de las convenciones sobre régimen de bienes; pero la jurisprudencia criticada no es lógica consigo misma, porque si todas las nulidades deben tener carácter absoluto, dedúcese que cuando los cónyuges o un tercero piden y obtienen la declaración de esa nulidad se ha cambiado el régimen contractual por el legal; ha dependido, por tanto de la voluntad de los cónyuges o de un tercero el que se rompa el mencionado principio de la inmutabilidad del pacto sobre régimen de bienes. Además, no debe perderse de vista que dicho pacto es necesariamente accesorio al acto del matrimonio; ahora bien: si cuando el

matrimonio es anulable relativamente se permite a los cónyuges el revalidarlo, ¿por qué no podrá operar dicha revalidación en tratándose de un pacto accesorio al mismo como lo es el de las capitulaciones matrimoniales? Finalmente: la regla de la inmutabilidad de las capitulaciones no debe llevarse hasta sus últimas consecuencias, ni sobrepasar su finalidad; dicha regla no significa otra cosa sino que celebrado el acto del matrimonio no es dable a los esposos modificar ante sí y por sí el pacto de régimen de bienes, ni cambiarlo por otro; y la solicitud de la nulidad o revalidación de la misma no menoscaba la regla en su sentido normal.

En la doctrina colombiana no ha sido objeto de discusión esta tesis; por tanto en ella se aplica el derecho común de las nulidades sobre los contratos de cosas.

#### Nº 2.—*Efectos de la nulidad.*

314.—Sustituye el régimen contractual por el régimen de derecho común. La nulidad de las capitulaciones no afecta en nada la validez del matrimonio; en cambio la nulidad de éste anula las capitulaciones. En esto se acusa el carácter de accesorio que tiene siempre el pacto sobre régimen de bienes en relación con el matrimonio.

#### Nº 3.—*Nulidades que afectan el contrato y nulidades que sólo afectan una o más cláusulas.*

315.—Existen vicios que afectan la estructura del contrato, que una vez pronunciada la nulidad por uno de esos vicios lo hacen desaparecer totalmente; como lo son los vicios o falta de los requisitos de forma (la escritura pública) o los requisitos de fondo, como el consentimiento viciado, o incapacidad de uno o ambos de los contrayentes.

Pero existen otros vicios que no afectan todo el contrato, sino que apenas lo desvirtúan en su finalidad. En este caso no se invalida el contrato, sino que simplemente serán nulas las cláusulas (y por tanto se mirarán como no escritas) que atenten contra los fines del contrato. Ejemplos: 1. Los vicios de forma y de fondo afectan el contrato en su estructura; hacen que el contrato se invalide en su totalidad; 2. La cláusula insertada en el contrato en virtud de la cual la mujer queda exonerada de la obligación de seguir el domicilio del marido, o en la que se le otorga la patria potestad sobre los hijos que procreen, son cláusulas eminentemente inmorales, atentan contra el orden público y son nulas de nulidad absoluta pero sólo las cláusulas, es decir, que el resto del contrato permanece en pie.

## SECCION SEGUNDA

### NATURALEZA Y CONTENIDO DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

316.—El contrato sobre régimen de bienes en el matrimonio es un verdadero reglamento de las relaciones de orden económico a que se someten los futuros esposos durante el matrimonio; un *modus vivendi*. Por tanto todo contrato de esta naturaleza debe establecer las normas respecto a los bienes que aportan al matrimonio, en cuanto a la administración y usufructo de los mismos, y en cuanto a las donaciones y concesiones que se quieran hacer los cónyuges el uno al otro, de presente o futuro (art. 1.771 del c. c.); e igualmente a la forma como contribuirán a los gastos del hogar y a los de educación y crianza de los hijos comunes.

Interesa dilucidar: 1º La regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; 2º Tipo de contratos de bienes que tradicionalmente han servido de base al régimen de económico matrimonial; 3º Libertad de los cónyuges en escoger el régimen económico matrimonial y restricciones a esta libertad; 4º Reglas especiales relativas a la constitución de dote o donaciones que se hacen los esposos con ocasión del matrimonio.

#### I

#### INMUTABILIDAD DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

317.—Los cónyuges han de celebrar el contrato sobre régimen de bienes del matrimonio; si no celebran ninguno, o el que celebran se invalida, de plano quedan gobernados por el régimen legal o de derecho común. La ley persigue que durante la existencia del matrimonio (desde el principio hasta su disolución o nulidad) los esposos estén gobernados siempre por un mismo régimen, ya sea el que celebraron ellos, ya sea el de derecho común. A este efecto se prohíbe que celebrado el matrimonio celebren convención de régimen de bienes descartando el de derecho común; igualmente no pueden derogar la convención que celebraron antes del matrimonio para adoptar el de derecho común; tampoco pueden modificar el régimen que adoptaron. Es

decir: que las convenciones matrimoniales son inmutables. ¿Cuál es la razón de ser de esta regla y cuál es su alcance?

1º—A pesar de ser el régimen económico matrimonial un contrato que versa sobre cosas y al que se aplican muchas de las reglas de estos contratos, no obstante se deroga el derecho común en el sentido de que no puede derogarse ni modificarse por el simple acuerdo de voluntades; lo cual se debe a que por ser un contrato accesorio al matrimonio se quiere que en principio participe de cierta naturaleza de él; en consecuencia: si en ningún caso es dable que por mutua voluntad los cónyuges disuelvan el matrimonio, tampoco es dable que por su voluntad disuelvan o modifiquen el contrato accesorio sobre bienes.

2º—Se quiere proteger a los terceros, quienes deben saber de una vez para todas cuál es la situación jurídica de las relaciones de orden económico a que están sometidos los esposos. Argumento de relativa validez.

3º—Es consecuencia de la prohibición de hacerse donaciones los cónyuges por acto entre vivos durante el matrimonio a fin de proteger a los terceros. Argumento éste presentado por casi todos los autores pero de poca validez para defender la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. ¿Por qué no puede funcionar la regla de la prohibición de hacerse los cónyuges donaciones durante el matrimonio sin la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales?

318.—Algunos argumentos de menos valía son presentados para defender esta regla de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial; y valga la pena de advertir ninguno satisface plenamente. Y es que dicha regla de las convenciones matrimoniales, por más que cuente con el respaldo de la tradición, se debe poner en discusión dentro de la ciencia jurídica contemporánea. Dentro de un mejor sistema de publicidad del régimen económico matrimonial puede continuamente mantenerse al corriente a los terceros de las modificaciones o cambios de régimen que hicieran los esposos durante el matrimonio. Además: el régimen económico matrimonial como pacto accesorio al matrimonio debe seguir las reglas generales de los contratos que versan sobre cosas; el hecho de que sea accesorio no indica que ha de tomar cierta naturaleza del contrato principal. Finalmente: ¿por qué motivo los esposos han de quedar para siempre prisioneros de un régimen económico que pudo serles beneficioso en un tiempo, pero que actualmente puede causarles perjuicios? “Se observa que esta regla, sin presentar un carácter de necesidad absoluta, sobre todo en una época en que la mujer ha obtenido el pleno ejercicio de su capacidad civil, en que su independencia respecto a su marido se afirma cada vez más y en donde el abuso del principio de autoridad (potestad marital) no es de temer”

como sucedía antiguamente, "puede reclamar consideraciones que no están desprovistas de valor; se explica así que el derecho mundial se haya dividido acerca del valor de esta regla; mientras que la regla de la inmutabilidad se aplica en Bélgica, Italia... , España (art. 1.321 del c. c.), Portugal, Argentina (art. 1.253 del c. c.), Brasil (art. 256) y en otros países, el código civil alemán admite, en cambio, que los esposos pueden, después de celebrado el matrimonio, disolver o modificar el régimen económico matrimonial (art. 1.432); igualmente el código suizo (art. 179) estipula que el contrato de matrimonio (capitulaciones matrimoniales) se puede celebrar antes o después de la celebración del matrimonio, pero añadiendo que el contrato celebrado durante el matrimonio no puede atacar los derechos que los terceros tuvieran sobre los bienes de los esposos" (Josserand, III, p. 252 y 253).

El art. 1778 del código que consagra la regla de inmutabilidad de las convenciones debe ser rectificado.

**319.—¿Cuál es el alcance de esta regla?** Una primera limitación que es necesario indicar a esta regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, es la de que ella opera sólo en aquellos casos en que la convención es plenamente válida; es decir, no está atacada de ningún vicio que la haga anulable.

La segunda limitación o sea el cambio del régimen económico matrimonial por otro régimen, independientemente de la existencia del matrimonio, está constituida por aquellos casos en que de acuerdo con la ley se cambia el régimen de derecho común por alguna de las causales contempladas por la ley. Así el divorcio o separación de cuerpos, sin disolver el vínculo matrimonial, cambia el régimen económico matrimonial porque estaban gobernados los esposos por el de absoluta separación de bienes (es bueno advertir que la ley contempla el caso normal o sea el de que los esposos estén gobernados por el régimen de derecho común o régimen de sociedad conyugal, cuando al hablar de los efectos del divorcio dice que dicha sociedad conyugal se disolverá y quedarán los esposos sometidos al régimen de separación absoluta de bienes; pero cualquiera que sea el régimen a que estén sometidos los esposos, bien sea un régimen contractual, la declaratoria de divorcio lo hace cambiar por el de separación absoluta de bienes).

Finalmente la regla de la inmutabilidad de las convenciones sólo hace referencia a aquellas partes que son de la naturaleza de las convenciones o pacto de familia; quedan excluidas aquellas que no son emanación directa del régimen de bienes. Así, por las capitulaciones matrimoniales es factible el que la mujer otorgue mandato general al marido para la administración de sus bienes; pero como el mandato es esencialmente revocable, el hecho de que conste en el contrato de régimen de bienes no le quita tal natu-

raleza; la mujer puede cuandoquiera revocar dicho mandato, quedando en firme el resto de la capitulación.

## II

### PRINCIPALES TIPOS DE REGIMENES ECONOMICOS MATRIMONIALES

320.—A pesar de la inmensa variedad de contratos sobre régimen económico matrimonial, ellos pueden, según su modalidad, reducirse a tres tipos principales: 1. El régimen económico matrimonial de comunidad o sociedad conyugal; 2. El régimen de separación absoluta de bienes, y 3. Régimen intermedio en donde existe una combinación de los dos anteriores.

En cada uno de los regímenes mencionados puede constituirse la dote o donaciones que los esposos se hagan el uno al otro o un tercero a los esposos con ocasión del matrimonio. La dote, en nuestra legislación no constituye un régimen económico matrimonial tipo.

#### a) *El régimen de comunidad o sociedad conyugal.*

321.—Se caracteriza este régimen en que lo esposos convienen en que todos los bienes que aportan al matrimonio o parte de ellos, como igualmente respecto a los que adquieran posteriormente, entran a formar parte de una sociedad o comunidad y de la cual son socios únicamente ellos. Como dicha sociedad se forma sólo entre los cónyuges tradicionalmente ha recibido el nombre de "sociedad conyugal". Dicha sociedad o comunidad se disolverá algún día; a su disolución los bienes sociales (bienes que formaban parte de la sociedad) se reparten en dos partes (generalmente iguales) la que se distribuye a cada cónyuge o a sus herederos.

La esencia del régimen de sociedad o comunidad, a pesar de los diversos matices que pueda revestir, está constituida por la existencia de una masa de bienes indivisa entre los esposos y proveniente de ambos o de uno de ellos; masa común que está afectada de manera especial a los intereses de la familia.

Nada más es esencial para que exista el régimen de comunidad o sociedad conyugal; que sea el marido el jefe y administrador de la comunidad, o que no se reparta en partes exactamente iguales la masa común entre los esposos, o que los bienes provengan de uno sólo de los cónyuges o inclusive de la donación que un tercero hace a uno de ellos, que la masa común se integre con todos los bienes de los cónyuges o con sólo una parte limitada, o que actualmente esa masa común no tenga bienes apre-

ciables, ninguna de estas circunstancias sirve para caracterizar este régimen.

La mayor parte de los legisladores, como la doctrina más general han encontrado este régimen como el más aceptable y que más se compagina con los altos fines de la familia legítima. Porque de la misma manera, se dice, que las personas se han unido en matrimonio deben unirse también sus bienes.

**322.—Caracteres de la masa común.**—1º — Dicha masa común o bienes sociales puede estar integrada por bienes de ambos cónyuges que aportan ya sea en partes iguales o no, o ya sean bienes aportados por sólo uno de los cónyuges.

2º—No es necesario que esa masa común exista en el momento de contraer el matrimonio, pues, puede suceder que ninguno de los esposos tengan bienes al casarse, o aunque los tengan estipulen que no adquieren el carácter de sociales; la masa común puede formarse únicamente con los bienes adquiridos durante la existencia de la sociedad.

3º—En el régimen de comunidad o sociedad conyugal generalmente es necesario distinguir tres clases de bienes: a) Los bienes de la masa común o bienes sociales; b) Los bienes propios del marido, y c) Los bienes propios de la mujer. Naturalmente que si se estipula una comunidad universal, es decir, que a la masa común entran todos los bienes tanto del marido como de la mujer que aporten al matrimonio o adquieran durante él, no cabría hacer la anterior distinción; c) Que la administración de los bienes sociales la tenga el marido es cosa que no forma parte de la esencia del régimen de comunidad o sociedad conyugal en nuestra actual legislación positiva; en el antiguo sistema del código puede decirse que sí era de la esencia del régimen de comunidad el que el marido tuviese la administración de los bienes sociales, por cuanto a la mujer casada se la consideraba incapaz y el representante de la comunidad o sociedad era imperativamente el marido. Hoy día y como consecuencia de la supresión de la incapacidad para las mujeres casadas, los bienes sociales son administrados por cada cónyuge; en todo caso es bueno advertir que la administración separada en cabeza de cada cónyuge, no se opone a la existencia de una masa común de bienes divisible entre los cónyuges, es decir, el régimen de comunidad (V. J. J. Gómez, ob. cit., p. 43 y ss).

b) *El régimen de separación absoluta de bienes.*

303.—Se caracteriza por cuanto en él no existen bienes sociales, es decir, una masa común; cada cónyuge es dueño absoluto y exclusivo de los bienes que tenga al contraer el matrimonio como de los demás que por cualquier causa adquiera durante él. A la

disolución del matrimonio no hay bienes para repartir ni para devolver a los cónyuges.

Como se ve es un sistema completamente opuesto al anterior; no ha sido mirado con buenos ojos por ningún legislador y muy raramente es pactado de manera expresa por los cónyuges antes de contraer matrimonio. Está previsto y reglamentado en nuestra legislación como régimen de excepción para aquellos casos en que se suspende la vida común entre los cónyuges, o se hace necesario disolver la sociedad conyugal a que estaban sometidos, y por eso recibe el nombre de "régimen judicial de separación de bienes" por cuanto su fuente rara vez es el contrato, sino más bien una sentencia judicial.

c) *Combinación de los dos sistemas expuestos.*

324.—Puede suceder que los esposos pacten que determinados bienes entran a formar parte de la comunidad y otros no; que los primeros se gobiernen por las reglas generales del régimen de comunidad o sociedad conyugal y los otros por el del régimen de separación absoluta de bienes. En este caso se han combinado los dos regímenes tipos; empero desde el momento en que existan bienes comunes o sociales se dice generalmente que existe régimen de comunidad.

### III

#### LIBERTAD DE LOS CONYUGES EN ESCOGER EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL Y RESTRICCIONES A ESTA LIBERTAD

325.—Vistos los regímenes tipos que sirven de modelo al contrato de bienes con ocasión del matrimonio o capitulaciones matrimoniales veamos qué deben contener esta clase de contratos.

1º—Se deben expresar con claridad los bienes que cada uno de los cónyuges tiene al momento de contraer matrimonio y la situación jurídica de ellos, es decir, los gravámenes que tengan, etc.

2º—Se debe expresar si todos esos bienes van a integrar la sociedad conyugal (esto en caso de que se adopte dicho régimen) o si sólo una parte de ellos, quedando otros que se someten al régimen de separación absoluta.

3º—En cuanto a los bienes que se aporten a la sociedad se debe expresar el valor de ellos (art. 1.780 del c. c.).

4º—Debe hacerse una razón circunstanciada de las deudas de cada cónyuge al momento de hacerse el contrato (art. 1.780 del c. c., inc. 2º), como igualmente de las acreencias.

5º—Se deben expresar las donaciones y concesiones que los cónyuges quieran hacerse con ocasión del matrimonio con las restricciones que más adelante se expondrán.

6º—En el régimen de sociedad conyugal debe establecerse el reparto de los frutos de los bienes que se aportan al matrimonio, como igualmente de aquellos bienes que se adquirieran durante la sociedad a título gratuito; igualmente debe establecerse el reparto de los bienes que provengan del trabajo de uno o de ambos de los cónyuges, que puede ser en partes iguales o en proporción al valor de los aportes o calidad del trabajo.

7º—Puede estipularse la forma como contribuirán los cónyuges a los gastos del hogar y al mantenimiento de los hijos que tengan.

8º—Finalmente, siendo el contrato de régimen de bienes en el matrimonio un verdadero pacto de familia, un *modus vivendi*, en él caben todas las demás cláusulas que los esposos estimen conveniente pactar.

El art. 1.776 del código establecía que “se puede estipular en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administrará una parte de sus bienes propios con independencia del marido; y en este caso se seguirán las reglas dadas en el título 9º, Cap. 3º del Libro 1º” (arts. 197 y ss. del c.c.), es decir, las reglas aplicables al régimen de separación de bienes; mas desde el punto de vista de la administración dicho texto legal carece de valor y significación, por cuanto hoy día el marido no tiene la administración de todos los bienes sociales y los propios de la mujer como en el sistema del código.

### **326.—Estipulación del régimen total de separación.—**

Los cónyuges pueden pactar el régimen de comunidad o sociedad conyugal; igualmente pueden pactar, y esto sucederá con frecuencia, una combinación de los dos regímenes tipos, es decir, someter unos bienes a las reglas aplicables a la sociedad conyugal y otros al régimen de separación. Se pregunta ahora: ¿pueden los cónyuges excluir todos los bienes del régimen de sociedad conyugal y someterlos todos al régimen de separación? Al poderse pactar equivale a establecer que no habrán bienes que tengan el carácter de sociales y por consiguiente que no habrá masa común para repartir el día que se disuelva el matrimonio. Por tanto la cuestión se resuelve en sí los cónyuges pueden pactar que no habrán gananciales durante la existencia del matrimonio. Nada se opone a que pueda pactarse dicho régimen. En el mismo sistema del código, el art. 1.775 decía que la mujer podía renunciar a los gananciales que resultasen de la administración del marido con tal que se hiciese antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad. ¿Por qué el código no daba esa facultad al marido? Por una razón sencilla; dentro del sistema derogado por la Ley

28 de 1932 el marido tenía la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal; en consecuencia todos los bienes que tuviesen el carácter de gananciales eran siempre administrados por el marido. De ahí el motivo por el cual el mencionado art. 1.775 del código decía que la mujer podía renunciar a los gananciales que resultasen de la administración del marido; y como la mujer no tenía en ningún caso administración de bienes sociales o de la masa común (aunque podía tener la administración separada de algún bien exclusivamente propio de ella y que por eso no tenía el carácter de social) por eso hubiese sido vano el conceder al marido el derecho de renunciar gananciales que resultasen de la administración de la mujer. Pero hoy día las cosas suceden de manera diferente. Tanto la mujer como el marido administran bienes que pueden tener el carácter de sociales o de la masa común; por tanto el marido sí puede renunciar a los gananciales que resulten de la administración de la mujer, y la mujer a los que resulten de la administración del marido. Dicha renuncia equivale sin más ni menos a pactar el régimen de separación total de bienes por el siguiente motivo: de acuerdo con la Ley 28 en su artículo 1º se creó el régimen de separación de administraciones, en forma que hoy no hay bienes sociales o masa común desde el punto de vista de la administración; cada cónyuge administra y dispone libremente de todos los bienes que aporte al matrimonio como de todos los demás que adquiera durante él por cualquier causa; la renuncia mutua de los cónyuges a los gananciales que resulten de esas administraciones separadas equivale a estipular el régimen total de separación de bienes con todas sus consecuencias, es decir, que no habría masa común para repartir el día de la disolución del matrimonio.

Ciertamente que dentro del sistema del código era prácticamente imposible pactar la separación total de bienes, ya que ello equivaldría a pactar que la mujer casada sería plenamente capaz para administrar y disponer libremente de sus bienes, lo que se oponía al principio de la incapacidad general que cobijaba a las mujeres casadas, principio que no podía ser derogado por la voluntad de los cónyuges por ser una regla imperativa, de orden público. No obstante un paliativo importante se encontraba en el texto del art. 1.776 del código que autorizaba pactar la separación respecto a alguna parte de los bienes; también al tenor del mismo texto legal se podía estipular que la mujer dispondría libremente "de una determinada suma de dinero o de una determinada pensión periódica" y dicho acto surtiría los mismos efectos que una separación parcial de bienes; "pero no será lícito a la mujer tomar prestado o comprar al fiado sobre dicha pensión o suma". Pero bien se ve que era apenas una separación parcial y que sólo podía recaer sobre bienes muebles; jamás podía recaer sobre bienes inmuebles.

**327.—En el contrato sobre régimen de bienes pueden pactarse cuestiones ajenas a él.**— Nada se opone a que en el contrato de capitulaciones matrimoniales se estipulen cuestiones que no atañen directamente al régimen de bienes; estas cuestiones ajenas no quedan sometidas al estatuto que gobierna el contenido propio del régimen económico matrimonial. Se hace necesario distinguir: 1º Cuestiones no sometidas al principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, y 2º Cuestiones que a pesar de anularse, disolverse o caducar la convención matrimonial, no obstante son irrevocables y no quedan cobijadas con la declaración de nulidad.

Entre las primeras deben mirarse aquellas que por su esencia son revocables como lo es el mandato general o especial; efectivamente: en las capitulaciones matrimoniales uno de los cónyuges puede otorgar mandato general al otro para que le administre sus bienes (art. 3º de la Ley 28 de 1932), mas éste contrato es revocable y el que quede dentro de una capitulación matrimonial no por eso pierde dicho carácter.

Entre las segundas cabe mencionar el reconocimiento de un hijo natural hecho por los esposos o por uno de ellos; siendo el reconocimiento un acto irrevocable, indica que la anulación, disolución o caducidad del contrato sobre régimen de bienes en donde se hizo no alcanza a coger el reconocimiento el cual permanecerá definitivamente válido.

**328.—Las restricciones a la libertad de los cónyuges en escoger su régimen económico matrimonial.**— La libertad de los futuros esposos en escoger su régimen económico matrimonial no es absoluta. Los límites están indicados por los artículos 16 y 1.773 del código. Según el primero, el cual tiene un alcance general para todos los contratos, no podrán derogarse por pactos particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres; según el segundo “las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes; no será, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro y de los descendientes comunes”. Vimos cómo la noción de buenas costumbres se engloba en la de orden público; además el art. 1.773 al decir que no podrán haber estipulaciones contrarias a las leyes, se está refiriendo a las imperativas o de orden público.

La noción de orden público tiene importantes aplicaciones en este contrato de régimen de bienes en el matrimonio; la autonomía de la voluntad encuentra en dichas leyes una barrera que le será imposible franquear. Veamos algunas aplicaciones.

**329.—I.—Imperio de las reglas del derecho de familia puro.**— Por el contrato de régimen de bienes no pueden de-

rogarse ninguna de las reglas de las que gobiernan las relaciones de orden personal entre los cónyuges y las de éstos para con los hijos. a) No puede estipularse que la mujer ejercerá la patria potestad sobre sus hijos, porque esa institución es de orden público, y la madre la ejercerá sólo en los casos indicados por la ley. b) Tampoco puede estipularse que el marido no ejercerá la potestad marital sobre la persona de la mujer; ésta deberá siempre obediencia al marido y estará obligada a seguir su domicilio, etc. c) Tampoco puede estipularse que la mujer queda exonerada de la obligación de fidelidad al marido, ni a la obligación que tienen de socorrerse mutuamente. Tampoco es válida la cláusula en la que se estipulara el número de hijos que habrán de procrearse. e) Ni la cláusula en virtud de la cual sólo uno de los cónyuges contribuirá a los gastos del hogar y de educación y sostenimiento de los hijos comunes; esta obligación está regulada por la ley y los cónyuges no pueden regularla en forma diferente.

**330.—II.—Repercusión del imperio de las reglas del derecho de familia puro en el régimen económico matrimonial.**—

Dijimos que los futuros esposos pueden pactar el régimen de separación total y absoluta de bienes; pero a pesar de ello subsistirán ciertas reglas imperativas, que hasta cierto punto mellan la aplicación del régimen de separación en toda su plenitud. En consecuencia: 1º Los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente; si sólo uno de ellos tiene bienes sobre él cae esa obligación respecto al otro. 2º Entre ambos deben contribuir a los gastos del hogar y educación de los hijos; si sólo uno de ellos tiene bienes sobre él cae esa obligación.

Cabe preguntarse: ¿pueden los cónyuges estipular el régimen de comunidad tal como se reglamentaba en el código? No lo pueden pactar integralmente, por cuanto dicho régimen estaba guiado por el principio de la incapacidad de la mujer casada; esa incapacidad fue suprimida, y bien sabido que las cuestiones referentes a capacidad de las personas son de orden público; la autonomía de la voluntad no puede crear incapacidades o suprimirlas o atenuarlas.

Se puede, eso sí, pactar que la mujer concede la administración de sus bienes al marido mediante un mandato general o especial; mas ese mandato puede estipularse no sólo en las capitulaciones sino en otro contrato distinto, como también puede celebrarse posteriormente al matrimonio; y en todo caso es esencialmente revocable, lo que indica que la mujer puede reasumir la administración de sus bienes cuando lo estime conveniente. En cambio, en el sistema del código, mientras existiese la sociedad conyugal el marido administraba los bienes de la mujer y de la sociedad conyugal por ministerio de la ley y la mujer no podía quitarle dicha administración.

**331.—III.—Cláusulas que atentan contra las buenas costumbres.**—Asimismo se mirará como no escrita la cláusula en virtud de la cual se impongan mutuamente los cónyuges la obligación de permanecer en estado de viudez a la disolución del vínculo matrimonial, o la que uno de ellos imponga al otro.

**332.—IV.—Cláusulas especiales.**—Sobre el mismo contrato de régimen de bienes, no puede estipularse que principie antes de la celebración del matrimonio o después; no puede someterse a término o condición de ninguna clase; el principio de que la validez del contrato de régimen de bienes se somete a la celebración del matrimonio y el de su inmutabilidad son reglas imperativas que no pueden descartar los esposos.

La invalidez de determinadas cláusulas del contrato de régimen de bienes por ser contrarias al orden público o a las buenas costumbres queda sometida al criterio del juzgador, quien decidirá siguiendo ciertos datos de orden moral o social que la misma realidad le suministrará.

#### IV

##### *Reglas especiales relativas a las donaciones con ocasión del matrimonio.*

**333.—**Nuestra costumbre como igualmente la ley (arts. 1.842 y ss. del c. c.) entienden por dote los bienes que se donan los esposos con ocasión del matrimonio como aquellos que les sean donados por un tercero. En este sentido la dote no es otra cosa sino la antigua donatio propter nuptias de los romanos.

La dote o donaciones por causa de matrimonio tienen dos fuentes: 1<sup>ª</sup> En un tercero que hace una donación a los cónyuges o sólo a uno de ellos, antes del matrimonio o después de su celebración, pero en todo caso en consideración al matrimonio; 2<sup>ª</sup> En la donación que se hacen entre sí los cónyuges, o solo uno de ellos al otro, antes de la celebración del matrimonio y en consideración a él.

**334.—I.—La dote proveniente de un tercero.**—Esta donación puede hacerse antes de la celebración del matrimonio o después. Si se hace antes puede constar en el respectivo contrato de régimen de bienes, mas ello no es necesario y por tanto puede hacerse después de la celebración del matrimonio, caso en el cual no podrá constar en el contrato sobre régimen de bienes. Pero sea que se haga antes del matrimonio o después de él, para que la donación se califique de dote se requiere se haga en consideración al matrimonio, es decir, que éste sea su causa próxima. Las donaciones de un tercero hechas a uno de los cónyuges in-

dependientemente de su estado de casado, no constituyen dote o donaciones por causa de matrimonio, y el estudio de ellas no se hace aquí.

### 335.—II.—La dote proveniente de los cónyuges entre sí.

La constitución de esta clase de dote sólo puede hacerse antes del matrimonio y puede constar en el respectivo contrato de régimen de bienes, aunque ello no es necesario. Celebrado el matrimonio no puede haber dote o donaciones provenientes de los cónyuges. La dote proveniente de los cónyuges tiene dos limitaciones: la indicada en cuanto al tiempo y otra relativa a su cuantía.

a) En cuanto al tiempo toda donación debe hacerse antes del matrimonio, es decir, antes que los novios tengan el carácter de cónyuges. La ley para proteger los intereses de terceros prohíbe las donaciones irrevocables entre cónyuges (arts. 1.195, 1.196 del c. c., y 3º de la Ley 28 de 1932). Estos sólo pueden hacerse donaciones revocables, es decir, donaciones por causa de muerte, las que sólo tienen efecto después del fallecimiento del donante (arts. 1.194 y ss. del c. c.).

Toda donación que se hagan los cónyuges vale como revocable o donación por causa de muerte (art. 1.196 del c. c.); pero el art. 3º de la Ley 28 de 1932 estableció que las donaciones irrevocables entre cónyuges son nulas de nulidad absoluta, es decir, que ni siquiera valdrán como donaciones revocables.

b) En cuanto a la cuantía ninguno de los futuros esposos podrá hacer donación al otro por causa de matrimonio sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare (art. 1.864 del c. c.). Esta limitación tiene por principal finalidad el proteger a los terceros.

336.—Las donaciones por causa de matrimonio o dote pueden ser de presente o futuro (art. 1.771 del c. c.). Serán futuras cuando consisten en promesas que un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, o que un tercero hace a uno de los esposos en consideración al matrimonio (art. 1.843 del c. c.); estas promesas o donaciones de futuro se sujetarán a las mismas reglas que las donaciones de presente y deberán constar por escritura pública o confesión de tercero (art. 1.843 del c. c.). Lo cual indica que un esposo no puede prometer más de la cuarta parte de los bienes que efectivamente aporte a la sociedad conyugal.

337.—Las donaciones por causa de matrimonio admiten modalidades.— Pueden sujetarse a un plazo o condición resolutorio o suspensivo y en general a cualesquiera condiciones lícitas (art. 1.845 del c. c.). Pero las modalidades ilícitas se mirarán como no escritas.

En el antiguo derecho español se acostumbraba a pactar la condición resolutoria de la donación hecha por un tercero y especialmente por los padres a sus hijos para el caso de que no tuviesen descendencia legítima en el matrimonio; la generalidad de esa clase de donación se extremó hasta el punto de que en las donaciones de terceros a los cónyuges se presumía esa condición resolutoria. Pero nuestro código reaccionó contra esa costumbre y esa es la razón del art. 1.847 que dice: "En las donaciones entre vivos (donaciones irrevocables) o asignaciones testamentarias (donaciones revocables), no se entenderá la condición resolutoria de faltar el donatorio o asignatario sin dejar sucesión, ni otra alguna, que no se exprese en el respectivo instrumento, o que la ley no prescriba".

Lo cual indica que las modalidades a que se sometían las donaciones por causa de matrimonio deben ser siempre expresas; que no existen condiciones suspensivas o resolutorias tácitas. Por tanto la condición resolutoria impuesta por un tercero a la donación que hace a uno de los cónyuges para el caso de que no haya hijos, no es considerada por la ley como ilícita, ni lo podría ser; simplemente estatuye que para que valga debe expresarse.

Naturalmente que desde que la donación se hace por causa de matrimonio "en todas ellas se entiende la condición de celebrarse o haberse celebrado" (art. 1.845, inc. 2º). Es, pues, la única condición tácita que se encuentra en esta clase de donaciones.

**338.—Revocación de las donaciones por causa de matrimonio en caso de nulidad.**— Para que proceda la revocación de las donaciones una vez declarada la nulidad del matrimonio se requiere: a) Que la donación hecha a los cónyuges conste en el contrato de capitulaciones matrimoniales o por escritura pública. Las donaciones que sólo se hicieron por escritura privada no pueden revocarse como aquellas que no se hicieron por escrito. b) Que en las capitulaciones o escritura pública se haya expresado la causa de la donación, es decir, que se hacía por causa del matrimonio. Pero la donación hecha por un esposo al otro en las capitulaciones matrimoniales o por escritura pública se presume hecha en consideración al matrimonio aunque no se haya expresado. c) La revocatoria no procede sino contra el cónyuge que contrajo el matrimonio de mala fe, o sea, conociendo el impedimento que había para su celebración; y no sólo contra el cónyuge de mala fe procede la revocación de las donaciones que se le hicieron por terceros o por su otro cónyuge, sino que él carece de la acción de revocación de las donaciones que haya hecho al otro cónyuge (art. 1.846 del c. c.).

Contra el cónyuge que contrajo el matrimonio de buena fe no hay lugar a revocar las donaciones o promesas que le hizo el otro (art. 150 del c. c.) ni las hechas por terceros (art. 1.846

del c. c.). Lo que quiere decir que el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio se anula tiene derecho a retener definitivamente lo que se le haya donado o acción para exigir lo prometido.

La revocación de las donaciones por causa de matrimonio sólo tiene lugar cuando el matrimonio se anula, mas no cuando se disuelve; nuestra legislación no contempla como causal de disolución sino la muerte de uno de los cónyuges, por tanto es incomprendible el art. 1.848 del código que dice: "Si por el hecho de uno de los cónyuges se disuelve el matrimonio antes de consumarse, podrán revocarse las donaciones que por causa de matrimonio se le hayan en los términos del art. 1.846..., etc.". Nuestra legislación civil no contempla esta causal de disolución del matrimonio, la cual es exclusiva del derecho canónico; motivo por el cual el art. 1.848 del código debe mirarse como no escrito.

**339.—Las donaciones por causa de matrimonio tienen afectación especial?** La dote o donaciones por causa de matrimonio en la generalidad de los casos están destinadas a procurar recursos para la constitución del hogar. Cabe preguntarse si dichas donaciones no quedan afectadas a ser gastadas exclusivamente en el establecimiento del nuevo hogar, o si el donatario puede darles una inversión diferente. Nuestra ley positiva no ha dado al respecto ninguna solución; en consecuencia aunque las donaciones por causa de matrimonio deben emplearse preferentemente en la constitución y establecimiento del hogar, nada impide que el cónyuge donatario dé otra destinación a esos bienes.

Pero extremando la cuestión cabe preguntarse aún: ¿puede el donante, especialmente cuando lo es el otro cónyuge, estipular, ya sea en el contrato de régimen de bienes o por escritura pública, que los bienes que se donan quedan afectados a los gastos del hogar exclusivamente sin poderles dar destinación distinta? Esta estipulación tiene pleno valor, pues, no atenta contra las buenas costumbres ni contra regla alguna de orden público; en nuestra legislación no está prohibida la afectación que se quiera dar a determinados bienes a un fin especial; las fundaciones nos presentan un ejemplo elocuente de bienes afectados a determinados servicios públicos, quedando prohibido darles una destinación diferente. Nada se opone, pues, a que los bienes donados se afecten a la constitución, organización y desenvolvimiento de una familia; esos bienes afectados así serían verdaderos "bienes de familia"; el titular de ellos, antes que ser el donatario lo sería la familia, la cual sería considerada como una fundación.

¿Pero mediante qué reglamentación podría asegurarse la afectación de esos bienes al servicio de una familia exclusivamente? ¿Cómo impedir que el cónyuge donatario o ambos de común acuerdo den una designación diferente a los bienes así afectados?

En Francia existe una interesante reglamentación para esos bienes y conocida con el nombre de régimen dotal. Importa al respecto: 1º Rasgos generales del régimen dotal francés; 2º Puede estipularse en Colombia en el contrato de bienes con ocasión del matrimonio dicho régimen?

Nº 1.—*Régimen dotal francés.*

340.—Este régimen se caracteriza no por la existencia de una dote o donación por causa de matrimonio, sino por el estatuto particular al cual se somete esa dote: prohibición de enajenarla durante el matrimonio, restitución de ella a la mujer cuando se disuelva el matrimonio, etc. Participan del carácter dotal sólo los bienes donados a la mujer y los que ésta quiera someter a dicho régimen. Los bienes de la mujer que no entran al régimen dotal y que ella usufructúa y administra, como si estuviese separada de bienes, reciben el nombre de “bienes parafernales”. Por tanto el régimen dotal es definido así: un régimen de separación de bienes que comporta una dote sometida a un estatuto especial.

El estatuto al cual se someten los bienes dotales se resume así:

241.—a) **Qué bienes son dotales.**—Son los bienes suministrados por la mujer al marido para soportar las cargas del matrimonio (art. 1.540 del cód. de Nap.). Esos bienes deben necesariamente constar en el contrato de capitulaciones matrimoniales y son: 1º Los bienes donados a la mujer con ocasión del matrimonio; 2º Aquellos que ella de manera expresa constituye en dote. En cuanto a los primeros se presume que son dotales a menos de declararse expresamente lo contrario; los segundos para que tengan el carácter de dotales debe mediar cláusula expresa.

Los bienes dotales son fuente de un verdadero régimen económico matrimonial; y como régimen de excepción debe estatuirse en el contrato de capitulaciones matrimoniales. Lo que indica que los bienes dotales están sometidos a la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, de lo cual se deduce: a) La dote debe constituirse antes del matrimonio; b) Constituida no puede ser aumentada o disminuida en el curso del matrimonio, y c) No puede ser modificada en sus elementos constitutivos.

342.—b) **Propiedad, administración y goce de los bienes dotales.**—1º La mujer es la propietaria de los bienes dotales; por tanto el marido no puede disponer de ellos, ni sus acreedores perseguirlos; y a la disolución del régimen dotal deben serle restituidos en especie a la mujer. 2º Sobre los bienes dotales tiene el marido, como jefe de la familia, el derecho de per-

cibir los frutos (art. 1.549 del c. de Nap.); esos frutos no puede emplearlos en sus gastos personales, sino en función de la destinación de la dote, o sea la de proveer de recursos a la familia. Este derecho de goce que tiene el marido sobre los bienes dotales no es cedible, ni hipotecable, ni embargable por los acreedores del marido en la medida en que son necesarios a las necesidades de la familia. 3º El marido administra los bienes dotales; sobre ellos puede ejecutar simples actos de administración; los de disposición le están vedados.

**343.—c) Indisponibilidad de los bienes dotales.**—Los bienes inmuebles constituídos en dote no pueden ser enajenados o hipotecados durante el matrimonio, ni por el marido, ni por la mujer, ni por ambos conjuntamente (art. 1.554 del c. de Nap.). Este rasgo de la indisponibilidad de la dote es lo que configura y da su fisonomía al régimen dotal; es la indisponibilidad de la dote lo que da a la familia el máximo de seguridad posible, lo que permite realizar más firmemente la afectación de la dote a las necesidades del hogar; se quiere, en todo caso, que la dote sea jurídicamente indestructible, permanezca intacta durante toda la duración del matrimonio, que sirva efectivamente a los gastos del hogar.

La indisponibilidad de la dote se traduce en estas consecuencias: 1ª Los bienes dotales no pueden enajenarse, ni gravarse con derechos reales, durante la existencia del régimen dotal. Cualquier acto de disposición queda atacado de nulidad relativa; 2ª Es imprescriptible, es decir, que nadie puede adquirir el dominio de un bien dotal por la prescripción; 3ª Los bienes dotales son inembargables por los acreedores de la mujer; sobre dichos bienes no puede establecerse crédito de ninguna clase.

**344.—d) Restitución de la dote.**— Si los bienes dotales conservan su individualidad por constituir un patrimonio dotado de una afectación especial, no obstante ella no puede ser eterna; un día llegará en que habiendo cumplido su misión se deberá devolver la dote a la mujer o sus herederos. Ese día es generalmente el de la disolución del matrimonio o por causa de divorcio.

Tal es en sus rasgos generales el sistema dotal francés.

**345.—Apreciación general de este sistema.**— Este régimen permite dar una seguridad plena a la familia; ésta tendrá siempre una fuente de recursos (los frutos de los bienes dotales); no importan las deudas contraídas por el marido o la mujer; no importa que sean malos administradores. El bien dotal constituye una especie de seguro para la familia.

Al lado de estas ventajas se señalan a dicho régimen algunos inconvenientes: se afirma que es un régimen de inmoviliza-

ción, de mano muerta; un régimen de parálisis, bajo el cual los mismos esposos son los prisioneros de las precauciones que han tomado en vista de salvaguardar el futuro; el crédito de los esposos se resentirá y si se trata de bienes dotales improductivos, no llena finalidad alguna.

Nº 2.—*Puede estipularse este régimen en Colombia.*

346.—Habíamos dicho que puede afectarse de manera especial un bien donado con ocasión del matrimonio al establecimiento y organización de la familia; que dicha afectación no es contraria a ninguna regla de orden público; pero entonces a qué estatuto someter esos bienes así afectados? ¿Qué sanción para el caso de que el cónyuge donatario les dé una destinación diferente? El sistema francés del régimen dotal da una solución plena y absoluta a este interrogante, hasta el punto de que en ocasiones se sobrepasa esa finalidad. Por tanto el problema se reduce a esto: ¿qué valor tendría la cláusula en virtud de la cual el donante imponga al cónyuge donatario la restricción de la indisponibilidad del bien dotal durante el matrimonio? Esta cláusula estaría destinada a producir estos dos efectos principales: 1º Imposibilidad de enajenar ese bien por el cónyuge donatario durante el matrimonio y 2º Inembargabilidad de ese bien por los acreedores del titular del bien. •

Poderosas razones existen a favor como en contra de la validez de dicha cláusula.

I.—Esa cláusula sería la única que de manera efectiva permitiría realizar la afectación especial que se dé a un bien; si se pueden afectar bienes al establecimiento y organización de la familia, deben ser lícitos los medios que tienden a dar seguridad a esa afectación. No se concibe un sistema jurídico que autorice la consecución de determinados fines y rechace los medios necesarios para obtenerlos; un fin o derecho que para su consecución y goce no existen medios apropiados equivale a su propia negación.

II.—El Estado y el interés colectivo están interesados en que la familia, que es la base primordial en nuestro estado social y económico, se establezca y organice en las mejores condiciones posibles; que alcance y realice sus fines, que dé las mayores garantías de seguridad y progreso; que esa seguridad y perfeccionamiento no se alcanza cuando no se dispone de los recursos económicos necesarios; que la imprevisión y falta de talento de los fundadores de un hogar es muchas veces la causa de su pobreza, lo que puede traer su ruina; todo lo cual demuestra la necesidad imperiosa de crear un régimen de seguridad y estabilidad económica para las familias.

III.—Lo anterior deja entrever una solución positiva a la constitución de bienes inalienables e inembargables en el matrimonio.

Pero esta solución ciertamente choca contra un principio de nuestra legislación que prohíbe inmovilizar los bienes, convertirlos en mano muerta. El art. 37 de la Constitución Nacional establece: "No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles". Empero este texto constitucional tiene una limitación en el art. 50 de la misma Constitución respecto al patrimonio de familia inalienable e inembargable, el cual fue reglamentado por la Ley 70 de 1931; no obstante las condiciones y exigencias para constituir esos patrimonios hace que poca aplicación haya tenido dicha ley. De todo lo cual cabe deducirse que muy bien podría nuestro legislador reglamentar el art. 45 de la Constitución haciendo factible la adopción de un régimen económico matrimonial semejante al régimen dotal francés, naturalmente que tomando de él sus grandes ventajas y procurando suprimirle sus desventajas e inconvenientes y adoptándolo a nuestras costumbre y usos.

**347.—III.—Reglas especiales a las donaciones provenientes de los ascendientes de los cónyuges.**— Vimos que una de las obligaciones principales de los padres para con sus hijos, además de la de criarlos y educarlos, es la de establecerlos, es decir, suministrarles el aprendizaje de un arte o profesión, un modus vivendi. Indudablemente que si un hijo menor no tiene aún un patrimonio, o empleo u oficio que le permita vivir independientemente de la casa paterna, y pretende contraer matrimonio con el consentimiento de sus padres, cabe preguntarse si éstos no están obligados a proveer a los gastos principales del matrimonio, a contribuir a establecerlo en su nuevo estado, mediante una donación por causa de matrimonio? Más sintéticamente: existe a cargo de los padres una obligación de dotar a sus hijos menores que se casan con su consentimiento en caso de que no tengan bienes propios? Si existe esa obligación cuál es su alcance y cuál su naturaleza?

1º—La obligación de dotar a los hijos por parte de los padres y con ocasión del matrimonio existe y se deduce claramente del espíritu de la legislación: a) Sobre los padres pesa la obligación de establecer a los hijos (arts. 257 y 258 del c. c.); establecer a los hijos consiste en suministrarles los gastos necesarios en el estado u oficio que escojan. Por el matrimonio se toma estado; es, pues, un modo de establecerse; b) Del contexto del art. 261 del código.

2º—*¿Cuál es el alcance de esta obligación?* a) Esta obligación sólo puede extenderse sobre los hijos menores de edad; b) Requiere que el hijo no se halle ya establecido, es decir, que carezca de capital o rentas, y que el padre, tenga recursos necesarios; c) Que el padre haya consentido en el matrimonio del hijo; es aquí precisamente donde debe verse la fuente de esta

obligación; porque el padre o madre que tienen bienes suficientes y consienten en el matrimonio de su hijo menor no establecido, cabe presumir que es su voluntad el contribuir a sufragarle los gastos que demande el nuevo estado.

3º—¿*Cuál es la naturaleza de esta obligación?* Es una obligación simplemente natural y no civil. Obligaciones naturales son aquellas en que el acreedor carece de acción para exigir su cumplimiento, pero que pagadas (cumplidas) carece el pagador de acción de restitución. Civiles son aquellas en que el acreedor tiene acción para exigir su cumplimiento como lo es la obligación de pagar alimentos.

La doctrina y jurisprudencia francesas estatuyen también que esta obligación es simplemente natural; es la tesis más acorde con nuestras costumbres.

Es de advertir que en caso de que los padres no den cumplimiento a esta obligación, ella fácilmente se traduce en la de pagar alimentos congruos al hijo.

**348.—Obligación de colacionar la dote en la sucesión del padre o madre donantes.**— No sería justo que una donación por causa de matrimonio proveniente del padre o madre la retuviese definitivamente el hijo y no tuviese más tarde la sucesión de ese padre o madre un derecho de recompensa a fin de favorecer a los otros hijos que no hayan recibido dote. Ejemplo: El patrimonio de un padre es de \$ 100.000.00 y de los cinco hijos que tiene dota a una con \$ 20.000.00. Al morir el padre ese patrimonio se va a dividir por partes iguales entre los cinco hijos; a consecuencia de la dote ese patrimonio valdrá sólo \$ 80.000.00 y a cada hijo corresponderá \$ 16.000.00; el hijo dotado recibirá en total \$ 36.000.00.

Ante esta chocante desigualdad la ley ha establecido la obligación para el hijo dotado de colacionar lo que haya recibido por dote a la sucesión del donante; por tanto al día de la partición de los bienes sucesorales se aumentará imaginariamente al acervo del difunto donante, todas las donaciones que hizo en vida, y entre las cuales se encuentran las hechas a los hijos por causa de matrimonio (art. 1.256 c. c.). En esta forma cada hijo recibirá partes iguales. En el ejemplo propuesto el hijo dotado colacionará sus \$ 20.000 a la sucesión del padre y quedarán computados a su derecho herencia, con lo cual cada hijo podrá recibir \$ 20.000.00.

## SEGUNDA DIVISION

### EL REGIMIEN ECONOMICO MATRIMONIAL DE DERECHO COMUN (SOCIEDAD CONYUGAL)

**349.—Jurisprudencia.**—Cas. civ., oct. 20 de 1937, XLV, 630; Cas. civ., marzo 29 de 1839, XLVII, 727; Cas. civ., abril 18 de 1939, XLVIII, 38; Cas. civ., agosto 22 de 1940, XLIX, 842; Cas. civ., set. 28 de 1940, L, 343; Cas. civ., jul. 10 de 1941, LI, 798; Cas. civ., oct. 29 y nov. 28 de 1941, LII, 610 y 788; Cas. civ., abril 20 y 30 de 1942, LIII, 339 y 376; Cas. civ., set. 7 de 1942, LIV-bis, 42; Cas. civ., oct. 11 de 1944; Cas. civ., marzo 13 y 21 de 1945, J. L. Nos. 39 y 43.

350.—La vida en común de los esposos exige un conjunto de reglas que determine las relaciones de orden económico con ocasión del matrimonio; conjunto de reglas que se aplicarán en ausencia de contrato expreso de régimen de bienes, o para llenar los vacíos que se presenten en aquél.

Los esposos quedan sometidos al régimen legal o régimen de derecho común en estos casos: 1º Cuando antes del matrimonio no celebraron capitulaciones matrimoniales, descartando el régimen de derecho común o modificándolo; porque bien puede suceder que los esposos hayan celebrado capitulaciones matrimoniales adoptando el régimen común (art. 1.774 del c. c.). 2º Cuando a pesar de haber celebrado capitulaciones, descartando o modificando el régimen legal, no obstante ellas no producen efectos por la declaración de nulidad o por caducidad, o por haberse resuelto por mutuo consentimiento antes del matrimonio.

El régimen legal o de derecho común es supletivo, pero sólo en el sentido de que él se aplica en ausencia de contrato expreso de bienes. Las reglas que lo integran no son supletivas o interpretativas de la voluntad con el mismo alcance que las otras reglas que reciben dicho nombre, porque celebrado el matrimonio sin contrato previo de régimen económico matrimonial ya no tienen potestad los cónyuges de descartarlo por otro régimen o

de introducirle modificaciones, puesto que ello iría contra la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; sólo en un momento único tienen los esposos libertad para adoptar un régimen distinto al legal o de imponerle modificaciones: antes del matrimonio.

### 351.—Importancia del régimen de derecho común.—

Por regla general los esposos que carecen de bienes al casarse o son de poca significación los que poseen no se preocupan de celebrar contrato expreso de régimen de bienes; en esta situación se encuentran por lo menos las dos terceras partes de las personas que se casan.

Además el actual régimen de derecho común en Colombia se caracteriza por ser uno de los más científicos y avanzados; consulta ampliamente nuestras costumbres y el medio ambiente, ajustándose a los más estrictos dictados de la justicia, lo cual hace que, aún los esposos que posean alguna fortuna miren con buenos ojos ese régimen y se amolden a él, para lo cual les es suficiente casarse sin celebrar capitulaciones.

Por estas razones talvez no sea aventurado afirmar que por lo menos el 80% de los matrimonios en Colombia están gobernados por el régimen de derecho común; el 20% restante quedaría para los matrimonios de personas extranjeras residentes o domiciliadas en el país, para los muy escasos matrimonios de colombianos que de manera expresa lo descartaron y para aquellos matrimonios que, mediante intervención de la autoridad judicial y por las causas indicadas en la ley, disolvieron el régimen legal a que estaban sometidos o el que adoptaron, quedando sometidos al régimen de separación absoluta y total de bienes.

### 352.—Cuál es el régimen de derecho común.—

Es el régimen de comunidad, pero no de una comunidad universal, sino de una comunidad reducida a los gananciales o adquisiciones a título oneroso. El nombre más común con que se designa este régimen es el de "sociedad de gananciales".

Y como en toda comunidad o sociedad conyugal es necesario distinguir una masa común de bienes, en la de derecho común existe igualmente, es decir, que esa sociedad conyugal tendrá un haber o bienes sociales destinados a ser repartidos el día de su disolución.

Plan.—1. El haber de la sociedad conyugal (la masa común); 2. La administración de la sociedad conyugal. 3. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal. 4. La naturaleza jurídica de la sociedad conyugal. 5. Historia y derecho comparado sobre el régimen colombiano de sociedad conyugal.

## TITULO PRIMERO

### EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

(LA MASA COMUN)

353.—El haber de la sociedad conyugal está integrado por el conjunto de bienes que obedecen al concepto de “gananciales” o adquisiciones a título oneroso. El cap. 2º del tit. 22 del L. IV del código civil (arts. 1.781 a 1.805) establece qué bienes integran el haber de la sociedad conyugal y cuáles son sus cargas. Pero dicho capítulo se halla en parte modificado por la Ley 28 de 1932; importa establecer previamente y con precisión desde qué puntos de vista el sistema del código alcanzó a ser modificado por la mencionada ley en lo que respecta a la masa común o haber de la sociedad.

El sistema del código reglamenta el haber de la sociedad conyugal desde dos puntos de vista: 1º En cuanto a los bienes que integran, la sociedad conyugal por concepto de gananciales o adquisiciones a título oneroso y que a su disolución deben repartirse entre los cónyuges (art. 1.781 del código Nos. 1º, 2º, y 5º). 2º En cuanto a los bienes que entran a la sociedad no como gananciales o adquisiciones a título oneroso, sino simplemente desde el punto de vista de la administración que de ellos debía tener el marido (art. 1.781 del código, Nos. 3º, 4º y 6º).

Dentro del sistema del código importaba hacer esta distinción porque el jefe de la sociedad conyugal y único administrador de todos los bienes que la integraban como de los bienes propios de la mujer era el marido. Por tanto la masa común de la sociedad del código tenía dos fuentes: los bienes que tenían el carácter exclusivo de gananciales y los bienes sociales que tocaba administrar al marido con la obligación de restituírselos en dinero el día en que la sociedad se disolviese.

Evidentemente: a) El art. 1.781, Nº 3º disponía que el haber de la sociedad conyugal se integraba con el dinero que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio quedando la sociedad obligada a restituírlo a su disolución. Por tanto el único motivo por el cual esos dineros entraban a formar parte de la masa común de la sociedad era para que el marido tuviese la administración, y sólo la administración de ellos, ya que la mujer

casada era incapaz. b) El N<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del mismo art. 1.781 del código establecía que los bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante él entraban al haber social apreciados en dinero quedando la sociedad obligada a restituir su valor el día de su disolución. No eran, pues, gananciales porque no eran objeto de partición entre los cónyuges; eran simplemente bienes que debían ser administrados por el marido. c) El N<sup>o</sup> 6<sup>o</sup> del mismo art. 1.781 del código hacía entrar a la sociedad conyugal los bienes raíces que la mujer aportara al matrimonio apreciados en dinero para que se le restituyese el valor el día de su disolución. Lo que demuestra que tampoco estos bienes tenían el carácter de gananciales; entraban al haber social sólo desde el punto de vista de la administración.

354.—Esta discriminación tiene una importancia fundamental para el verdadero sentido de la determinación de la masa común en la sociedad conyugal actual. Interesa retener y poner de relieve estas reglas:

1<sup>a</sup>—*El haber de la sociedad conyugal en el sistema del código estaba formada por dos clases de bienes, es decir, las que se acabaron de enunciar;*

2<sup>a</sup>—*Era haber de la sociedad conyugal o masa común en el sistema del código todo bien que administraba el marido y que no estaba obligado a restituir en especie;*

3<sup>a</sup>—*¿Cuáles eran los únicos bienes que no entraban al haber de la sociedad conyugal o masa común del código y que por tanto debían restituirse en especie?*

4<sup>a</sup>—*La nueva ley redujo el haber de la sociedad conyugal o masa común a aquellos bienes que sean estrictamente gananciales. En otras palabras: la masa común de la sociedad del código no corresponde a la masa común dentro del sistema establecido por la Ley 28 de 1932.*

355.—A) **La primera regla.**—Que la masa común o haber de la sociedad conyugal en el sistema del código se integraba por dos clases de bienes es un hecho cierto que no siempre se hace resaltar por los expositores (el único que entrevé esta distinción lo es el Dr. J. J. Gómez, en su ob. cit. p. 99, mas sin sacar las debidas consecuencias).

1<sup>o</sup>—El código distingue claramente una clase de bienes que responden estrictamente al concepto de gananciales, y que son los únicos repartibles entre los cónyuges el día de la disolución de la sociedad (art. 1.830 y ss. del c. c.); esos bienes repartibles son el residuo que quedaba después de hacer las respectivas deducciones y aumentos al haber social; entre las deducciones se encontraban los bienes que la sociedad debía devolver en dinero a los cónyuges, es decir, los contemplados en los Nos. 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> y

6º del art. 1.781 del código; esos bienes no eran objeto de reparto; por tanto no eran gananciales.

2º—Que los bienes que debían devolverse a los cónyuges en dinero no eran gananciales lo demuestra plenamente el hecho de que ellos no representaban adquisiciones a título oneroso durante la sociedad, sino bienes aportados al matrimonio o adquiridos durante la sociedad a título gratuito; en cambio los bienes gananciales, como se verá, son los bienes adquiridos durante la existencia de la sociedad a título oneroso. En consecuencia: al lado de los gananciales, en el sistema del código existían otros bienes que eran sociales y que integraban la masa común.

356.—B) **La segunda regla.**—¿Cuáles eran esos otros bienes sociales distintos de los gananciales que alimentaban la masa común en el sistema del código? Todos los bienes administrados por el marido en su condición de jefe único de la sociedad conyugal y que no estaba obligado a devolver en especie, sino en dinero según el valor que tuvieron el día de su adquisición para la sociedad (art. 1.781 del c. c. Nos. 3º, 4º y 6º). ¿Cuál era la razón de la situación jurídica de estos bienes? La siguiente: dentro del sistema del código un bien se consideraba como haber de la sociedad conyugal o masa común desde el momento en que el cónyuge (especialmente la mujer) perdía el dominio y posesión de él y lo adquiría la sociedad conyugal; y todos aquellos bienes en que el representante único y exclusivo de la sociedad o sea el marido sólo estaba obligado a restituir en dinero era porque la sociedad adquiría la propiedad de ellos; había una enajenación del bien a la sociedad a cambio de un crédito por su valor, exigible a día de la disolución de la sociedad. Ejemplo: en los bienes enumerados en los Nos. 3º, 4º y 6º del art. 1.781, y especialmente en el último, el cónyuge que aportaba dichos bienes perdía el dominio de ellos haciéndose una tradición a la sociedad; y ésta adquiría la obligación de restituir su valor el día de la disolución.

La exactitud de esta regla se comprueba por cuanto el marido, en su calidad de jefe y representante de la sociedad conyugal en el sistema del código, podía libremente administrar y disponer de los bienes que formaban la masa común o haber de la sociedad conyugal (arts. 1.805 y 1.806 del c. c.); sólo quedaban exceptuados aquellos bienes que la sociedad estuviese obligada a restituir en especie (y que eran los de la mujer que no tenían el carácter de sociales).

357.—C) **La tercera regla.**—Los únicos bienes que no formaban parte de la masa común o haber social en el sistema del código eran aquellos que la sociedad estaba obligada a restituir en especie; dichos bienes eran generalmente de la mujer y de los cuales conservaba el dominio pero el marido administraba sin

poder disponer libremente (arts. 1.810 y ss. del c.c.); si el marido como representante único de la sociedad conyugal no podía disponer de dichos bienes era porque la sociedad no adquiría el dominio sobre ellos.

¿Cuáles eran esos bienes? 1º Los bienes adquiridos por los cónyuges durante la existencia de la sociedad a título gratuito (art. 1.782 del c. c.); generalmente los bienes adquiridos por la mujer, porque siendo ésta incapaz tenía el marido que administrarlos, sin tener facultades de disposición sobre ellos; y 2º Los bienes excluidos de la comunidad por el contrato de capitulaciones matrimoniales (art. 1.783, Nº 2º).

**358.—D) La cuarta regla.**— La Ley 28 de 1932 redujo la masa común o haber de la sociedad conyugal a los bienes que tengan estrictamente el carácter de gananciales; se suprimió de la masa común del código aquellos bienes que entraban a formar parte de ella desde el punto de vista de la administración. Lo cual se comprueba: 1º Según la nueva ley “durante el matrimonio (mejor: durante la existencia de la sociedad conyugal) 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 hubiese aportado a él, como de los demás que por cualquiera causa hubiese adquirido o adquiriera...” (art. 1º, Ley 28 de 1932); lo que indica que hoy día no existen bienes que entren a formar parte de la masa común desde el punto de vista de la administración, por ser ello innecesario. 2º Porque esé fue el pensamiento de los autores de la nueva ley: suplantar el sistema de comunidad del código por un sistema de comunidad reducida a los gananciales o adquisiciones a título oneroso durante la sociedad.

359.—Es necesario, pues, concluir, que el haber de la sociedad conyugal en el sistema del código quedó notablemente modificado por la ley nueva; una abundante jurisprudencia ha dicho que “sin abandonar el concepto de sociedad conyugal, la reforma (Ley 28 de 1932) cambió sí radicalmente el sistema de disposición y administración (Cas. civ., oct. 20 de 1937. XLV, p. 630).

Evidentemente: la reforma introducida por la Ley 28 de 1932 no abandonó el concepto de sociedad conyugal como régimen de derecho común; pero al cambiar radicalmente el sistema de disposición y administración de los bienes de esa comunidad o sociedad, modificó el haber de dicha sociedad o masa común del código.

Con la ayuda de las anteriores aclaraciones, vamos a estudiar cómo queda integrado el haber de la sociedad conyugal o masa común en el nuevo sistema organizado por la Ley 28 de 1932. En todo haber o masa común es necesario distinguir un activo y un pasivo.

## SECCION PRIMERA

### EL ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

360.—El activo de la sociedad conyugal queda integrado únicamente por los bienes que tienen el carácter de gananciales. Importa esclarecer: 1º Qué bienes son gananciales; 2º Qué bienes no son gananciales y que por tanto constituyen bienes exclusivamente propios de los cónyuges; 3º De cómo se conservan tanto los bienes que son gananciales como los que son exclusivamente propios de los cónyuges.

#### CAPITULO PRIMERO

##### QUE BIENES SON GANANCIALES

361.—Son gananciales aquellos bienes provenientes del trabajo o industria de los cónyuges y de las rentas de los bienes propios o de ambos factores combinados. Y si tenemos en cuenta que todo bien que provenga de los productos de los bienes propios de los cónyuges o del trabajo o industria de los mismos representa siempre un bien adquirido onerosamente, en contraposición a aquellos bienes que no cuesta nada su adquisición o bienes adquiridos a título gratuito, resulta que la definición de los gananciales es ésta: *bienes adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal a título oneroso*. (Cas. civ., jul. 12 de 1944).

En consecuencia son gananciales:

1º—Los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso. Se adquiere a título oneroso cuando la adquisición del bien cuesta dinero, o se da otro bien a cambio del que se adquiere, o bien es el fruto del trabajo o industria; en cambio la adquisición de un bien será a título gratuito cuando nada cuesta su adquisición. En la práctica se hará la discriminación entre el título oneroso y el gratuito teniendo en cuenta: el título gratuito supone un enriquecimiento en el patrimonio del adquirente y un empobrecimiento o gravamen en el patrimonio de donde salió el bien; en cambio el título oneroso no supone un enriquecimiento y empobrecimiento en dos patrimonios; porque lo que se da se mira como equivalente a lo que se adquiere; sólo hay cambios en los elemen-

tos que integran dos patrimonios. Además, el título gratuito debe tener una causa que lo justifique; esta causa se halla en el ánimo de donar del donante (*animus donandi*) o en la propia ley, pues, de lo contrario nos encontraríamos ante un enriquecimiento sin causa, no autorizado por el derecho.

Por otra parte es necesario advertir que existen bienes adquiridos en parte a título oneroso y en parte a título gratuito.

2º—Sólo los bienes adquiridos a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal son gananciales. Importa, pues, discriminar el momento en que se forma entre los cónyuges esa sociedad y el momento en que se disuelve. El primer momento coincide siempre con el momento en que se forma el vínculo matrimonial, es decir, se celebra el matrimonio (art. 180 del c. c.). Pero no coincide siempre el día en que se disuelve la sociedad con el día en que se disuelve el matrimonio, puesto que la ley reconoce otras causas de disolución de la sociedad conyugal diferentes a las causales de disolución del vínculo matrimonial.

En varias partes la ley habla de bienes adquiridos durante el matrimonio; dicha expresión debe cambiarse o entenderse así: bienes adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal (J. J. Gómez, *op. cit.*, p. 103).

**362.—Aplicaciones que hace el código del concepto de gananciales.**— El código civil no da una definición de los gananciales; se limita a presentar aplicaciones concretas de dicho concepto; la Ley 28 de 1932 tampoco definió los gananciales y por los arts. 1º, 2º y 4º dejó subsistentes los artículos del código sobre esta materia.

No obstante el Nº 5º del art. 1.781 establece una norma general acerca de los bienes que son gananciales al decir: "El haber de la sociedad conyugal se compone: . . . 5º De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio (debe entenderse: durante la existencia de la sociedad conyugal) a título oneroso". Todos los demás textos legales que hacen referencia a bienes gananciales deben entenderse como reglamentarios del Nº 5º del art. 1.781. Este texto legal se caracteriza: 1º Sólo hace referencia a bienes gananciales, ya que los bienes que enfoca quedan sujetos a reparto entre los cónyuges (respecto a ellos no existe obligación de restitución); 2º No se le puede dar un alcance absoluto; él constituye más bien una presunción relativa de los bienes que tienen el carácter de gananciales.

De acuerdo con el concepto de gananciales y del Nº 5º del art. 1.781 serán bienes gananciales los siguientes:

**363.—a) Los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante la existencia de la sociedad conyugal**(art. 1.781 del c.c. Nº 1º). Aquí se

hace referencia a la fuente principal de los gananciales o sea a los bienes que son el resultado del trabajo o industria de los cónyuges. Basta y es suficiente que el bien que se adquiriera sea el producto del trabajo sin distinguir la clase de trabajo, ni la forma de remuneración. Por tanto entra la masa común o activo de la sociedad:

1.—Los honorarios de los abogados, médicos, ingenieros y los de todas las personas que ejercen profesiones liberales;

2.—Los sueldos y salarios en estricto sentido de los empleados y obreros junto con las respectivas prestaciones sociales que nacen del contrato de trabajo; igualmente entran a la masa común todos los salarios provenientes de contratos distintos al del trabajo, como los de los contratos de empresa u obra, de comisión, etc.;

3.—Las ganancias que producen las obras de la inteligencia (inventos, obras literarias y artísticas, etc.), siempre que dichas obras se produzcan durante la existencia de la sociedad conyugal;

4.—“Los favores de la buena fortuna” como las ganancias provenientes de especulaciones mercantiles, siempre que constituyan el ejercicio de una industria o profesión; en cuanto a las ganancias de puro azar, como el juego y la apuesta entran a la masa común, debido a que suponen siempre “cierto cálculo, una actividad intelectual por mínima que sea” y porque generalmente el apostado o arriesgado en el juego ha sido tomado de la masa común de la sociedad (Planiol, Ripert, Nast, ob. cit. V. 8º, p. 447);

5.—Las minas denunciadas por alguno de los cónyuges o por ambos se agregarán al haber social o masa común (art. 1.786 del c. c.).

**364.—b) Productos de los capitales.**— Es la segunda fuente principal que alimenta la masa de gananciales y que se encuentra enunciada así por el Nº 2º del art. 1.781 del código: “El haber de la sociedad conyugal se compone: . . . 2º De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devengan durante el matrimonio” (durante la sociedad conyugal).

El alcance y naturaleza de esta fuente de gananciales se configura por estas reglas:

1º—Tanto los frutos de los bienes propios como de los gananciales entran a la masa común; en consecuencia: si los bienes que los cónyuges tenían el día de la celebración del matrimonio, como los demás que adquirieran durante la sociedad conyugal a título gratuito en sí mismos no integran la masa común, sino el patrimonio exclusivo de cada cónyuge, no así respecto a los frutos de esos bienes, los cuales sí entran a la masa común; res-

pecto a los frutos de los gananciales no hay problema: la misma lógica enseña que pertenecen a la masa que los produce.

De lo cual se deduce que a favor de la masa común o haber de la sociedad conyugal existe una especie de derecho universal de usufructo; es universal por cuanto no se exceptúa ningún bien del marido o de la mujer que no produzca ventajas para la masa común; no se tiene en cuenta la naturaleza del bien, ni el título de origen, ni el momento de adquisición; tanto los frutos de los bienes corporales como de los incorporales, tanto los frutos de los bienes muebles como de los inmuebles, tanto los frutos de los bienes aportados al matrimonio como de los adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal, tanto los frutos de los bienes adquiridos a título oneroso como de los adquiridos a título gratuito, etc., todos sin excepción aumentan la masa común. Es derecho de usufructo, por cuanto que son sólo los frutos o ventajas que son susceptibles de producir dichos bienes los que entran a la masa común.

2ª.—Tampoco se tiene en cuenta la naturaleza de los frutos: toda ventaja que produce un bien es fruto y entra a la masa común. A este respecto fue muy celosa la ley (Nº 2º del art. 1.781), pues, no se limitó a mencionar los frutos en forma genérica, sino que mencionó todos los términos específicos conque se denominan los productos de una cosa, a fin de tronchar toda dificultad. Evidentemente: los productos de las cosas se clasifican en frutos naturales y civiles (art. 713 del c. c.); los primeros son los que de la naturaleza ayudada o no de la mano del hombre, como las cosechas, plantas, árboles, etc. (art. 714 del c. c.); los segundos son los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, los intereses de capitales, etc. (art. 717 del c. c.).

3ª.—La única limitación es en cuanto al tiempo: sólo los frutos devengados durante la existencia de la sociedad conyugal alimentan la masa común; en cambio los devengados antes de formarse la sociedad o después de disuelta no forman parte de la masa común. Una cosa es devengar y otra distinta percibir o cobrar. Se devenga una ventaja o fruto desde que se hacen exigibles, desde que se deben; por tanto puede una persona haber devengado un fruto sin que se la haya pagado. Así el arriendo de un predio rústico de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges por dos años cuyo precio se ha pagado anticipadamente, en caso de que la sociedad conyugal se disuelva al año de haber comenzado el arriendo, indica que no alcanzó a devengar sino el precio correspondiente a ese año. La percepción de intereses durante la existencia de la sociedad conyugal por uno de los esposos de tiempo anterior al matrimonio no entran a la sociedad, es decir, no son gananciales, porque no fueron devengados durante su existencia (inc. 2º del art. 1.793 del c. c.).

365.—c) **De todos los bienes adquiridos durante la sociedad a título oneroso** art. 1.781 N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup>). No siempre puede establecerse con precisión si un bien procede del trabajo o capital; igualmente pueden surgir dudas acerca de si un bien hace parte del patrimonio particular de un cónyuge o si hace parte de la masa de gananciales; cualquier duda se resuelve a favor de la masa de gananciales. A esto obedece el art. 1.781 en su N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup>. Desde luego que dicho artículo en su N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup> constituye apenas una presunción legal, que puede destruirse por la prueba contraria. Tiene una especial aplicación respecto a los bienes muebles en el momento de la disolución de la sociedad, pues, al tenor del art. 1.795 “toda cantidad de dinero y cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella a menos que aparezca o se pruebe lo contrario...”. Lo cual indica que respecto a esa clase de bienes se presumen adquiridos durante la sociedad a título oneroso.

Pero existen bienes adquiridos aparentemente durante la sociedad a título oneroso y que no obstante no obedecen al concepto de gananciales. La ley ha previsto estos casos y ha establecido los medios para destruir la presunción de carácter general del N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup> del art. 1.781 del código, y la especial del inc. 1<sup>o</sup> del art. 1.793, con el objeto de conservar tanto la masa de gananciales como los bienes que son de propiedad exclusiva de los cónyuges.

## CAPITULO SEGUNDO

### QUE BIENES NO SON GANANCIALES

366.—No son gananciales, sino bienes exclusivamente propios de los cónyuges y no sujetos a reparto el día de la disolución de la sociedad: 1<sup>o</sup> Los bienes que los cónyuges tenían el día de la formación de la sociedad (la ley los llama bienes aportados al matrimonio); 2<sup>o</sup> Los bienes adquiridos durante la existencia de la sociedad a título gratuito; 3<sup>o</sup> Los bienes adquiridos por los cónyuges una vez disuelta la sociedad, aunque subsista el vínculo matrimonial.

#### a) *De los bienes aportados al matrimonio.*

367.—**Aclaración preliminar.**— Los Nos. 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup> del art. 1.781 del código hacían entrar al haber de la sociedad conyugal ciertos bienes aportados al matrimonio por los cónyuges; mas también se establecía la obligación de devolución de esos bienes según el valor que hubieran tenido el día de su aporte; lo cual prueba que esos bienes entraban a la sociedad sólo desde

e! punto de vista de la administración que de ellos había de tener el representante de la sociedad conyugal o sea el marido y no como gananciales.

Pero hoy día de acuerdo con la Ley 28 de 1932 no entran bienes al haber de la sociedad conyugal desde el punto de vista de la administración, ya que la ley nueva otorgó plena potestad a cada cónyuge para disponer y administrar sus bienes, tanto de los poseídos antes de la formación de la sociedad conyugal como de los demás que por cualquier causa adquirieran durante su existencia; para ello hubo necesidad de otorgar plena capacidad a las mujeres casadas.

Se ha dicho, y se vuelve a recalcar, que el haber de la sociedad conyugal o masa común en el sistema del código se integraba por los bienes que tenían el carácter de gananciales y por los bienes de los cónyuges (especialmente de la mujer) que eran administrados por el marido; que la Ley 28 de 1932 al dar a cada cónyuge facultad para administrar y disponer libremente de sus bienes, inclusive de los que tengan el carácter de gananciales, quitó de la masa común del sistema del código los bienes que entraban a la sociedad desde el punto de vista de la administración.

Algunos expositores (M. Cortés, J. J. Gómez, ob. cit. p. 108) advierten que la ley nueva no modificó en nada el haber de la sociedad conyugal en el sistema del código, dando a entender que aún tienen aplicación los Nos. 3º, 4º y 6º del art. 1.781 del código dentro del nuevo sistema; uno de ellos de manera expresa declara: "Fuera de los ordinales 1º, 2º, y 5º del art. 1.781, que constituyen principalmente el haber común, son también aplicables los ordinales 3º y 4º, relativos a las adquisiciones gratuitas de muebles, por los cuales la sociedad se obliga a reembolsar al cónyuge arquiereute"; el ord. 6º del mismo art. lo estima aplicable aunque poco práctico (J. J. Gómez, ob. cit. p. 108).

Esta tesis es errónea e inútil. Es inútil e ilógica porque teniendo hoy día cada cónyuge la libre administración y disposición de sus bienes, ¿qué utilidad en que el capital o bien adquirido gratuitamente por uno de los cónyuges se le haga figurar ficticiamente en la masa común para sacarlo una vez disuelta la sociedad? El cónyuge adquirente sería deudor a la masa común por el valor del bien y a la vez acreedor por el valor de ese bien, lo cual además de inútil es antijurídico, pues, equivale a decir que una misma persona puede ser deudora y acreedora de sí misma. Es falsa, pues, va contra el mismo espíritu y letra de la ley. Estas consideraciones arruinan la tesis expuesta.

368.—Se deduce, pues, que dentro de la sociedad de gananciales no entran a la masa común los bienes que los cónyuges poseían en el momento de la celebración del matrimonio; dichos bienes son propiedad exclusiva del cónyuge que los poseía. En cuanto a los bienes que se tengan antes de contraer matrimonio

no es necesario hacer distinciones: todos sin excepción no son gananciales.

Una distinción sí es necesario hacer y es respecto a aquellos bienes que se adquieren durante la sociedad pero cuya causa o título de adquisición son anteriores a la formación de la sociedad; dichos bienes a pesar de adquirirse durante la sociedad, en verdad son bienes aportados a ella y no entran a la masa común. Basta y es suficiente que el derecho a un bien se haya adquirido antes de formarse la sociedad, aunque la perfección de ese derecho sólo se efectúe dentro de la sociedad (art. 1.792 del código). En consecuencia no son gananciales:

1º—Los créditos contraídos a favor de uno de los cónyuges antes de la formación de la sociedad y exigibles durante ella (art. 1.792, Nº 6º).

2º—Los productos devengados antes de la formación de la sociedad pero percibidos durante su existencia (art. 1.792 inc. final).

3º—Las especies (bienes muebles e inmuebles) que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que los haya hecho verdaderamente suyos se complete o verifique durante ella (art. 1.792, Nº 1º).

4º—Los bienes que los cónyuges poseían antes de la formación de la sociedad conyugal por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación o por otro medio legal (art. 1.792, Nº 2º); tiene especial aplicación este caso al saneamiento o prescripción de nulidades.

5º—Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o la resolución del contrato, o por haberse revocado una donación (art. 1.792, Nº 3º).

6º—Los bienes litigiosos y de los cuales se ha adquirido durante la sociedad la posesión pacífica (art. 1.792, Nº 4º).

7º—Si uno de los cónyuges tenía antes de la formación de la sociedad conyugal la nuda propiedad sobre un bien y otra persona el derecho de usufructo, en caso de extinción del usufructo del tercero, la plena propiedad no pertenecerá a la sociedad conyugal pero sí los productos de la cosa (art. 1.792, Nº 5º).

369.—En resumen: para que un bien sea ganancial se requiere que se adquiera durante la existencia de la sociedad conyugal a título oneroso; pero ambas cosas, es decir, tanto la adquisición como lo oneroso de la adquisición, deben producirse durante la sociedad, deben tener su fuente en ella. En el caso de adquisiciones hechas durante la sociedad, pero habiendo sido el título anterior a la formación de ella, o sea, teniendo lo oneroso de la operación una causa anterior, el bien no es ganancial. La misma regla se aplica al caso de adquisiciones hechas con posterioridad a la disolución de la sociedad, pero en donde la causa o

título de adquisición se haya producido durante la sociedad; dichos bienes son gananciales.

**370.—Necesidad de avaluar los bienes aportados al matrimonio.** La condición impuesta por el art. 1.781 en sus Nos. 3º, 4º y 6º, de avaluar los bienes que los cónyuges tenían en el momento de formarse la sociedad, subsiste dentro del nuevo régimen; es más: dicha condición se hace más necesaria y práctica. El avalúo de esa clase de bienes permitirá el día de la disolución de la sociedad precisar el verdadero monto de la masa de gananciales, evitándose el que se disminuya a favor de los bienes exclusivamente propios de los mismos cónyuges.

Porque el mayor valor que adquieran los bienes durante el tiempo de la sociedad conyugal se presume como ganancial, pues, se deberá en la mayoría de los casos a cultivos o reparaciones hechas a los bienes y provenientes del trabajo o industria de uno de los cónyuges o bien a los productos de esos bienes, o a dineros sacados de la masa de gananciales. De lo que se deduce que el avalúo de los bienes en el momento de su adquisición evitará posteriores dificultades relativas especialmente a la prueba, a las recompensas, etc.

Surge, de ahí, la necesidad de que los cónyuges celebren contrato de capitllaciones matrimoniales, siquiera sea para especificar los bienes que aportan y su avalúo en dinero.

b) *Bienes adquiridos durante la sociedad a título gratuito.*

**371.—**Los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal a título gratuito no son gananciales, por tanto acrecientan el haber propio de cada cónyuge. Esta regla es consecuencia directa de lo estatuido por el Nº 5º del art. 1.781 del código. Pero éste para disipar cualquier duda al respeto dictó un artículo especial para esta clase de bienes y que lo es el 1.782 que dispone: "Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado (adquisiciones que integran el título gratuito), se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social sino el de cada cónyuge".

En el sistema del código surgían algunas dificultades respecto a la interpretación de los números 3º y 4º del art. 1.781 en relación con lo dispuesto por el art. 1.782. Los numerales 3º y 4º del art. 1.781 establecían que entraban al haber de la sociedad tanto el dinero como los bienes muebles que los cónyuges adquiriesen durante la existencia de la sociedad conyugal, quedando obligada ésta a hacer la respectiva restitución a la disolución de ella. Como no se hacían diferencias, aparentemente se entendía

que tanto el dinero como los bienes muebles adquiridos a título gratuito como los adquiridos a título oneroso entraban a la sociedad no en concepto de gananciales, sino únicamente desde el punto de vista de la administración de esos bienes por parte del marido. En cambio el art. 1.782 establecía que los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal a título gratuito no entraban al haber social sino que aumentaban el patrimonio propio de cada cónyuge; y como el mencionado artículo no hacía diferencias se entendía que tanto los bienes muebles como inmuebles adquiridos a título gratuito no eran gananciales.

Ante esta contradicción, y dejando a un lado las extrañas interpretaciones exégetas presentadas por los viejos expositores para concordar dichas disposiciones legales, podemos sacar esta conclusión. Los Nos. 3º y 4º del art. 1.781 del código contenían un grave error de precisión y de términos; por una parte estaban bien redactados al establecer que todos los dineros y muebles aportados al matrimonio a cualquier título que hubiesen adquirido los cónyuges entraban a la sociedad desde el punto de vista de la administración; por otra parte quedaron mal redactados estableciendo la obligación de restitución para toda esa clase de bienes; el código ha debido especificar que la obligación de restitución respecto a los dineros y muebles adquiridos por los cónyuges durante la sociedad sólo se extendía cuando habían tenido como causa el título gratuito; pero que respecto a los adquiridos a título oneroso entraban como gananciales y sobre ellos no podía haber la obligación de restitución.

Esto es lo que han debido expresar con claridad los Nos. 3º y 4º del art. 1.781 del código; o sea, que la obligación de restitución sólo se refería a dineros y muebles adquiridos durante la sociedad a título gratuito; pero no a los a título oneroso, puesto que ello equivaldría a destruir la fuente principal de los gananciales, ya que los productos del trabajo e industria y los del capital generalmente se traducen en dineros.

Destruída la obligación de restitución en el nuevo sistema de la Ley 28 de 1932 por haber desaparecido los bienes que entraban al haber social desde el punto de vista de la administración, sobran hoy los Nos. 3º y 4º (como igualmente el 6º) del art. 1.781 del código; los Nos. 1º, 2º y 5º de ese artículo contemplan todas las adquisiciones tanto de muebles como de inmuebles hechas a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal; y para las adquisiciones a título gratuito durante la sociedad existe el art. 1.782 del mismo código.

**372.—Bienes adquiridos en parte a título oneroso y en parte a título gratuito.**—Aquella parte del bien adquirida a título oneroso entra a la masa de ganancialse y por tanto aumenta el haber de la sociedad; la parte del bien adquirida a título gra-

tuito no es ganancial y por tanto aumenta el patrimonio exclusivamente propio del respectivo cónyuge.

Ejemplos de bienes adquiridos a estos dos títulos lo son las asignaciones testamentarias modales, las donaciones remuneratorias y las donaciones con cargas.

1.—*Donaciones remuneratorias.* — Son las que expresamente se hacen en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse (art. 1.490 del c. c.). Por tanto una donación remuneratoria es una adquisición a título oneroso hasta concurrencia de los servicios prestados; de ahí el motivo por el cual el código establece que son gananciales las donaciones remuneratorias hechas a alguno de los cónyuges o a ambos por servicios prestados “hasta concurrencia de lo que hubiere habido acción a pedir por ellos y no más”; el resto de la donación es adquisición a título gratuito y no acrecienta la masa de gananciales sino el haber de cada cónyuge. Las donaciones remuneratorias a un cónyuge por servicios que no daban acción contra la persona servida no son gananciales; es la auténtica donación por depender exclusivamente del *ánimus donandi* del donante. Requiere, desde luego que los servicios que se remuneran se hayan prestado durante la existencia de la sociedad conyugal (art. 1.794 del c. c.). Estas reglas sobre donaciones remuneratorias constituyen una afirmación de lo que es el concepto de gananciales.

2.—*Donaciones con cargas.*—Son las que imponen al donatario un gravamen que pueda apreciarse en una suma apreciable de dinero (art. 1.462 del c. c.). En este caso lo oneroso de la donación (pago del gravamen) pertenece a la masa de gananciales; el resto de la donación constituye una adquisición a título gratuito y aumenta el haber exclusivamente propio del respectivo cónyuge (art. 1.801 del c. c.).

3.—*Las asignaciones modales* en principio equivalen a las anteriores; sólo que reciben el nombre de tál las hechas por causa de muerte. En cuanto a estas asignaciones se aplican las mismas reglas de las donaciones con cargas, excepto cuando el modo o carga de la donación vaya en beneficio del asignatario exclusivamente (art. 1.150 del c. c.) caso en el cual toda la asignación obedece al título gratuito y nada entrará a la masa de gananciales.

c) *Bienes adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad.*

373.—Estos bienes no son gananciales, a pesar de que subsista el vínculo matrimonial entre los cónyuges (Cas. civ., jul. 12 de 1944). El motivo es el de que cuando se disuelve la sociedad conyugal y subsiste el vínculo matrimonial los cónyuges quedan

sometidos al régimen de separación total de bienes, régimen al cual es ajeno el concepto de gananciales.

No obstante los bienes adquiridos después de la disolución de la sociedad pero en donde la causa o título oneroso se produjo durante su existencia, pertenecen a la masa de gananciales. Tal es el sentido del art. 1.793 del código al decir: "Se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haber tenido noticia de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce. Los frutos que sin esta ignorancia o sin este embarazo hubieren debido percibirse por la sociedad, y que después de ella se hubieren restituído a dicho cónyuge o a sus herederos, se mirarán como pertenecientes a la sociedad".

En consecuencia, disuelta la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los consortes, el sobreviviente no puede disponer de los bienes sociales, que entran a formar parte de la masa partible. La venta de bienes de la sociedad conyugal que haya hecho el cónyuge supérstite, no es nula; lo que acaece es que el bien vendido en esta forma, debe ser reintegrado a la masa de la sociedad conyugal ilíquida y de la sucesión. Lo que los herederos del cónyuge premuerto deben promover es la reivindicación del bien (Cas. civ., jul. 12 de 1944).

### CAPITULO TERCERO

#### CONSERVACION DE LOS BIENES EXCLUSIVAMENTE PROPIOS DE LOS CONYUGES Y DE LA MASA DE GANANCIALES

374.—Desde el punto de vista de la administración de los bienes tanto de la sociedad como de propiedad exclusiva de los cónyuges sólo cabe distinguir dos patrimonios: el de cada cónyuge. No así desde el punto de vista de los bienes que son de propiedad exclusiva de los cónyuges y de los que tienen el carácter de gananciales (y que habrán de ser repartidos el día de la disolución de la sociedad) en donde es necesario distinguir tres patrimonios: 1º Los bienes del marido que están integrados por los que no participan del concepto de gananciales como de los que participan de dicho concepto; 2º Los bienes de la mujer que se integran en la misma forma que los del marido; y 3º Los bienes gananciales que equivalen a la suma de los bienes del marido y de la mujer que participan del concepto de gananciales.

*Ejemplos:* 1.—Los cónyuges no aportan ningún bien al matrimonio; durante la sociedad la mujer adquiere a título oneroso bienes que valen \$ 5.000 y el marido al mismo título \$ 7.000. Los

tres patrimonios son: 1º Los bienes de la mujer \$ 5.000; 2º Los bienes del marido: \$ 7.000; 3º Los gananciales, que en este caso equivalen a la suma de los bienes de cada cónyuge o sea \$ 12.000.

2.—La mujer aporta al matrimonio bienes por valor de \$ 10.000.00 durante la sociedad adquiere \$ 14.000 por herencia de los padres y \$ 6.000 a título oneroso; el marido aporta \$ 1.000.00 y adquiere \$ 5.000 durante la sociedad a título oneroso. En este ejemplo los tres patrimonios son: 1º Los bienes de la mujer: \$ 30.000 (de esta suma sólo \$ 6.000 son gananciales; el resto o sea \$ 24.000 son bienes exclusivamente propios de la mujer en el sentido de que no quedan sujetos a reparto el día de disolución de la sociedad); 2º Los bienes del marido o sea \$ 6.000 (de los cuales sólo \$ 5.000 son gananciales y los mil aportados al matrimonio son bienes exclusivamente propios del marido en el sentido que no quedan sujetos a reparto), y 3º Los bienes gananciales o sea la suma de los bienes de la mujer y el marido que participan de ese concepto y que ascienden a la suma de \$ 11.000.

3.—Los cónyuges no aportan bienes al matrimonio; durante la sociedad el marido adquiere \$ 5.000 a título oneroso y la mujer nada; los tres patrimonios son: bienes del marido, \$ 5.000; bienes de la mujer ninguno; masa de gananciales: \$ 5.000.

4.—El marido aporta a la sociedad \$ 100.000 y la mujer \$ 80.000; durante la sociedad el marido recibe por herencia \$ 500.000 y la mujer \$ 800.000 por el mismo concepto; los tres patrimonios son: bienes del marido, \$ 600.000 (todos los cuales son exclusivamente propios de él); bienes de la mujer, \$ 880.000 (todos los cuales son exclusivamente propios de ella); en este caso no existen bienes gananciales.

375.—Como se ve en el patrimonio de un cónyuge es necesario distinguir bienes propios no sujetos a reparto y bienes propios sujetos a reparto por ser gananciales; a los primeros es a los que hemos denominado como bienes exclusivamente propios.

Si durante la existencia de la sociedad no se requiere el hacer estas discriminaciones no así cuando por cualquier evento se disuelva; entonces se hace necesario distinguir claramente qué bienes no participan del concepto de gananciales y qué bienes participan de ese concepto.

Empero durante la existencia de la sociedad conyugal se requiere que los bienes que van adquiriendo el carácter de gananciales sean conservados para que existan el día de la disolución de la sociedad; igualmente respecto a aquellos bienes que no participan de dicho concepto. En otras palabras es necesario establecer ciertas reglas a fin de mantener el equilibrio entre los bienes de los cónyuges que son gananciales y aquellos que no lo son; es necesario impedir que la masa de gananciales se enriquezca sin justa causa a expensas de los bienes exclusivamente propios de

los cónyuges, como igualmente que los patrimonios exclusivamente propios se enriquezcan a expensas de la masa de gananciales.

1.—*Conservación de los bienes exclusivamente propios.*

**376.—La subrogación real de unos bienes a otros permite conservar los que son de propiedad exclusiva de los cónyuges.**— En su más amplia acepción la subrogación real hace que un bien ocupe la misma situación jurídica de otro bien; o como advierten Planiol, Ripert, Picard (ob. cit. III, p. 33): “La subrogación real es la sustitución jurídica de un bien por otro. El bien nuevo —crédito, indemnización, mueble corporal o inmueble— toma el lugar del bien antiguo para ser sometido al propio régimen que el anterior”. Lo que indica que un bien se subroga a otro cuando lo reemplaza completamente en el sentido de que deviene del mismo titular ocupando su misma naturaleza jurídica; es decir, que queda afectado a la misma función del anterior.

**377.—Elementos de la subrogación real.**— Un bien se subroga a otro cuando se cumplen estas condiciones: 1ª Que uno de los bienes, muebles o inmuebles, que integran el patrimonio de una persona salga efectivamente de ese patrimonio, ya sea por pérdida, ya sea por enajenación; 2ª Que otro bien venga a reemplazarlo, ya sea porque con el precio de enajenación se compre ese otro bien, ya sea porque directamente se permutó el uno por el otro, ya porque el bien destruido o perdido estuviese asegurado y con el valor del seguro se compró el nuevo bien; 3ª Que entre el bien salido del patrimonio de una persona y el bien que lo reemplaza exista un lazo de filiación directo y cierto, que haga útil la subrogación (Bonnetcase, ob. cit. III, p. 5 y ss.); este lazo de filiación directo y cierto aparece cuando el bien salido del patrimonio estaba sujeto a una afectación especial y se hace necesario que el bien que lo reemplaza entre en las mismas condiciones, es decir, sujeto a esa misma afectación (Planiol, Ripert, Picard, ob. cit. III, p. 36).

Estos tres elementos integran el fenómeno jurídico de la subrogación real.

**378.—Cuál es el efecto de la subrogación real de un bien a otro.**—La subrogación real transfiere al bien subrogado los derechos existentes sobre el bien enajenado o destruido, o dicho de otra manera: le atribuye la condición jurídica de éste. Por tanto si el bien salido del patrimonio estaba afectado a una obra o fundación determinada, esa misma afectación tendrá el bien subrogado.

La subrogación real de unos bienes a otros tiene un gran campo de aplicación en esta materia de regímenes económicos

matrimoniales, especialmente en el régimen económico de derecho común o de la sociedad conyugal de gananciales. Efectivamente: basta y es suficiente que de los elementos que integran el patrimonio de una persona haya algunos de ellos sometidos a un régimen especial, a una afectación determinada para que sea útil la subrogación real de uno o varios de esos elementos a aquellos que los reemplazan. Y justamente durante la existencia de la sociedad conyugal en el patrimonio de cada cónyuge podrán distinguirse elementos sometidos a una afectación especial y otros no sometidos a dicha afectación; los elementos del patrimonio de uno de los cónyuges sometidos a una afectación especial son aquellos bienes adquiridos durante la sociedad a título oneroso, es decir, los bienes que participan del concepto de gananciales. La destinación a que están afectados es a ser repartidos una vez que la sociedad se disuelva; al lado de esos elementos afectados así podrá haber otros elementos no sometidos a esa afectación especial y que lo serán los bienes exclusivamente propios de los cónyuges, es decir, los que no participan del concepto de gananciales.

379.—*Ejemplo*: un cónyuge es propietario de dos casas; una de ellas la tenía al casarse y la otra la adquirió durante la sociedad a título oneroso; como se ve el bien afectado a ser repartido cuando se disuelva la sociedad es la casa adquirida durante la sociedad. Si suponemos que ese cónyuge vende la casa no sujeta a reparto el día de la disolución de la sociedad y con el precio compra otra durante la existencia de la sociedad tendríamos que esa nueva casa entraría al patrimonio del cónyuge en concepto de ganancial quedando sujeta a reparto, porque sería un bien nuevo adquirido durante la sociedad a título oneroso. ¿Cómo impedir en este caso que la masa de gananciales se enriquezca sin justa causa a expensas de los bienes exclusivamente propios de los cónyuges? ¿Cómo impedir que se rompa el equilibrio entre los elementos de un patrimonio cuando algunos de ellos están afectados a un fin especial?

Miradas las cosas desde un punto de vista práctico sólo existen dos medios: a) O bien mientras exista la afectación de unos bienes a un fin especial (que en el caso presente sería durante todo el tiempo que durase la sociedad conyugal) habría que mantener incólumes los elementos del patrimonio, sin poder hacer operación alguna sobre alguno de dichos elementos, solución que atenta contra la misma economía y conservación de los patrimonios; b) O mediante el fenómeno de la subrogación real se permite el natural movimiento e intercambio que necesitan los elementos que integran el patrimonio de una persona sin quebrar el equilibrio entre los elementos sujetos a una destinación especial y aquellos no sujetos a esa destinación.

En esta forma y con ayuda de la subrogación real se obtiene que el bien que era exclusivamente propio de la mujer, es decir, que no hacía parte de la masa de gananciales por haberlo aportado al matrimonio o haberlo adquirido durante la sociedad a título gratuito, pueda ser vendido o permutado por otro, sin que el nuevo bien pierda la naturaleza jurídica del primero o sea que siga siendo exclusivamente propio de la mujer sin entrar a formar parte de la masa de gananciales. Sin la subrogación real del nuevo bien al antiguo la masa de gananciales se acrecentaría indebidamente ya que el nuevo bien por ser adquirido durante la sociedad a título oneroso participaría del concepto de ganancial. El N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup> del art. 1.781 del código presume que todo bien adquirido durante la existencia de la sociedad a título oneroso forma parte de la masa de gananciales; no obstante dicha presunción es destructible cuando se acredita que a pesar de que un determinado bien haya sido adquirido durante la sociedad a título oneroso lo fue en subrogación a otro bien que no tenía el carácter de ganancial.

**380.—Condiciones de forma para que un bien se subrogue a otro.**—Estas condiciones son diferentes según se trate de permuta o venta, o según se trate de bienes muebles o inmuebles.

a) *De la permuta de inmuebles por inmuebles.*—Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges es necesario que en la respectiva escritura de permuta se exprese el ánimo de subrogar, es decir, que se diga claramente que el bien nuevo que entra al patrimonio lo es a cambio del que sale y que ocupará su misma situación jurídica. (art. 1.789 del c. c.). Desde luego que los únicos bienes sobre los cuales es susceptible de obrar la subrogación real es sobre aquellos que tengan en propiedad los cónyuges y que no hagan parte de la masa de gananciales, puesto que sólo en dicho caso se hace necesario mantener el equilibrio entre bienes que no hacen parte de la masa de gananciales y aquellos que hacen parte de esa masa. Por este motivo la permuta de un inmueble de la masa de gananciales por otro no requiere la subrogación real porque no es necesaria; no se necesita destruir la presunción del art. 1.781 del código en su N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup>; dicha presunción está favoreciendo la masa de gananciales.

Si se paga un saldo en dinero por el nuevo inmueble, es necesario dilucidar de qué patrimonio ha salido ese saldo; si salió de la masa de gananciales el nuevo bien quedará debiendo a la masa ese saldo; si salió de aquellos exclusivamente propios del cónyuge que no son gananciales el bien subrogado no quedará debiendo nada a la masa.

Si se recibe un saldo por la permuta del inmueble dicho saldo no entrará a formar parte de la masa de gananciales. Estas reglas se hallan inscritas en el inciso 2º del art. 1.790 del código, si bien haciendo referencia a la sociedad conyugal tal como se organizaba en el sistema del código, es decir, considerando al marido como único representante de la sociedad. A partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932 cada cónyuge es dueño y puede disponer libremente tanto de los bienes que son de su propiedad exclusiva como de aquellos que participan del concepto de gananciales; por tanto será su patrimonio exclusivamente propio el que deberá a la masa de gananciales, o bien esta masa deberá a los bienes de propiedad exclusiva del cónyuge. Las reglas enunciadas aparecen en toda su nitidez cuando por cualquier evento se disuelva la sociedad.

**381.—b) Permuta de muebles por inmuebles y viceversa.** El inciso 1º del art. 1.783 del código contempla el caso de la subrogación de un inmueble por otro inmueble; el inciso 2º del mismo art. contempla el caso de subrogación de bienes muebles e inmuebles a valores de alguno de los cónyuges. Si bien es verdad que este inciso sólo habla de cosas compradas, ello no impide que esos valores propios no puedan a su vez ser permutados por otros valores o cosas.

La expresión "valores" parece referirse únicamente al dinero o a papeles representativos de dinero como lo serían los bonos, letras, pagarés, acciones, cédulas, créditos, etc.; pero en su más amplia acepción la expresión "valores" está haciendo referencia a toda clase de bienes muebles que uno de los cónyuges tenga y que no tengan el carácter de gananciales, puesto que todo bien en sí mismo es representativo de un valor.

**382.— Condición que deben reunir los valores. —** Los valores o bienes muebles que se dan a cambio de una cosa deben estar excluidos de la masa de gananciales; y como se ha visto todo bien mueble tiende a formar parte de dicha masa; por tanto se requiere que esos valores estén excluidos de manera expresa de esa masa. Parece que sólo existen dos casos en que dichos valores se pueden mirar como excluidos de la masa de gananciales y por tanto pueden ser útiles a la subrogación real: 1º Haberse destinado a la subrogación real mediante el contrato de capitulaciones matrimoniales; 2º Haber sido objeto de una donación por causa de matrimonio (art. 1.783 del c. c. inc. 2º).

Si el bien que se adquiere a cambio es un inmueble debe especificarse claramente en la escritura de permuta o compraventa; si el bien que se adquiere es un mueble se debe hacer esa aclaración en un documento privado o público con el fin de facilitar posteriormente cuando se disuelva la sociedad la prueba de que

el bien adquirido a título oneroso no hace parte de la masa de gananciales y así destruir la presunción general del N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup> del art. 1.781 del código.

**283.—c) Subrogación de inmuebles a inmuebles mediante la compraventa.**—Se requiere: 1. Que en la escritura de venta se diga que el bien que se vende es de propiedad exclusiva del cónyuge vendedor y que con su precio comprará otro inmueble el cual quedará subrogado al vendido; 2<sup>o</sup> En la escritura de compra del nuevo inmueble debe decirse que se compra con el precio del inmueble vendido y que queda subrogado a él (art. 1.789 del c. c.).

Si quedare un saldo de dinero por ser inferior el valor del inmueble que se compra al vendido dicho saldo no es ganancial; si hiciere falta un saldo por ser superior el precio del inmueble comprado al vendido, el nuevo bien será de propiedad exclusiva del cónyuge pero quedará debiendo a la masa de gananciales el valor de ese saldo. Salvo naturalmente cuando se acredita que ese saldo salió de los valores exclusivamente propios del cónyuge.

Empero cuando el saldo excede a la mitad no hay subrogación y el nuevo bien pertenece a la sociedad debiendo ésta al cónyuge los dineros que dio por el bien (art. 1.780). Ejemplos: Si la finca vendida vale \$ 8.000 y la comprada vale \$ 8.000 hay subrogación sin quedar saldos ni a favor del cónyuge o de la masa de gananciales. Si la finca vendida vale \$ 7.000 y la comprada sólo \$ 6.000 los restantes \$ 1.000 en principio entrarán a la masa de gananciales y en ese concepto se reputarán el día de la disolución de la sociedad por aplicación del N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup> del art. 1.781 y especialmente del art. 1.795; pero entonces la masa de gananciales deberá al cónyuge esa suma. Si la finca vendida vale \$ 9.000 y la comprada \$ 10.000 hay subrogación pero el patrimonio del cónyuge deberá a la masa de gananciales \$ 1.000. Si la finca vendida vale \$ 10.000 y la comprada vale \$ 21.000 entonces no hay subrogación aunque así se exprese en ambas escrituras; el nuevo bien se mirará como ganancial; pero la masa de gananciales deberá al cónyuge el valor de la finca que se vendió o sea la suma de \$ 10.000.

Estas mismas reglas se aplicarán en tratándose de permuta de unos bienes por otros.

El art. 1.791 del código que establecía el requisito de la autorización judicial con conocimiento de causa cuando se trataba de subrogación de bienes de la mujer quedó derogado por la Ley 28 de 1932.

**384.—Otros casos de conservación de los bienes que son de propiedad exclusiva de los cónyuges.**—Según el art. 3<sup>o</sup> del art. 1.783 del código no entran a la masa social: "3<sup>o</sup>. To-

dos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa”.

En cuanto a los terrenos contiguos a una finca exclusivamente propia de uno de los cónyuges y adquiridos por él durante la existencia de la sociedad se entenderá que es bien ganancial, a menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño; pues entonces todo el bien formará una masa indivisa que pertenece al cónyuge pero por distintos conceptos: el antiguo bien a prorrata de su valor es de su propiedad exclusiva; y el nuevo bien a prorrata de su valor participa del concepto de ganancial. Este es el sentido que tiene hoy día el art. 1.784 del código.

La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas pro indiviso, y de que durante la existencia de la sociedad conyugal se hiciere dueño, por cualquier título oneroso, pertenecerá pro indiviso al patrimonio exclusivamente propio del cónyuge y de la masa de gananciales, a prorrata del valor del primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto (art. 1.785 del c. c.).

El tesoro que uno de los cónyuges encontrare pertenecerá en su totalidad a la masa de gananciales si fuere hallado en un terreno que participaba del concepto de ganancial; pero si fuere encontrado en terreno de propiedad exclusiva del cónyuge sólo la mitad del tesoro participará del concepto de ganancial (art. 1.787 del c. c.).

## 2.—*Conservación de la masa de gananciales.*

385.—Durante la existencia de la sociedad conyugal el patrimonio que integra la masa de gananciales aparece indiviso con los bienes de propiedad exclusiva de los cónyuges y que no participan del concepto de gananciales. Si los bienes de propiedad exclusiva de un cónyuge (que no son gananciales) asciende a \$ 5.000 y su haber total es de \$ 8.000 tendremos que sólo \$ 3.000 son gananciales; pero como mientras exista la sociedad este cónyuge tiene la libre administración y disposición de todos sus bienes (tanto de los de su propiedad exclusiva como de aquellos que participan del concepto de gananciales) existirá una especie de indivisión entre los bienes gananciales y los demás de propiedad exclusiva del cónyuge; en el ejemplo propuesto la indivisión será entre los 3.000 que son gananciales y los \$ 5.000 que no lo son. Dicha indivisión termina necesariamente el día de la disolución de la sociedad.

En el mismo sentido que el legislador ha dictado ciertas reglas tendientes a proteger y conservar aquellos patrimonios que

son exclusivamente propios de cada cónyuge, asimismo ha dictado otras para conservar y proteger la masa de gananciales, e impedir que esa masa se disminuya o decrezca sin justa causa ya sea a favor de los bienes que no son gananciales, ya sea por mala administración o por otra causa.

En primer lugar se protege la masa de gananciales por la existencia de tres presunciones a favor de ella; en segundo lugar por el establecimiento de ciertas acreencias en razón de expensas hechas en bienes de propiedad exclusiva de los cónyuges, y en tercer lugar, generándose la responsabilidad del administrador por dolo o culpa, o en razón de donaciones cuantiosas.

**386.—I.—Presunciones a favor de la masa de gananciales.**— a) Ya dijimos que mediante el N<sup>o</sup> 5<sup>o</sup> del art. 1.781 del código se organiza a favor de la masa de gananciales una presunción de carácter general y mediante la cual todos aquellos bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad pertenecen a la masa de gananciales. Justa y lógica es esta presunción por cuanto dichos bienes generalmente son el producto del trabajo, industria o el producto de los bienes propios o gananciales o de todos estos factores combinados. Lo que hay que poner de relieve es el hecho de que la ley ha inclinado la balanza en el sentido de proteger la masa de gananciales y así tronchar las dudas que no pueden resolverse. La subrogación real es el medio más indicado para destruir esta presunción.

b) Al lado de esta presunción general existe una especial y es la del art. 1.795 según el cual: "Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirá pertenecer a ella (es decir que no son de propiedad exclusiva del cónyuge tenedor de ellas sino de la masa de gananciales), a menos que aparezca o se pruebe lo contrario". Por tanto la cuenta bancaria de uno de los cónyuges, las acciones de sociedades comerciales, bonos, el mobiliario, cuadros, libros y toda clase de bienes muebles se presumen gananciales.

Esta presunción no abarca los bienes inmuebles puesto que respecto a ellos puede establecerse con precisión si fueron adquiridos durante la sociedad o antes de ella mediante la simple consulta de la respectiva escritura de adquisición en donde se verá el tiempo de adquisición, si el título es oneroso o gratuito, si hubo subrogación a otro bien, etc.

En cuanto a esta presunción interesa retener: 1. Medios para destruirla; 2. Medios por los cuales no se destruye.

**387.—1.—Medios para destruir la presunción.**— Prácticamente no existen otros medios sino éstos: a) Que las canti-

dades de dineros o bienes muebles aparezcan destinados a la compra de un bien por el contrato de capitulaciones matrimoniales; que la compra no se efectuó, y que esos bienes son los mismos que actualmente aparecen en poder de uno de los cónyuges (art. 1.783 del c. c.). b) Que los créditos, cantidades de dinero o acciones aparezca claramente que fueron aportados al matrimonio (lo cual podrá establecerse según la fecha del respectivo documento en donde conste la acreencia, o por la fecha de adquisición de las acciones o bonos; en cuanto a cantidades de dinero no servirá este medio); c) Que aparezca que las cosas y muebles fueron comprados con valores propios de los cónyuges destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales (inc. 2º, art. 1.783 del c. c.); d) Por cualquier otro medio de prueba fehaciente que establezca con seguridad que dichos bienes son de propiedad exclusiva del cónyuge tenedor y no de la masa de gananciales.

**388.—2.—No se destruye la presunción.**—Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán prueba suficiente, aunque se hagan bajo juramento (art. 1.795 del c. c., inc. 2º). No obstante la confesión conjunta de ambos cónyuges es un principio de prueba que podrá complementarse con indicio o escrito que acredite que efectivamente esas cosas no son de la masa de gananciales. b) Si la confesión de ambos cónyuges no es prueba suficiente para excluir de la masa de gananciales las cosas muebles, no obstante sí produce importantes efectos; pues, dicha confesión se mirará como una donación revocable del cónyuge a quien perjudica a favor del cónyuge a quien favorece; dicha donación confirmada por la muerte se ejecutará en la parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar (inc. 3º, art. 1.795 del c. c.).

El inciso 4º del art. 1.795 del código saca del alcance de la presunción enunciada en el inc. 1º de dicho artículo los vestidos de la mujer y todos los muebles de su uso personal necesario; igual aplicación debe tener esa excepción respecto a los vestidos y muebles de uso personal necesarios del marido.

**389.—II.—Acreencias a favor de la masa de gananciales.** Establece el art. 1.801 del código que “en general los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad (es decir: que dichos precios, saldos, etc., se presumirán sacados de los bienes que integran la masa de gananciales), a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar” (a la masa de gananciales).

“Por consiguiente:

“El cónyuge que adquiere bienes a título de herencia, debe recompensar a la sociedad (a la masa de gananciales) por todas las deudas y cargas hereditarias y testamentarias que él cubra, y por todos los costos de la adquisición, salvo en cuanto pruebe haberlos cubierto con los mismos bienes hereditarios o con lo suyo.”

390.—III.—Si bien es cierto que durante la existencia de la sociedad cada cónyuge administra y dispone libremente tanto de los bienes propios que no participan del concepto de gananciales como de aquellos que sí participan de dicho concepto, no obstante esa libertad tiene límites especialmente en lo que respecta a los bienes que pertenecen a la masa de gananciales.

Esa libertad sufre dos clases de limitaciones:

a) Las donaciones que durante la sociedad quiera hacer uno de los cónyuges debe procurar hacerlas de los bienes que no participan del concepto de gananciales. Pero si esa donación se hiciera de los bienes que son gananciales, el patrimonio exclusivamente propio quedará debiendo a la masa de gananciales el valor de la donación, excepto cuando la donación sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo a dicho haber (art. 1.798 del c. c.).

“Si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad (masa de gananciales), el asignatario de dicha especie podrá perseguirla sobre la sucesión del testador, siempre que la especie en la división de gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador; pero en caso contrario, sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador” (art. 1.799 del c. c.).

“En general se debe recompensa a la sociedad (masa de gananciales) por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común”.

b) Cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella (la masa de gananciales) hiciera de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por un delito (art. 1.804).

*Ejemplos:* 1.—En un momento de la existencia de la sociedad conyugal en que el patrimonio de un cónyuge asciende a \$ 30.000 (de los cuales sólo \$ 5.000 no participan del concepto de gananciales, siendo los restantes \$ 25.000 gananciales) y el del otro es de \$ 4.000 por sólo concepto de gananciales, si el primero hace una donación de \$ 15.000 y por ese motivo el día de la disolución de la sociedad su patrimonio sólo es de \$ 15.000, tendremos que esta masa de gananciales es acreedora a la suma de \$ 10.000 (ya que de la donación \$ 10.000 se tomaron de la

masa de gananciales); en consecuencia la recompensa se hará así: total de la masa de gananciales: \$ 19.000 en efectivo; mas una recompensa por \$ 10.000 que se agregará imaginariamente dando una masa por \$ 29.000; luego a cada cónyuge corresponde la mitad o sea \$ 14.500; y así al cónyuge donante o a sus herederos corresponderá \$ 4.500 en efectivo y \$ 10.000 como cancelación de la recompensa que debía a la masa de gananciales; al otro cónyuge corresponderá \$ 14.500 en efectivo.

2.—Si el patrimonio de un cónyuge es de \$ 7.000 adquiridos durante la sociedad a título oneroso y el del otro es de \$ 5.000 en las mismas condiciones, tendremos que la masa de gananciales será de \$ 12.000. Si suponemos que el primero dolosamente pierde \$ 5.000 y por dicho motivo al día de la disolución de la sociedad la masa de gananciales sólo es de \$ 7.000 tendremos que será acreedora a \$ 5.000 los que se aumentarán imaginariamente correspondiendo a cada uno \$ 6.000 los que se pagarán así: al primer cónyuge se darán \$ 1.000 en efectivo y 5.000 se destinarán a cancelar la deuda a la masa; el otro recibirá sus \$ 6.000 en efectivo.

## SECCION SEGUNDA

### EL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

391.—Será fácil determinar ese pasivo cuando todos los bienes de los cónyuges participan del concepto de gananciales. En dicho caso todas las deudas de los cónyuges serán deudas de los bienes gananciales; a la disolución de la sociedad el activo líquido de la masa de gananciales será el que resulte después de haber pagado las deudas contraídas por los cónyuges durante la sociedad.

No así cuando en el patrimonio de los cónyuges existen bienes que participan del concepto de gananciales y otros que no participan de ese concepto por ser de su propiedad exclusiva. En dicho caso y de la misma manera que la masa de gananciales puede ser acreedora al patrimonio que es exclusivamente propio de uno de los cónyuges asimismo puede serle deudora. El pasivo de la masa de gananciales es necesario contemplarlo en relación con los mismos cónyuges y en relación con terceros.

392.—a) **El pasivo de la masa de gananciales en relación con los mismos cónyuges.**—Este pasivo se ha desprendido de las mismas reglas expuestas respecto a la manera como se integra el activo; es decir, que las fuentes del activo de la masa de gananciales sirven de fuente al pasivo. Por consiguiente:

1º—La masa de gananciales debe a los cónyuges aquellos saldos que entraron a ella en razón de la subrogación de un bien exclusivamente propio por otro cuando el precio de venta fue superior al de compra, salvo que se pruebe que dicho saldo no entró a la masa.

2º—La masa de gananciales debe a los cónyuges el valor del bien que se vendió para subrogar a uno nuevo pero no se efectuó la subrogación por haber excedido al doble el valor del nuevo bien.

3º—La masa de gananciales debe a los cónyuges el valor del bien vendido cuando con el precio se compró un nuevo bien pero sin haber expresado en la escritura de venta ni en la de compra el ánimo de subrogar salvo que dicho precio se haya invertido en otro negocio personal del cónyuge de quien era la cosa vendida como en el pago de deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior (art. 1.797 del c. c.).

4º—En general la masa de gananciales debe a los cónyuges todas aquellas expensas hechas con valores exclusivamente propios en los bienes gananciales aplicándose por analogía las mismas reglas que se vieron respecto a las expensas que se deben a los bienes gananciales.

**393.—b) El pasivo de la masa de gananciales en relación con terceros.**—Los artículos 1.796 y 1.800 hablan del pasivo de la masa de gananciales en relación con terceros como con los cónyuges. Siendo de advertir que dichos textos legales en principio sufrieron algunas modificaciones en razón de la Ley 28 de 1932. Evidentemente: los textos en cuestión hablaban del pasivo de la sociedad aun durante la existencia de ella. Es decir, de aquellas deudas a que estaba obligada la sociedad y que corrían contra el marido en razón de ser él jefe y administrador único de todos los bienes (tanto de los bienes que respondían estrictamente al concepto de gananciales como de los bienes de la mujer que no eran gananciales). Además de manera expresa el art. 1.806 del código establecía: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un sólo patrimonio, de manera que durante la sociedad, los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido".

Y si se tiene en cuenta que los bienes sociales en el sistema del código abarcaban no sólo aquellos que tenían el carácter de gananciales, sino además todos aquellos que tenían el carácter de bienes propios de la mujer y que eran los enumerados en los Nos. 3º, 4º y 6º del art. 1.781, tenemos que en principio los bienes de la mujer respondían por las deudas personales del marido.

Pero en virtud del principio de orden general enunciado en el art. 1º de la Ley 28 de 1932 cada cónyuge administra libremente todos sus bienes tanto de los exclusivamente propios como de los que tengan el carácter de gananciales; como consecuencia de ese principio vino a ser responsable personalmente de las deudas que contraiga ya sea en la adquisición de nuevos bienes, ya sea para mejoras introducidas en los bienes exclusivamente propios, ya sea en razón de mejoras en los bienes gananciales. Mejor: el principio de la administración separada de los bienes de cada cónyuge hace que exista la regla de la separación completa de las deudas. Por tanto hoy día durante la existencia de la sociedad conyugal no existen deudas contra la sociedad conyugal (ésta jamás ha sido una persona moral, más en el sistema del código adquiría cierta personalidad o independencia la que era absorbida por el marido); simplemente existen contra cada cónyuge; las deudas de uno de ellos no afectan al otro, ni podrá

perseguirse un bien de la mujer en razón de una deuda del marido y viceversa.

*Ejemplo:* si el marido al casarse debe \$ 5.000 y no aporta bienes al matrimonio y la mujer aporta \$ 20.000, estos bienes de la mujer no podrán ser perseguidos en razón de la deuda del marido (cosa diferente sucedía dentro del sistema del código en donde sí se podían perseguir dichos bienes teniendo la sociedad una acreencia de \$ 5.000, la cual podía ser ilusoria); pero si esas deudas del marido son pagadas durante la sociedad con bienes adquiridos por él a título oneroso entonces la masa de gananciales tendrá una acreencia por esa suma sobre los bienes exclusivamente propios del marido y que en todo caso el día de la disolución de la sociedad se agregará imaginariamente a la masa de gananciales a fin de que el reparto de ella resulte equitativo.

Por tanto sólo cabe hablarse de pasivo de la masa de gananciales únicamente el día en que por cualquier evento se disuelva.

**394.—Excepción a la regla general de que durante la sociedad las deudas son personales.**— El art. 29 de la Ley 28 de 1932 después de enunciar la regla de que las deudas son estrictamente personales, estableció una excepción importante ya estudiada y fue la relativa “a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí conforme al código civil”.

Igualmente de acuerdo con el art. 1.800 del código la ley ha querido gravar de manera directa a la masa de gananciales con el pago de todos los gastos ordinarios y extraordinarios de educación de los descendientes comunes, y las que se hicieren para establecerlos o casarlos, siempre que no constare de un modo auténtico que el marido o la mujer o ambos de consuno, han querido que se sacasen estos gastos de sus bienes exclusivamente propios. Y aun cuando inmediatamente se saquen dichos gastos de los bienes exclusivamente propios de cualquiera de los cónyuges, se entenderá que se hacen a cargo de la masa de gananciales, a menos de declaración contraria. En el caso de haberse hecho estos gastos por uno sólo de los cónyuges, sin contradicción o reclamación del otro, y no constando de un modo auténtico que ese cónyuge quiso hacerlos de sus bienes exclusivamente propios, tendrá derecho él o sus herederos para pedir que se les reembolse de los bienes exclusivamente propios del otro cónyuge, por mitad, la parte de dichos gastos que no cupiere en los gananciales; y quedará a la prudencia del juez acceder a la demanda en todo o parte, tomando en consideración las fuerzas y obligaciones de los patrimonios y la discreción y moderación con que en esos gastos hubiere procedido el cónyuge que los hizo.

Este es el sentido actual del mencionado art. 1.800 del código; él hoy día tiene aplicación pero haciendo referencia a ambos cónyuges, y no solamente al marido, porque ambos cónyuges tienen hoy la libre administración y disposición de todos sus bienes.

**395.—Resumen:** 1) Durante la existencia de la sociedad conyugal ambos cónyuges son responsables solidariamente de las deudas que se contraigan para proveer a los gastos del hogar y educación y establecimiento de los hijos comunes; 2) Una vez disuelta la sociedad conyugal dichos gastos se imputarán de preferencia a la masa de gananciales (arts. 1.800 y 257 del c. c.); 3) En cuanto a las demás deudas cada cónyuge respónde personalmente, sin que los acreedores de un cónyuge puedan perseguir los bienes del otro; 4) En cuanto a las deudas personales pagadas por el cónyuge deudor con bienes que participan del concepto de gananciales, habrá derecho a favor de la masa de gananciales de un abono por el monto de las deudas; 5) Empero, y respecto a los gastos de educación y establecimiento de los hijos comunes, éstos no se imputarán a la masa de gananciales, ni a los bienes de los cónyuges, en los casos en que el hijo tenga bienes (inc. 3º, art. 1.800 y 2º del art. 257 del c. c.).

## TITULO SEGUNDO

### DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD EN EL SISTEMA DEL CODIGO.—LA ABOLICION DE ESE SISTEMA.—LO QUE COMPRENDE LA ACTUAL ADMINISTRACION POR LOS CONYUGES Y OTROS PUNTOS

396.—Indudablemente que el mayor problema que se ha presentado en materia de regímenes económicos matrimoniales es el relativo a la administración de los bienes que integran la sociedad conyugal. Por lo que se refiere a la ley positiva colombiana es necesario contraponer dos sistemas diametralmente opuestos: el consagrado por el código civil de 1.873 y el de la Ley 28 de 1932 que empezó a regir el 1º de enero de 1933, que derogó completamente el del código. Es necesario conocer el sistema del código porque no sólo se consagraba en el cap. 3º del título 22 del libro 4º, sino además en muchos otros artículos y en muchas leyes posteriores; y como la nueva ley se limitó a consagrar en textos excesivamente sintéticos los rasgos generales del nuevo sistema, sin decir qué artículos del código quedaron derogados o modificados, es urgente saber cuál es el criterio para saber qué partes de la antigua legislación quedaron modificadas, y además porque conociendo dicho sistema se facilita conocer ampliamente el nuevo.

**397.—Plan:** 1º La administración de la sociedad conyugal según el código civil; 2º La abolición de dicho sistema y estudio del consagrado por la Ley 28 de 1932; 3º Aplicación del sistema de la Ley 28 de 1932 a las sociedades conyugales existentes antes del 1º de enero de 1933 y manera de ajustar dichas sociedades al sistema nuevo; 4º De los contratos válidos que los cónyuges pueden celebrar en relación con la administración de sus bienes; 5º De los casos anormales o extraordinarios de administración de la sociedad conyugal.

## SECCION PRIMERA

### DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL SISTEMA DEL CODIGO

398.—Según advertimos el activo de la sociedad conyugal del código se integraba con dos clases de bienes: a) Bienes que tenían el carácter de gananciales, y b) Bienes que integraban el activo de la sociedad no como gananciales sino desde el punto de vista de la administración. Todos estos bienes estaban contemplados por el art. 1.781 del código.

En cuanto a los inmuebles adquiridos por la mujer durante la sociedad a título gratuito no entraban directamente a formar parte del activo de la sociedad; empero estos bienes eran administrados por el marido en representación de la mujer ya que ésta era incapaz. Había, pues, una diferencia importante entre los bienes inmuebles aportados por la mujer al matrimonio y los adquiridos por ésta durante la sociedad a título gratuito; los primeros entraban a la sociedad, es decir, la mujer perdía el dominio de ellos y a cambio de esa enajenación adquiría un crédito por el valor del bien (de ahí el motivo de devolución del valor del bien a la disolución de la sociedad); en cambio en los segundos la mujer no perdía el dominio, es decir, no entraban dichos bienes a la sociedad; pero el marido adquiría la administración sin poder disponer libremente de ellos, y en todo caso a la disolución de la sociedad debía restituirlos a mujer en especie, es decir, exactamente el mismo bien.

Ese el sentido del art. 1.805 del código al establecer: “El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer...”.

Una consecuencia interesante era que la sociedad conyugal del código desde el punto de vista de la administración era prácticamente una sociedad universal. Esta consecuencia aparecerá puesta de relieve en los desenvolvimientos siguientes.

**399.—El marido era el único administrador de los bienes de la sociedad conyugal como igualmente de los de su mujer.**—El art. 1.805 del código concedía al marido la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal como los de la mujer.

a) *La administración de los bienes sociales.*—En cuanto a los bienes que tenían el carácter de gananciales podía disponer libremente de ellos; no se generaba ninguna obligación en dicha administración.

En cuanto a los bienes que no tenían el carácter de gananciales (los previstos en los Nos. 3º, 4º y 6º del art. 1.781 del c. c.) los administraba el marido, podía disponer libremente de ellos; empero se generaba la obligación de restituir su valor al día de la disolución de la sociedad.

En todo caso cualquier bien por el hecho de ser social podía el marido disponer libremente de él; no necesitaba autorización de ninguna clase.

Tal era el sentido del art. 1.806 del código que estatúa: “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad, los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido”.

“Podrán, con todo, los acreedores perseguir derechos sobre los bienes de la mujer en virtud de un contrato celebrado por ellos con el marido, en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como el pago de sus deudas anteriores al matrimonio”.

**400.—b) La administración de los bienes de la mujer.** Prácticamente dentro del sistema del código los únicos bienes excluidos de la comunidad eran los que recibían este nombre, por cuanto si bien es cierto que podían haber bienes propios del marido, no obstante por ser éste el jefe único y exclusivo de la comunidad conyugal no había problema respecto a ellos. Es decir, de los únicos bienes que el marido no podía disponer libremente era de los bienes de la mujer que no entraban a la comunidad.

¿Cuáles eran dichos bienes y cuál la responsabilidad del marido en su administración?

1º—Ya dijimos que los bienes de la mujer que no entraban al haber social y que por tanto no eran sociales tenían estas dos fuentes: 1ª Los inmuebles adquiridos por la mujer durante la existencia de la sociedad a título gratuito, y 2ª Aquellos que fueran exonerados de la sociedad en virtud del contrato de capitulaciones matrimoniales. En los casos en que los cónyuges al contraer matrimonio no celebraban dicho contrato entonces los únicos bienes excluidos de comunidad eran los inmuebles adquiridos a título gratuito.

El inc. 3º del Nº 6º del art. 1.781 preveía el caso en que en el contrato de capitulaciones matrimoniales se estipulase que el marido quedase obligado a restituir el cuerpo cierto aportado por

la mujer en especie, es decir, el mismo bien. Dicha cláusula equivalía a excluir de la comunidad esos bienes. Igualmente el N<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> del art. 1.783 preveía el caso en que por el contrato de capitulaciones matrimoniales se excluyesen de la comunidad algunos valores propios de la mujer, es decir, bienes muebles.

2<sup>o</sup>—¿Cuál era el régimen de administración para estos bienes? Eran administrados por el marido no en su calidad de representante de la sociedad conyugal ya que no hacían parte de ella; simplemente el marido los administraba en su calidad de representante legal de su mujer; vale decir: el marido tenía la administración de bienes ajenos y sujeto en principio a todas las reglas establecidas por la ley para los representantes legales que administran bienes de incapaces.

La exactitud de esta regla se comprueba con lo establecido por el art. 1.810 del código que decía: "No se podrán enajenar ni hipotecar bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto del juez... con conocimiento de causa". "Podrá suplirse por el juez... el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad" (como cuando era menor de edad, o había sido puesta en interdicción por enfermedades mentales, disipación o sordomudez).

Y hemos visto que los únicos bienes que el marido administraba con encargo de restituir en especie eran sólo aquellos que no entraban a la sociedad; que estos bienes eran únicamente los bienes exclusivamente propios de la mujer.

La licencia que debía dar el juez para enajenar uno de los bienes de la mujer debía darse con conocimiento de causa y este conocimiento de causa podía tener estas dos fuentes: 1. Facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales, y 2. Necesidad o utilidad manifiesta de la mujer (art. 1.810).

Algunos juristas advertían y con razón que la necesidad o utilidad manifiesta de la mujer sólo aparecía cuando se permutaba un inmueble por otro, pero no cuando se vendía, puesto que en dicho caso el marido quedaba apenas obligado a restituir ese dinero el día de la disolución de la sociedad; o sea que la mujer hacía su condición peor.

Respecto a los bienes muebles que el marido pudiese estar obligado a restituir en especie podían ser enajenados con el solo consentimiento de la mujer (art. 1.811 del c. c.). Y como toda clase de bienes muebles entraban casi sin excepción al haber social, dedúcese que bienes muebles que el marido estuviese obligado a restituir en especie sólo tenían como fuente el contrato de capitulaciones matrimoniales.

Estos bienes de la mujer el marido los podía administrar y percibir para sí el fruto de ellos con fundamento el N<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> del art. 1.781 y en el art. 1.809 del c. c.

La única limitación a la administración del marido de estos bienes era la indicada en el art. 1.813 del código o sea respecto al arriendo de los inmuebles en forma semejante a la facultad de los curadores o tutores.

**401.—Sanción para el caso de que el marido enajenase bienes de la mujer sin los requisitos legales.**— No siendo la sociedad dueña de estos bienes que el marido estaba obligado a restituir en especie, resaltaba que las enajenaciones que de ellos hiciese el marido sin intervención de la autoridad eran enajenaciones de cosa ajena; por tanto inválidas. Por ese motivo la mujer o sus herederos podían reivindicar dichos bienes o ejercer el derecho de cancelación del respectivo derecho real sobre ellos constituidos como el de hipoteca, etc. (art. 1.812 del c. c.).

**402.—Sobre qué bienes de la mujer no se extendían las facultades de administración del marido.**— Aquellos bienes que mediante el contrato de capitulaciones matrimoniales se estipulase que la mujer administrase independientemente del marido (art. 1.776 del c. c.). Respecto a dichos bienes se miraba a la mujer como separada de bienes.

403.—Tal es en síntesis el sistema del código sobre administración de la sociedad conyugal. El marido ejercía una doble representación: 1º Era representante y jefe único de la sociedad conyugal (en tal virtud disponía libremente de todos los bienes de la sociedad); 2º Era además el representante legal de su mujer (en tal virtud administraba los bienes de la mujer con facultades semejantes a las de los representantes legales sobre los bienes de los incapaces).

**404. — Administración extraordinaria de la sociedad conyugal.**— En caso de que el marido no pudiese administrar los bienes de la sociedad conyugal y los propios de la mujer por caer en incapacidad o por ausencia, la mujer tomaba la administración de ellos según las reglas de los arts. 1.814 y ss. del código, y más o menos con las mismas facultades que se concedían al marido, salvo el derecho a pedir la separación de los bienes.

## SECCION SEGUNDA

### EL SISTEMA ACTUAL DE LA LEY 28 DE 1932

405.—El sistema del código civil fue abolido por la Ley 28 de 1932. Según el art. 1º de dicha ley “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;...”. Según el art. 2º “Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga...”. Según el art. 5º “La mujer casada, mayor de edad, como tal puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco su marido será su representante legal”. El art. 9º estableció: “Quedan derogadas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

El alcance de la nueva ley se configura por estas reglas de carácter general.

**406.—I.—Cada cónyuge administra libremente tanto los bienes que son de su propiedad exclusiva como los bienes que tienen el carácter de gananciales.**— En cuanto a la administración de aquellos bienes que no tienen el carácter de gananciales por ser de propiedad exclusiva de cada cónyuge (los aportados al matrimonio y los adquiridos durante la existencia de la sociedad a título gratuito) no se presenta problema de ninguna clase; siendo cada cónyuge plenamente capaz no necesita un representante legal para la administración.

En cuanto a los bienes que tienen el carácter de gananciales (los adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal a título oneroso) son administrados libremente por el cónyuge que los haya adquirido, que haya sido causa de su adquisición: El marido administra libremente los bienes que son de su propiedad exclusiva (que no son gananciales) como de los bienes que él haya adquirido y tengan el carácter de gananciales. La mujer, a su vez administra libremente los bienes exclusivamente propios de ella como de los que adquiriera y tengan el carácter de gananciales.

Así que según la nueva ley y desde el punto de vista de la administración sólo cabe distinguir dos patrimonios: el de la mujer y el del marido.

En el sistema del código y desde el punto de vista de la administración sólo cabía distinguir dos patrimonios pero de naturaleza completamente diferente. El patrimonio del marido el cual quedaba integrado por todos los bienes de su propiedad exclusiva como por todos los bienes que tenían el carácter de sociales (gananciales y bienes de la mujer que estaba obligado a restituir en dinero); el patrimonio de la mujer que estaba integrado por aquellos bienes que no entraban a la sociedad y que el marido administraba pero obligado a restituir en especie.

**407.—II.—Durante la sociedad el patrimonio de cada cónyuge es una suerte de indivisión o comunidad integrada por dos clases de bienes.**—Estas dos clases de bienes son: los bienes exclusivamente propios de cada cónyuge (aportados al matrimonio o adquiridos durante la sociedad a título gratuito y no sujetos a reparto el día de la disolución de la sociedad) y los bienes gananciales (bienes sujetos a reparto cuando la sociedad se disuelva).

Lo que quiere decir que los gananciales durante la existencia de la sociedad conyugal estarán formando una indivisión con los bienes propios del cónyuge que los haya adquirido.

**408.—III.—Cada cónyuge dispone y usufructúa libremente de los bienes de su exclusiva propiedad como de los bienes que tienen el carácter de gananciales.**—Al concedérsele capacidad a las mujeres casadas de plano pueden administrar y disponer de los bienes de su exclusiva propiedad por no necesitar de un representante legal; al quitársele al marido la jefatura y representación de la sociedad conyugal desaparecieron aquellos bienes que entraban a la sociedad desde el punto de vista de la administración y que el marido administraba y disponía libremente con la sola obligación de restituir en dinero según el valor que tuvieron el día de su ingreso al haber social; igualmente ya no se requiere que él exclusivamente administre y usufructúe los bienes gananciales.

Por tanto la administración separada tanto de los bienes propios como de los que tienen el carácter de gananciales por cada cónyuge es consecuencia directa de la supresión de estas dos reglas que dominaban el sistema del código: 1ª *La incapacidad de las mujeres casadas y el remedio para esta incapacidad en la representación legal que al marido se concedía*; 2ª *La jefatura y representación que de la sociedad conyugal tenía el marido*. En virtud de la existencia de la primera regla entraban ciertos bienes a la sociedad conyugal sólo desde el punto de vista de la admi-

nistración (los previstos en los Nos. 3º, 4º y 6º del art. 1.781 del c. c.); igualmente el marido administraba los llamados bienes propios de la mujer (los excluidos de la sociedad en virtud de las capitulaciones matrimoniales y los inmuebles adquiridos durante la sociedad a título gratuito) con las facultades de un representante legal (de ahí el motivo por el cual estaba obligado a restituírlos en especie y para disponer de ellos la necesidad de la autorización de la justicia con conocimiento de causa por utilidad manifiesta para la mujer). En virtud de la existencia de la segunda regla durante la sociedad ninguno de los cónyuges adquiría para sí bienes gananciales; éstos se adquirían para la sociedad conyugal.

La reforma de la Ley 28 de 1932 fue integral y plena; el sistema actual de administración de los bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal no puede explicarse satisfactoriamente sino mediante la supresión conjunta y completa de las dos reglas enunciadas.

Supongámos por un momento que sólo se hubiese suprimido una de esas reglas dejándose subsistente la otra y veremos que el sistema resultante sería completamente diferente al actual.

**409.—a) Supresión de la incapacidad de la mujer y subsistencia de la jefatura y representación de la sociedad conyugal en cabeza del marido.**— Este fue el sistema realizado por la ley francesa del 18 de febrero de 1938. Si la Ley 28 de 1932 se hubiese limitado a conceder plena capacidad a las mujeres casadas dejando subsistente el sistema del código en materia de sociedad conyugal tendríamos una reforma más teórica que práctica, porque si bien las mujeres casadas y mayores de edad podrían libremente contratar, comprar y vender, carecerían de bienes para hacer esos negocios, dada la circunstancia de que todos los bienes adquiridos durante la sociedad a título oneroso entrarían invariablemente al haber de la sociedad y el único representante y jefe de ella lo sería el marido. Los únicos bienes que podrían administrar libremente lo serían aquellos que dentro del sistema del código no entraban al haber social y que eran los que el marido estaba obligado devolver en especie a saber: los adquiridos durante la sociedad a título gratuito y los excluidos de comunidad por las capitulaciones matrimoniales. El profesor francés J. de la Morandière pone de relieve este aspecto de la reforma colombiana comparándola con la reforma introducida en Francia por la ley del 18 de febrero de 1938.

Dice así: Al nacer la Ley 28 de 1932, inspirada en ideas semejantes a las que habían inspirado a los autores de los proyectos franceses del mismo año, se pensó que la reforma no tendría alcance práctico ninguno si se suprimía la incapacidad de la mujer sin modificar el régimen patrimonial de derecho común en el matrimonio. Porque el régimen de comunidad —admitido hasta

entonces— dejaba todos los bienes en manos del marido. Mantener ese régimen era imposibilitar a la mujer para ejercer su nueva capacidad, ya que ella no tenía la disposición y administración de ningún bien. En teoría ella podía vender, pero no tenía ni muebles ni inmuebles qué vender. Podía comprar, pero no poseía dinero, no podía pagar, podía hacer abrir cuenta en un banco, pero no había banco que tratara con ella, porque carecía de fondos para conservar esa cuenta.

“Para hacer eficaz la capacidad que quería concedérsele era necesario dar a la mujer la administración de sus bienes. Se debía, pues, adoptar el régimen anglo-sajón de la separación total de bienes, en el cual cada uno de los esposos tiene la propiedad y el goce de su capital y del producto de su trabajo? No, porque ese régimen ofrece un notorio inconveniente. Cada uno de los esposos conserva las economías que haya hecho, y es necesario reconocer que esas economías, aunque provengan del trabajo o de la renta de uno de los esposos, son en realidad el producto de la colaboración de ambos. La tradición francesa, tradición de ahorro, es fiel a la participación de gananciales, de adquisiciones, consideradas como partes de un patrimonio común. Se pensó entonces en combinar las ventajas de la separación de bienes y de repartición de adquisiciones. Por tanto durante el matrimonio, cada uno de los esposos tendrá, como en la separación de bienes, la administración y disposición de sus bienes y de los productos de su trabajo. Así la mujer tendrá con qué ejercer su nueva capacidad. Pero a la disolución del matrimonio, en caso de muerte de uno de los esposos, por ejemplo, se formará una masa de economías, de adquisiciones hechas por cada uno de los cónyuges, y esa masa se partirá en porciones iguales”. (En J. J. Gómez, p. 97, nota N<sup>o</sup> 22).

**410.—b) Supresión de la jefatura única de la sociedad conyugal en cabeza del marido y subsistencia de la antigua incapacidad de la mujer.**— Con una reforma en ese sentido se habría quitado al marido de plano la libre disposición y administración de todos los bienes sociales (según el sistema del código); él dejaría de ser el jefe único de la sociedad y ya los bienes sociales no se identificarían ante terceros con los suyos, ni los acreedores podrían perseguir los bienes sociales, sino únicamente aquellos bienes que fuesen de propiedad exclusiva del marido. Naturalmente que la mujer no tendría la administración de sus bienes por continuar incapacitada civilmente; su representante legal lo sería el marido por ser la persona más indicada para ello y en tal virtud administraría los bienes de la mujer, mas en dicha administración tendría que manejarse como representante de bienes ajenos y con las facultades restringidas de los representantes legales de los demás grupos de incapaces. No podría enajenar ningún bien

de la mujer sino con los requisitos establecidos en el código para la enajenación de aquellos bienes de propiedad exclusiva de la mujer.

**411.—IV.—Durante la existencia de la sociedad ninguno de los cónyuges tiene ingerencia en la administración, disposición o usufructo de los bienes del otro cónyuge.—**

Tal es el sentido del art. 1º de la Ley 28 de 1932; tal ha sido el alcance dado al nuevo estatuto por la doctrina y la jurisprudencia. En cuanto a los bienes de los cónyuges y que no participan del concepto de gananciales (bienes exclusivamente propios) no hay problema; cada cónyuge los administra y dispone de ellos con la más absoluta libertad; el otro cónyuge no tiene sobre los bienes de exclusiva propiedad de un cónyuge ningún derecho o expectativa ni durante la sociedad ni después de disuelta. Evidentemente: dichos bienes no están sujetos a reparto.

En cuanto a los bienes adquiridos por un cónyuge que participen del concepto de gananciales durante la existencia de la sociedad no tiene el otro cónyuge ningún derecho concreto sobre ellos, sino una simple expectativa o derecho eventual. Nuestra jurisprudencia ha recalado que durante la sociedad ninguno de los cónyuges tiene acciones tendientes por lo menos a la conservación de dichos bienes, a impedir que el otro cónyuge mediante el fraude o mala administración llegue a salir de ellos. "Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos aun sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios, como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º de enero de 1933.

"De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores, en vez de uno: pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor. salvo la solidaridad establecida por el art. 2º en su caso."

Y aún recalca la Corte: "antes de la disolución de la sociedad ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así a cada uno de los esposos la calidad de dueño que antes competía únicamente al ma-

rído, a cuyo fin hubo de crearse la doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad" (Cas. civ., oct. 20 de 1937, en G. J., t. XLV, p. 630 y ss.; la doctrina de esta sentencia ha sido repetida insistentemente por la Corte en estos otros fallos de la Sala de Casación Civil: 29 de marzo de 1939, G. J., t. XLVII, p. 727 y ss.; marzo 24 de 1942, G. J., t. LIII, p. 259 y ss.; Cas. civ., oct. 11 de 1944).

**412.—Acción que tienen los cónyuges para pedir la separación absoluta de bienes en caso de insolvencia o administración fraudulenta por parte de uno de ellos.**— Si bien es cierto que durante la existencia de la sociedad cada cónyuge sólo tiene un derecho eventual sobre los bienes gananciales del otro cónyuge, no obstante dicho derecho es digno de respeto y protección. El código civil organizaba exclusivamente a favor de la mujer la acción de pedir la cancelación del régimen de derecho común por el de separación de bienes en los casos de insolvencia o administración fraudulenta del marido (art. 200 del c. c.). Se trata de saber si esta acción quedó vigente dentro del nuevo sistema y en caso afirmativo si ella debe entenderse concedida también al marido.

1º—La acción contemplada por el art. 200 del código civil quedó subsistente dentro del nuevo régimen por no haber sido derogada de manera expresa o tácita por el nuevo estatuto y por ser evidente su utilidad actual.

Evidentemente: la acción la concedía el código para aquellos casos en que los bienes administrados por el marido y que tuvieran el carácter de sociales peligraban desaparecer o disminuirse considerablemente en virtud de malos negocios, o fraude en la administración; el interés jurídico para obrar de la mujer consistía en el hecho de ver decrecer los bienes que al día de la disolución de la sociedad le habrían de corresponder; entonces la ley le concedía la acción precisamente de precipitar dicha disolución antes de que el marido acabase con los bienes. En el régimen actual puede presentarse exactamente el mismo fenómeno, luego es viable la acción dentro de él.

2º—Pero como por la Ley 28 de 1932 los bienes sociales (reducidos a los gananciales) pueden estar administrados por ambos cónyuges dedúcese que dicha acción corresponde hoy a ambos cónyuges. En el sistema del código sólo se concedía la acción a la mujer por cuanto sólo el marido administraba todos los bienes sociales; en el régimen actual ambos cónyuges administran dichos bienes luego contra ambos es procedente.

Prácticamente es la única acción que tienen hoy día los cónyuges para impedir que uno de ellos acabe durante la sociedad con los bienes gananciales por administración fraudulenta u otra causa.

## SECCION TERCERA

### APLICACION DEL SISTEMA DE LA LEY 28 DE 1932 A LAS SOCIEDADES CONYUGALES EXISTENTES ANTES DEL 1º DE ENERO DE 1933 Y MANERA DE AJUSTARLAS AL NUEVO SISTEMA

413.—Respecto a las sociedades conyugales formadas a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932 no se presenta problema de ninguna naturaleza; ellas quedan regidas por la nueva ley. Pero qué sucedió con las sociedades conyugales que encontró formadas la nueva ley? Quedaron disueltas de plano para volverse a formar según el nuevo estatuto, o siguieron gobernándose de acuerdo con el sistema del código? ¿Qué pasó con todos aquellos actos celebrados antes del 1º de enero de 1933 por el marido como jefe de la sociedad y que no alcanzaron a producir la totalidad de sus efectos? Hé aquí toda una serie de interrogantes, algunos resueltos por la nueva ley, pero otros en donde guardó silencio el legislador y que ha correspondido a la jurisprudencia, poniéndose a la altura de los tiempos y las circunstancias, resolver en cada caso concreto.

Una reforma tan sustancial y plena como la realizada por la Ley 28 de 1932 hubiese sido inoperante, a no haber contado con la amplia y científica labor jurisprudencial del más alto Tribunal del país, hasta el punto de que bien puede afirmarse que dicha obra pertenece más a la Sala de Casación Civil de la Corte que al legislador. La Corte Suprema, ante los grandes vacíos de la ley resolvió, inspirándose en los nuevos métodos de interpretación, y consultando de cerca las exigencias sociales, rehacer la obra legislativa, complementarla, ampliarla o restringirla según las necesidades. El pensamiento nacional ha estado pendiente no tanto de la ley y de sus trabajos preparatorios sino de las diversas sentencias que ha venido dictando la Corte. La sentencia del 20 de octubre de 1937 (G. J. t. XLV, 630 s.) fue la primera y más importante en esta materia; en ella se marcó de una vez por todas el alcance de la reforma y sirvió de pauta a las otras sentencias posteriores.

414.—La resolución de este problema se ha hecho teniendo en cuenta el imperio de estas dos reglas fundamentales en el sis-

tema positivo colombiano: 1ª Las nuevas leyes no pueden tener efecto retroactivo, en el sentido de que ellas no puede violar o lesionar derechos o situaciones jurídicas definitivamente consolidadas, legítimamente adquiridos según el precepto constitucional (art. 30 nueva codificación). Las nuevas leyes sobre capacidad de las personas tienen efecto general inmediato, según el art. 23 de la Ley 153 de 1887 que establece: "La capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior..."

En virtud de esta segunda regla las sociedades conyugales existentes el día primero de enero de 1933 no pudieron seguirse rigiendo por las normas derogadas del código civil; el efecto general inmediato de la ley nueva hizo que dichas sociedades de plano quedaran modificadas en su normal funcionamiento, puesto que el marido cesó de ser el representante único de la sociedad conyugal y de la mujer. Mas en virtud de la existencia de la primera regla los actos celebrados por el marido antes del 1º de enero de 1933 según las reglas del código civil y ajustándose a ellas no perdieron su validez ante el nuevo estatuto; es más: aun muchos de esos actos hicieron sentir sus efectos ante el nuevo estatuto.

415.—La Ley 28 de 1932 en su art. 7º resolvió en parte este problema al establecer: "Respecto a las sociedades conyugales existentes, los cónyuges tendrán capacidad para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos, conforme a esta ley, y si se distribuyeren gananciales, se imputarán a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva. De los perjuicios que se causen a terceros, en virtud de estos arreglos, que deberán formalizarse por escritura pública, responderán solidariamente los cónyuges, sin perjuicio de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes sociales que se distribuyan". A su vez el art. 8º estableció el procedimiento para proceder a esta liquidación.

Mas la ley no resolvió el problema de las sociedades conyugales existentes que no procedieran a hacer su liquidación para ajustarse al nuevo régimen.

Así que estudiaremos: 1º Liquidación y ajustamiento al nuevo estatuto de las sociedades conyugales existentes el 1º de enero de 1933; 2º de la situación jurídica de las sociedades conyugales existentes el 1º de enero que aún no se han ajustado al nuevo estatuto, o durante el lapso de tiempo que transcurrió entre el imperio de la nueva ley y el día en que se ajustaron a la nueva ley o se disolvieron.

## I

*El tránsito de las sociedades conyugales existentes el 1º de enero de 1933 al nuevo sistema de la Ley 28 de 1932.*

416.—El tránsito o ajustamiento de las sociedades conyugales existentes el día en que comenzó a regir la nueva ley supone: 1º Una liquidación que no es definitiva sino provisional; 2º Esa liquidación puede ser judicial o extrajudicial; 3º Lo que comprende la liquidación provisional del art. 7º de la Ley 28 de 1932; 4º De los requisitos para la validez de dicha liquidación; 5º De los efectos de esa liquidación; 6º Del procedimiento que se debe emplear.

## Nº 1.

*La liquidación es provisional.*

417.—La ley dice que los cónyuges tendrán capacidad para definir “las cuestiones relativas a la distribución de bienes que deben corresponder a cada uno de ellos”; además autoriza la distribución de bienes gananciales. Toda distribución y reparto de los bienes de una sociedad es una liquidación.

El tránsito del sistema del código al de la Ley 28 de 1932 requiere una liquidación cuando la sociedad tenía bienes; porque esos bienes que tenían el carácter de sociales van a dejar de ser administrados exclusivamente por el marido; sobre dichos bienes van a haber ahora dos administradores con facultades iguales.

Por otra parte esa liquidación es apenas provisional. La liquidación definitiva de la sociedad sólo se opera cuando se disuelve, y bien sabido que a la disolución de la sociedad se termina el régimen económico matrimonial de derecho común o el contractual que hayan adoptado los esposos y es reemplazado por el régimen de separación total de bienes. En cambio en la liquidación ordenada por el art. 7º de la Ley 28 de 1932 es apenas para ajustar el régimen de sociedad conyugal del código al nuevo régimen que es también de sociedad conyugal de la Ley 28 de 1932; en manera alguna para pasar al régimen de separación total de bienes.

Además el mencionado artículo en forma clara expresa que “si se distribuyeren gananciales, se imputarán a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles (a los cónyuges) en la liquidación definitiva”; lo que indica que se contraponen dos clases de liquidaciones: la del art. 7º de la Ley 28 de 1932, que es previa, transitoria, provisional, y la liquidación definitiva que viene a la disolución de la sociedad.

La jurisprudencia y la doctrina reconocen este carácter de la liquidación contemplada por el art. 7º La sentencia del 20 de

octubre de 1937 dijo: "*Alcance del art. 7º de la ley.*—De otro lado, la definición entre los esposos de las cuestiones relativas a los bienes de la sociedad, tampoco corresponde rigurosamente a lo que en estricto derecho representa la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, como resultado de las causales de disolución previstas en el código. Porque la Ley 28 de 1932 estuvo lejos de consagrar la disolución de las sociedades pendientes, limitándose sólo a establecer un diferente manejo de ellas. Y porque la liquidación del art. 7º, aunque permite distribuir gananciales, se hace sobre la base de que éstos se "imputarán a buena cuenta de lo que a los cónyuges hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva". De donde infiérese que el legislador puso buen cuidado en no asimilar, en cuanto a su alcance y contenido, la liquidación provisional del art. 7º, no obstante la cual los socios continúan constituyendo la sociedad de gananciales, a la liquidación definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad. La redacción del art. 7º demuestra que aquella distribución provisional apenas constituye una base o un principio de lo que posteriormente ocurra al romperse definitivamente la sociedad" (G. J., t. XLV, p. 630 y ss.; esta misma doctrina ha sido repetida por la Sala de Casación civil en estos otros fallos: marzo 29 de 1939, G. J., t. XLVII, p. 727 y ss.; 18 de abril de 1939, G. J., t. XLVIII, p. 38; 30 de abril de 1942, G. J., t. LIII, p. 376).

## Nº 2.

### *La liquidación provisional del art. 7º puede ser judicial o extra-judicial.*

418.—El art. 7º de la Ley 28 faculta a los cónyuges para liquidar extra-judicialmente la sociedad conyugal del código para ajustarse al nuevo régimen; tal es el sentido del mencionado texto legal al decir que "los cónyuges tendrán capacidad para definir extrajudicialmente...".

Que la sociedad conyugal del código pueda liquidarse extra-judicialmente indica que los cónyuges de común acuerdo y sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial pueden proceder al reparto y distribución de los bienes de que es objeto la liquidación.

En caso de que no estén de acuerdo ambos cónyuges pueden recurrir a la autoridad judicial, es decir, la liquidación provisional puede ser judicial? El desacuerdo de los cónyuges puede versar sobre dos cuestiones: 1º El marido se niega a hacer entrega de los bienes que a la mujer corresponde administrar según la ley nueva; o lo que es lo mismo: no quiere que se proceda a la liquidación; 2º Alguno de los cónyuges no está de acuerdo en

cuanto a la naturaleza de algunos bienes, o en cuanto a los que le han de corresponder.

A raíz de la expedición de la ley se presentaron sobre el particular dos tesis. Una que sostenía, apegándose literalmente al texto de la ley, que mientras ambos cónyuges no estuviesen de acuerdo no podía haber liquidación; que dicha liquidación era una "facultad que pueden ejercitar si se ponen de acuerdo para ello. Uno de los cónyuges no puede exigir al otro que definan y distribuyan" (Moreno Jaramillo). Según dicha tesis la liquidación del art. 7º no podía en ningún caso ser judicial.

La otra tesis, inspirándose en un criterio amplio y científico, sostuvo que dicha liquidación podía también ser judicial; que la ley sólo previó la liquidación extra-judicial o amigable por cuanto sólo se colocó en el caso de que ambos cónyuges procediesen de acuerdo; pero que en la hipótesis de no estar de acuerdo los cónyuges es lógico que puede proceder la liquidación judicial. La Corte Suprema de Justicia dio el triunfo definitivo a esta 2ª tesis con argumentos de gran valía. En la ya citada sentencia del 20 de octubre de 1937 se expresó así: "*Acción judicial para obtener la distribución de los bienes de las sociedades antiguas.* En el fondo el art. 7º consagra un verdadero derecho complementario en favor de la mujer. Dice el art. 23 de la Ley 153 de 1887 que la capacidad de la mujer casada para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior. Siendo así, la mujer tiene derecho inmediato a tomar la administración de todos los bienes que le correspondan en la masa social que estaba formada al empezar a regir la ley que amplió el ámbito de su capacidad; y el marido tiene a su cargo la obligación correlativa de colocar a la mujer en el ejercicio y goce de ese derecho, entregándole tales bienes, si así lo pidiere. Es una obligación concreta que como toda obligación jurídica debe estar sancionada por el poder también jurídico de producir su cumplimiento mediante coacción de los órganos jurisdiccionales. Lo cual está indicando que la mujer tiene en general el derecho de compeler al marido a entregarle los bienes correspondientes; es decir, tiene la acción correlativa a ese derecho. Pero ¿cómo se hace efectivo ese derecho? "... Dándoles facultad a los cónyuges de definir extra-judicialmente su situación. Al dar esa facultad no niega la de gestión judicial porque, ésta como se ha dicho, es emanación misma de todo derecho civil. El derecho conlleva la acción. De consiguiente cuando la ley permite que las cuestiones relativas a los bienes de las antiguas sociedades pendientes se definan extrajudicialmente, apenas otorga una autorización condicionada a que los arreglos privados se hagan constar en escritura pública... "Y porque si se aceptara la tesis de que la mujer carece, en caso de desacuerdo con el marido o de renuncia de éste, de acción para acudir a la jus-

ticia en solicitud de amparo, surgiría la irritante e intolerable situación de un derecho sin protección jurídica, sometido a la voluntad caprichosa de quien debe satisfacerlo" (G. J., t. XLV, p. 638 y 639; esta misma doctrina ha sido sostenida en estas otras sentencias: Cas. civ., abril 18 de 1939, G. J., t. XLVIII, p. 38; Cas. civ., 25 de junio de 1942, G. J., t. LIII, p. 677).

### Nº 3.

#### *Lo que comprende la liquidación provisional del art. 7º.*

419.—En cuanto a los bienes que abarca la liquidación provisional del art. 7º de la Ley 28 de 1932 es igual a la liquidación definitiva que se sucede a la disolución de la sociedad; vale decir: aunque provisional la liquidación del art. 7º comprende todos los bienes tanto propios de los cónyuges como sociales.

Comprende los bienes propios de los esposos. La mujer, por tanto tiene derecho a exigir-se le entreguen todos los bienes que eran de su propiedad exclusiva y que eran aquellos que el marido administraba con cargo de restituir en especie. Comprende todos los bienes sociales, tanto de los que según el sistema del código entran a la sociedad desde el punto de vista de la administración como de todos aquellos que entran como gananciales. Esto se demuestra por cuanto el mismo art. 7º de la Ley 28 previó el caso de la distribución de gananciales, los que se imputarían "a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva". Igualmente la jurisprudencia nacional de manera expresa ha establecido que dicha liquidación comprende toda clase de bienes como en la liquidación definitiva. "Este art. 7º de la Ley 28 fue dado con el único y exclusivo objeto de facilitar a los cónyuges la manera de acomodarse a las prescripciones del nuevo sistema. Con la autorización allí contenida y mediante la distribución provisional de los bienes sociales, cada socio saca de la masa los que le hubieren de corresponder en una liquidación general y definitiva. Así desligados los dos patrimonios o en proporción distinta, si así lo acordaren los dos cónyuges en esa distribución provisional, cada uno de los cónyuges toma la administración autónoma de lo que en la distribución se le ha asignado" (Cas. civ., oct. 20 de 1937, G. J., t. XLV, p. 630 y ss.).

**420.—La liquidación provisional tienen carácter definitivo respecto a los bienes que comprende.**— Esta liquidación tiene carácter de definitiva sobre lo que comprende, sobre el pasado, y solamente puede entenderse provisional en cuanto pueda servir de base y cuenta para compensaciones y demás operaciones a que da lugar la liquidación definitiva producida por la disolución del matrimonio o por el advenimiento de cualquiera

otra de las causas que en conformidad con el código civil determinan la liquidación definitiva (Cas. 29 de marzo de 1939, G. J., t. XLVII, p. 727). Si existe, por ejemplo, como bien social una casa, y no hay deudas, los cónyuges, al repartirse por iguales cuotas esa casa, liquidan de una vez su participación en el inmueble, el cual por eso deja de ser materia divisible en la liquidación final; lo que no significa que tal reparto deje de tenerse en cuenta en esta última liquidación, a efecto de saber cuánto tiene ya recibido por gananciales cada cónyuge" (Cas. civ., oct. 20 de 1937, G. J., t. XLV, p. 630; Cas. civ., 18 de abril de 1939, G. J., t. XLVII, p. 38).

De acuerdo con la anterior doctrina de la Corte Suprema de Justicia se siguen estas consecuencias:

1<sup>a</sup>—Los bienes que antes de la liquidación provisional tenían el carácter de gananciales y que estaban sujetos a reparto el día de la liquidación definitiva pierden dicho carácter al distribuirse en la liquidación provisional; dichos bienes pasan a ser de propiedad exclusiva del cónyuge a quien correspondieron; ya no son objeto de nuevo reparto en la liquidación definitiva. El término de "provisional" con que la Corte ha llamado esa liquidación sólo indica que se contrapone a la liquidación definitiva de la sociedad a consecuencia de su disolución; que ella no implica disolución de la sociedad sino tránsito de la sociedad del código a la de la Ley 28 de 1932; que por este motivo cabría llamarla más bien "liquidación transitoria" pero definitiva en cuanto a los bienes que abarca.

2<sup>a</sup>—A pesar de que esa liquidación sea definitiva en cuanto a los bienes que abarca no indica ello que dichos bienes no sigan produciendo rentas para la nueva masa de gananciales que se empieza a formar y que generarán un nuevo reparto el día de la liquidación final. Pero si a partir de la liquidación provisional o "transitoria" del art. 7º de la Ley 28 de 1932 a el día en que se disuelva la sociedad no se produjo una nueva masa de gananciales entonces no se requiere liquidación final por no haber bienes para repartir; en dicho caso la liquidación "transitoria" se convierte y equivale a liquidación final o definitiva. "Claro es que la liquidación provisional hecha sin desproporción alguna, a que no sigan nuevos gananciales, hace innecesaria, por falta de materia la liquidación definitiva" (Cas. civ. 18 de abril de 1939, G. J., t. XLVIII, p. 38).

3<sup>a</sup>—Los cónyuges si proceden de acuerdo pueden no ajustarse estrictamente a las reglas del código sobre liquidación de la sociedad; así si los bienes gananciales objeto de liquidación provisional consisten en dos casas, una que vale \$ 6.000 y otra \$ 7.000 pueden convenir en que la de \$ 6.000 se adjudique a la mujer y la de \$ 7.000 al marido. Mas en este caso se hace necesaria

la liquidación definitiva o final para que con los nuevos gananciales corresponda a cada cónyuge igual valor de ellos o si no se produjeron se haga la respectiva compensación de los bienes propios del marido a los de la mujer. Lo que indica que para que la liquidación provisional o transitoria haga innecesaria la liquidación final se requiere que no se hayan producido nuevos gananciales y que el reparto se haya ajustado a las reglas del código y habiéndose hecho las respectivas compensaciones y deducciones.

#### Nº 4.

##### *De los requisitos para la validez de la liquidación provisional.*

421.—Tratándose de una liquidación de bienes los requisitos para la validez de ella son los mismos que existen sobre los contratos que recaen sobre cosas. Así si uno de los cónyuges es incapaz deberá estar representado por su respectivo curador.

Además la ley establece que dicha liquidación debe constar por escritura pública (art. 7º, Ley 28). Como no se hacen distinciones quiere decir que este requisito es necesario aun cuando sólo se trate de liquidar una sociedad conyugal donde sólo haya bienes muebles.

#### Nº 5.

##### *De los efectos de la liquidación provisional.*

422.—Los efectos son importantes; ellos se hacen sentir en dos direcciones principales: 1º Libre disposición y administración para cada cónyuge de los bienes repartidos, y 2º Solidaridad de ambos cónyuges respecto a los perjuicios que con la liquidación se causen a terceros.

423.—I.—Siendo el objeto de la liquidación del art. 7º de la Ley 28 de 1932 el ajustarse al nuevo sistema de administración de la sociedad cada cónyuge puede disponer y administrar libremente los bienes que le correspondieron; especialmente la mujer, quien sin intervención del marido o de la autoridad judicial, puede disponer de sus bienes sin limitaciones de ninguna clase (puesto que todos los bienes que se le entregan los administra como propietaria exclusiva ya que no van a ser objeto de reparto en la liquidación final).

**424.—II.—Solidaridad de ambos cónyuges respecto a los perjuicios que se causen a terceros.**— En el sistema del código el responsable de las deudas sociales lo era el marido; cuestión natural ya que era el titular de todo el activo de la sociedad; por tanto los acreedores del marido podían perseguir to-

dos los bienes sociales y los propios de él; no podían perseguir los bienes exclusivamente propios de la mujer (los que el marido estaba obligado a devolver en especie) salvo cuando en virtud de contrato celebrado con el marido y en cuanto se probare haber cedido en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio (art. 1.806 del c. c.). En cuanto a las deudas contraídas por la mujer con mandato general o especial, o con autorización expresa o tácita del marido, era respecto de terceros, deuda del marido, y por consiguiente de la sociedad; y el acreedor no podía perseguir el pago de esta deuda, sobre los bienes propios de la mujer, sino sólo sobre los bienes de la sociedad y sobre los bienes propios del marido; igualmente respecto a los contratos celebrados por el marido y la mujer de consuno, o en que la mujer se obligara solidaria o subsidiariamente con el marido, no valían contra los bienes propios de la mujer, salvo cuando redundaban en provecho personal de ella (art. 1.807 del c. c.).

En pocas palabras: dentro de la sociedad del código la mujer no tenía bienes, no tenía intervención alguna en los bienes sociales aunque en su totalidad hubiesen sido aportados por ella; consecuencia lógica de ese estado de cosas era el que tampoco se comprometía su responsabilidad en razón de las deudas contraídas por el marido respecto de terceros, ni de las contraídas personalmente por ella.

La Ley 28 de 1932 al quitarle al marido la jefatura de la sociedad conyugal y otorgarle plena capacidad a la mujer para que administrase los bienes propios de ella como los que le correspondan por la liquidación provisional tenía, como consecuencia natural, que comprometer su responsabilidad respecto a deudas de terceros. ¿Cuáles deudas? Las contraídas por el marido antes del 1º de enero de 1933. Lo natural es que en la liquidación provisional del art. 7º se provea al pago de dichas deudas y que el reparto de bienes se haga a cada cónyuge con cargo de pagar ciertas deudas en proporción a los bienes que recibe. Así si el valor de los bienes sociales objeto de reparto en la liquidación provisional ascienden a \$ 30.000 y existen deudas por valor de \$ 10.000 y si los bienes se parten igualmente cada cónyuge debe pagar la mitad de las deudas. En dicha forma el tránsito del sistema del código a la ley nueva es completo e integral; en lo futuro los acreedores sólo podrán perseguir al marido en razón de la mitad de las deudas y a la mujer en razón de la otra mitad se empiezan a aplicar las reglas de los arts. 1º y 2º de la nueva ley.

425.—Pero el legislador colombiano, conocedor de la realidad nacional y en previsión de que la liquidación provisional se aprovechase en muchos casos para hacer fraude a los acreedores,

resolvió en materia de pasivo de la sociedad conyugal no hacer el tránsito completo. Creó la solidaridad respecto a esas deudas para ambos cónyuges; quiso que si dentro de la sociedad del código y en el ejemplo propuesto la totalidad de los bienes sociales (\$ 30.000) estaban respondiendo por el total de las deudas y por cada una de ellas, al hacerse el tránsito al nuevo sistema no se cambiase dicha situación, o sea que la totalidad de los bienes que dejaban de ser sociales para pasar a propiedad de los cónyuges siguiesen respondiendo a los terceros por sus acreencias; para ello se vio en la necesidad de crear la solidaridad pasiva para ambos cónyuges. Con dicha solidaridad el total de las deudas podrán hacerse efectivas, si así lo prefieren los acreedores, sobre los bienes de uno solo de los cónyuges; si esto ocurriese aplican las reglas generales o sea que el cónyuge que paga el total de deudas sin corresponderle tiene acción contra el otro cónyuge en razón de lo que ha pagado sin corresponderle. Tal es el sentido y alcance del art. 7º de la Ley 28 de 1932 en la parte que dice: "De los perjuicios que se causen a terceros, en virtud de estos arreglos. ...responderán solidariamente los cónyuges, sin perjuicio de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes sociales que se distribuyan".

#### Nº 6.

*Del procedimiento para resolver los conflictos que se susciten con motivo del tránsito del sistema del código al nuevo sistema.*

426.—En virtud de las dificultades que habrían de presentarse en la práctica con motivo de la aplicación de la nueva ley, el legislador de manera expresa quiso señalar el procedimiento que deben seguir los jueces cuando traten de desatar litigios que hagan referencia a la cuestión del tránsito del sistema de administración de la sociedad en el sistema del código al estatuido por la Ley 28 de 1932. El art. 8º de esta ley dijo: "Las cuestiones que se susciten entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación de esta ley, serán desatadas mediante el procedimiento breve y sumario de que trata el art. 1.203 del código judicial.

"Si la cuestión se suscitare durante la liquidación de la sociedad, será juez competente el mismo que conozca o haya de conocer de dicha liquidación.

"Las sentencias que se dicten en estos casos, pueden ser revisables en juicio ordinario, sin perjuicio de que se ejecuten mientras no se verifique la revisión por sentencia ejecutoriada."

El art. 1.203 del código establece: En los asuntos judiciales en que el juez, para resolver, ha de hacerlo con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, se entiende que no debe acceder a lo que se le pide sino cuando estén probados los hechos en que

se funde la solicitud, y se hayan cumplido además los requisitos que exige la ley, como oír a los parientes, o al ministerio público.

“Cuando la cuestión no sea de jurisdicción exclusivamente voluntaria, el juez, determina, a su prudente juicio el modo de oír a los parientes.”

De estas disposiciones se deduce: 1º El juez tiene libertad para indicar el modo de oír a las partes. Podrá seguir el procedimiento verbal indicado en el título XLVI del L. 2º del código judicial. 2º Las sentencias dictadas en dichos juicios podrán ser revisadas en juicio ordinario, excepto cuando por las cuestiones que se ventilen y desaten se haya seguido el procedimiento ordinario; 3º Por este procedimiento se desatan no sólo las cuestiones relativas a la liquidación de la sociedad del código para hacer el tránsito a la de la Ley 28 de 1932, sino además todas las demás mencionadas en el articulado legal que integra la ley, como las relativas al cobro de las deudas provenientes de crianza, educación y establecimiento de los hijos, discernimiento de la curaduría a la mujer casada, etc.

## II

*Situación jurídica de las sociedades conyugales existentes el 1º de enero de 1933 que aún no se han ajustado al nuevo estatuto.*

427.—¿Cuál es el régimen jurídico de esta sociedad a la luz de las nuevas reglas de la Ley 28 de 1932? ¿Qué valor tienen los actos del marido en la administración o disposición de bienes que tienen el carácter de sociales durante la vigencia de la nueva ley sin el consentimiento de la mujer?

A este respecto será necesario hacer una distinción entre el patrimonio que integraba la masa social de la sociedad conyugal tal como se encontraba formada el 1º de enero de 1933 y aquellos bienes que han adquirido posteriormente los cónyuges.

En cuanto a los bienes adquiridos durante la vigencia de la Ley 28 de 1932 aunque tengan el carácter de sociales no hay problema: dichos bienes son administrados libremente por el cónyuge que los adquirió; de ellos puede disponer. Mas no sucede lo mismo respecto a los bienes sociales existentes el 1º de enero de 1933 y respecto a los cuales los cónyuges no hayan hecho la liquidación provisional contemplada por el art. 7º de la Ley 28.

Esos bienes se consideran a partir de la vigencia de la nueva ley como una masa indivisa cuya propiedad pertenece a ambos cónyuges; ambos conjuntamente pueden administrar y disponer; pero ninguno de ellos exclusivamente por sí solo. En otras palabras: trátase de una comunidad en donde los cónyuges son los comuneros y representantes de dicha comunidad. En estos términos expuso la Corte Suprema de Justicia esta tesis: “Por ha-

ber perdido el marido desde la fecha indicada (1º de enero de 1933) el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de bienes de la antigua sociedad conyugal, los cuales vinieron a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado art. 7º (Cas., oct. 20 de 1937, G. J. t. XLV, p. 630; Cas., abril 20 de 1942, G. J., t. LIII, p. 339; Cas., set. 7 de 1942, G. J., t. L). *Ley 68 de 1946, aclaratoria*

428.—**Las consecuencias de esta tesis.**—1º En cuanto a los bienes inmuebles existentes el 1º de enero de 1933 y que tenían el carácter de sociales ninguno de los dos cónyuges puede disponer por sí solo libremente. Por tanto: a) Todo acto de enajenación de inmuebles adquiridos por cualquiera de los dos cónyuges, durante la sociedad antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 y a título oneroso (es decir bienes sociales) debe ser hecho por ambos cónyuges conjuntamente; porque dichos bienes pertenecen a la sociedad y ésta cesó de estar representado exclusivamente por el marido. Al hablarse de enajenación se comprende: 1. La tradición de cualquier derecho real o la constitución de derechos reales sobre dichos inmuebles (tradición de derechos reales como la propiedad, el uso, la habitación; constitución de derechos reales como la hipoteca, servidumbres; 2. Las limitaciones a la propiedad como la propiedad fiduciaria, etc. (J. J. Gómez, ob. cit., p. 171 y 172). b) Todo acto de administración que implique un gravamen como el arriendo del inmueble por escritura pública sólo puede ser ejecutado por ambos cónyuges conjuntamente.

2º—Igualmente en cuanto a los bienes muebles no pueden disponer sino ambos cónyuges conjuntamente.

3º—Igual regla se aplica en cuanto a los bienes incorporales como la propiedad sobre una obra artística o literaria, etc.

4º—Respecto a aquellos bienes que el 1º de enero de 1933 tenían el carácter de exclusivamente propios de alguno de los cónyuges queda facultado el cónyuge propietario para disponer libremente de ellos. (Cas. civ., 28 de set. de 1940. G. J. L., p. 343).

5º—En cuanto a la administración de estos bienes sociales, en caso de que los cónyuges no hayan hecho la liquidación provisional del art. 7º de la Ley 28 deben ser administrados conjuntamente por ambos cónyuges. No obstante si el marido los si-

que administrando sin oposición de la mujer se presume que ésta le ha otorgado mandato especial o general de acuerdo con la autorización del art. 3º de la Ley 28 de 1932.

El marido en la administración de los bienes sociales en la hipótesis contemplada está limitado doblemente: 1. No puede ejercer ningún acto que pugne con el nuevo sistema de la Ley 28 de 1932; además el mandato sólo se extenderá a simples actos de administración; para actos de disposición se requiere autorización expresa y por escrito; 2. La mujer en cualquier momento puede pedir la liquidación de los bienes sociales, caso en el cual se supone revocado el mandato al marido.

**429.—Acciones que puede intentar la mujer cuando se compromete la responsabilidad del marido.**— a) Si el marido procede sin mandato de la mujer y enajena un bien social o propio de la mujer existente antes de empezar a regir la nueva ley y sin la liquidación ordenada por el art. 7º de la Ley 28 de 1932 tenemos pura y simplemente que ha enajenado y hecho tradición de cosa ajena. Por tanto si al acto de enajenación (venta, permuta, donación) ha seguido la tradición de la cosa ésta no es válida, ya que nadie puede hacer tradición a otro de lo que no le pertenece.

En consecuencia la mujer puede ejercer la acción reivindicatoria de bien para la sociedad conyugal en su calidad de representante de esa sociedad. Igual acción tendrá el marido para el caso de que sea la mujer la que haga salir del patrimonio social un bien adquirido por ella pero que tiene el carácter de bien social (y si se habla especialmente de la mujer es debido a que el marido en muchos casos ha creído que sigue gozando de las mismas facultades administrativas y dispositivas que tenía en el sistema del código sobre los bienes sociales). Sobre el ejercicio de esta acción: Cas. civ., oct. 20 de 1937. XLV, p. 630; 29 de marzo de 1939, XLVII, p. 727; Cas. civ., oct. 29 de 1941. LII, p. 610; Cas. 24 de marzo de 1942. LIII, p. 259; 28 de nov. de 1941, LII, 788; Cas. civ., jun. 25 de 1942. LIII, 677; 30 de abril de 1942, LIII, p. 376; Cas. civ., set. 7 de 1942. LIV-bis, 42; Cas. civ., marzo 21 de 1945.

Para intentar la acción de reivindicación de bienes sociales para la sociedad no se requiere intentar previamente la acción de nulidad (Cas. 24 de marzo de 1942. LIII, p. 259).

b) La mujer tiene personería para accionar y excepcionar en favor del patrimonio social. "El art. 1º de la Ley 28 de 1932 otorgó a la mujer casada mayor de edad, plena capacidad civil, suprimiendo la *capitis deminutio* a que la sometía el régimen anterior del código civil. Consecuencia de esta trascendental reforma es la aptitud de la mujer casada para ejercer todos los actos de la vida civil y para comparecer en juicio sin la autorización

del marido. Uno de los efectos jurídicos del nuevo sistema es la personería sustantiva de la mujer casada para accionar y exceptuar en defensa del patrimonio social o del suyo propio, siempre que fuere necesario, sin necesidad de la intervención del marido o de la justicia en subsidio" (Cas. civ. abril 30 de 1942).

Así la mujer tiene plena capacidad para interrumpir la prescripción que corría contra uno de los bienes sociales, como igualmente hacer declarar que determinado bien ha entrado al haber social por prescripción. En fin: tiene plena capacidad para ejercitar todas aquellas acciones que antes del 1º de enero de 1933 sólo competía al marido como único jefe de la sociedad conyugal.

### III

*La aplicación de la nueva ley no puede desconocer o violar derechos o situaciones jurídicas legítimamente adquiridos.*

430.—Si la Ley 28 de 1932 debe tener efecto general inmediato, en manera alguna puede tener efecto retroactivo, en el sentido de que ella no puede servir para violar o desconocer aquellos derechos y situaciones jurídicas definitivamente consolidadas antes del primero de enero de 1933.

a) La mujer carece de interés jurídico para demandar para el matrimonio social el reintegro de bienes sociales enajenados por el marido antes de comenzar a regir la nueva ley; porque dicha enajenación la hizo el marido legalmente según el sistema del código que le daba amplias facultades administrativas y dispositivas sobre los bienes sociales (Cas. civ. 22 de agosto de 19424, G. J., t. XLIX, p. 842). Una solución contraria implicaría el darle efecto retroactivo a la nueva ley.

b) Los derechos reales constituídos sobre bienes sociales por el marido sólo, antes de comenzar a regir la nueva ley, no pueden ser desconocidos ni violados por la mujer; su nueva capacidad no la autoriza para atacar aquellos actos de disposición y administración cumplidos plenamente por el marido en virtud del sistema del código y antes de comenzar a regir la nueva ley.

431.—c) **El marido es el único responsable de las deudas contraídas antes del nuevo régimen.**— Naturalmente en los casos en que no haya precedido la liquidación provisional del art. 7º de la Ley 28 de 1932. "Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato, no tenía porqué alterarse ni se alteró por efecto de la Ley 28 de 1932, que estatuyó a partir del 1º de enero de 1933, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes tanto de los que le pertenezcan al momento de con-

traerse el matrimonio, como de los más que adquiriera o hubiese adquirido, y en que marido y mujer serán responsables personalmente de las deudas que contraigan... Este principio general consignado en el art. 2º de la Ley 28 de 1932, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene que ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces fuera de los bienes especialmente afectados con hipoteca. Ninguna disposición legal ni normal de derecho puede aducirse para concluir que el nuevo régimen legal puede afectar perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los arts. 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, en cuyos principios se informó el 7º de la Ley 28 de 1932, contentiva de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materia de derechos y obligaciones anexos a un estado civil debe regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto” (Cas., jul. 10 de 1941, G. J., t. LI, p. 798).

## SECCION CUARTA

### DE LOS CONTRATOS QUE PUEDEN CELEBRAR VALIDAMENTE LOS ESPOSOS

432.—El art. 3º de la Ley 28 de 1932 establece: “Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial”. De acuerdo con esta disposición legal los cónyuges no pueden celebrar entre sí sino una categoría limitada de actos jurídicos.

a) *Donaciones.*—Si son nulas entre los cónyuges las donaciones irrevocables, es decir, las donaciones por acto de vivos, quiere decir que son perfectamente válidas las donaciones revocables o sea las donaciones por causa de muerte (art. 1.194 del c. c.). No obstante una pequeña dificultad se presenta en la interpretación de este artículo legal en concordancia con los arts. 1.195 y 1.196 del código. De acuerdo con estos textos legales las donaciones irrevocables entre los cónyuges no quedaban atacadas de nulidad absoluta, sino que simplemente se mirarían como donaciones revocables; lo que quiere decir que sí producían efectos (art. 1.196 del c. c., inc. 3º). Pero al hablar la Ley 28 de 1932 de que dichas donaciones son nulas absolutamente indica que no están destinadas a producir ningún efecto; que no se mirarán como donaciones revocables. Parece, pues, que se modificó y cambió el sentido de los arts. 1.195 y 1.196 del código. Si tal interpretación surge del texto literal del art. 3º de la Ley 28 de 1932, no se puede hacer primar por impedirlo así el espíritu general de la legislación y motivos de orden práctico y de lógica. En primer lugar, porque no aparece la intención clara del legislador en derogar el sistema del código en materia de donaciones; en segundo lugar, porque no se ve cuál podría ser el motivo que tenía la ley en modificar ese sistema; la finalidad social perseguida en la redacción del art. 3º de la Ley 28 de 1932 es la protección de terceros; la ley ha querido evitar que, en perjuicio de los derechos de esos terceros, uno de los cónyuges haga traspaso de su patrimonio al otro ya sea a título oneroso ya a título gratuito. En cuanto al traspaso de bienes a título gratuito de un cónyuge a otro ya estaban esos terceros protegidos dentro del sistema del

código, puesto que las donaciones irrevocables se miraban como revocables, lo que indicaba que sólo se perfeccionaban por la muerte del cónyuge donante; luego la Ley 28 de 1932 (si pretendió modificar el sistema del código) no agregó nada a la protección que se daba a terceros. En tercer lugar no es justo ni equitativo que al poderse hacer los cónyuges donaciones revocables las que se hagan con el carácter de irrevocables (donaciones en las que se acentúa el ánimo de donar, de gratificar) carezcan de todo valor y no se miren siquiera como donaciones revocables.

**433.—b) Actos jurídicos a título oneroso.**— Como se deduce del texto del art. 3º de la Ley 28 sólo son válidos entre los cónyuges aquellos actos que recaigan sobre bienes muebles; los que recaigan sobre inmuebles quedan atacados de nulidad absoluta.

Es bueno advertir que el artículo 1.852 del código establecía que “es nulo entre cónyuges no divorciados el contrato de venta...”. Y como no se hacían diferencias se entendía que tanto el contrato de venta que recaía sobre muebles como el que recaía sobre inmuebles quedaba atacado de nulidad. Mas este texto legal quedó modificado por el texto que se comenta al solo prohibir los contratos que recaen sobre inmuebles. No obstante algunos autores han sostenido que el art. 1.852 del código, por ser una disposición de carácter especial, no quedó derogada por el art. 3º de la Ley 28 de 1932 que aunque posterior es de carácter general; que este último texto legal se aplicará a toda clase de contratos (permuta, sociedad, mutuo, etc.) quedando por fuera el contrato de venta. Mas esta argumentación carece de todo valor y alcance.

**434.—Contrato de mandato.**— Ha sido el único contrato autorizado entre los cónyuges. Por tanto el marido podrá tener la administración de los bienes de la mujer dentro del nuevo sistema de la Ley 28 de 1932 mas sólo en virtud del contrato de mandato, el cual puede ser especial para un negocio determinado o general para la administración de todos sus bienes. El contrato de mandato es esencialmente revocable.

## SECCION QUINTA

### DE LA ADMINISTRACION EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

435.—Ya vimos cómo el código contemplaba como caso de administración extraordinaria de la sociedad aquél en que el marido fuese puesto en interdicción de ejercer sus derechos o por larga ausencia del mismo se hacía necesario nombrarle un curador general o curador de sus bienes y dicho nombramiento recaía en su mujer. Entonces la mujer tomaba la administración tanto de los bienes sociales como de los propios del marido según las reglas que establecían los arts. 1.814 y ss. del código.

Dentro del nuevo sistema de la Ley 28 de 1932 no cabe contemplar un caso de administración extraordinaria de la sociedad conyugal ya que en ningún evento puede el marido o la mujer ser jefes y representantes de la sociedad conyugal. El único caso que puede contemplarse como extraordinario es aquél en que la mujer o el marido sea incapaz por causa diferente a la menor edad y sea necesario según las reglas generales nombrarles un representante legal. Este representante legal no será en ningún caso jefe único de la sociedad conyugal ni como tal se confundirán sus bienes con los bienes sociales ni tendrá facultades plenas de administración y disposición de tales bienes. Será un representante legal de la mujer y el marido; administrará bienes ajenos sujeto a todas las reglas a que están sometidos los representantes legales de incapaces. Atrás se vio que generalmente el curador para la mujer incapaz lo es el marido y para éste la mujer.

## TITULO TERCERO

### DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

436.—La liquidación definitiva de la sociedad conyugal sólo se opera cuando se disuelve, es decir, termina el régimen de derecho común. El art. 1.820 del código prevé las causales de disolución de la sociedad, las que quedaron subsistentes dentro del nuevo régimen de administración establecido por la Ley 28 de 1932 por haber hecho referencia a ellas el art. 1º de esa ley.

Por tanto estudiaremos: 1º Las causales de disolución de la sociedad. 2º Del modo de liquidar la sociedad.

## SECCION PRIMERA

### LAS CAUSALES DE DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

437.—Hemos dicho que la sociedad conyugal es accesoria siempre al acto del matrimonio. Sin vínculo matrimonial no existe sociedad conyugal. Lo que indica que la sociedad conyugal se disolverá en todos aquellos casos en que se disuelva el vínculo matrimonial entre los esposos. Pero además existen otros casos en que a pesar de no disolverse el vínculo matrimonial se disuelve la sociedad conyugal o sociedad de bienes.

#### a) *Disolución de la sociedad por disolución o nulidad del matrimonio.*

438.—1º En el derecho colombiano el matrimonio se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges; esta disolución implica de plano la disolución de la sociedad conyugal (art. 1.820 del c. c., Nº 1º).

2º—La declaración de nulidad del matrimonio implica terminación del vínculo matrimonial y por tanto disolución de la sociedad conyugal (art. 1.820 del c. c., Nº 4º).

3º—Igualmente, aunque el código no enuncie como causal de disolución de la sociedad, la declaración de inexistencia del matrimonio abarca la declaración de inexistencia de la sociedad conyugal. (Supra. Nos. 88 y ss.).

#### b) *Disolución de la sociedad independientemente del matrimonio.*

439.—1º El decreto de posesión provisoria de los bienes del muerto presuntivamente acarrea la disolución de la sociedad conyugal si existía (arts. 1.820 del c. c. Nº 2º y 97 del c. c.). Es de tenerse en cuenta que el simple decreto de muerte por presunción a una persona casada no trae por sí mismo la disolución de la sociedad como parece desprenderse del art. 1.820 del código; es el decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, el cual se dicta transcurridos dos años a partir del día de la declaración de muerte por presunción, el que disuelva la sociedad conyugal en caso de que el desaparecido sea persona casada (art. 97 del código).

**440.—2º El divorcio o separación de cuerpos** (artículo 1.820 del c. c. Nº 3º). Es de advertir que el art. 1.820 establece que la sociedad conyugal se disuelve por la sentencia de “divorcio perpetuo”; ¿qué quiere decir esta expresión de “divorcio perpetuo?” No indica nada; se trata simplemente del divorcio o separación de cuerpos previsto y reglamentado por la ley positiva colombiana (Libro 1º del código, arts. 153 y ss.). El adjetivo “perpetuo” sólo se explica históricamente. El derecho canónico divide el divorcio en perfecto e imperfecto (el 1º es el que disuelve el vínculo matrimonial o divorcio vincular; el 2º es el que sin disolver el vínculo matrimonial hace cesar la vida común de los casados). El imperfecto a su vez se subdivide en perpetuo o temporal según se decreta por toda la vida o por sólo un lapso de tiempo (según el derecho canónico la apostasía o herejía de alguno de los cónyuges genera divorcio imperfecto perpetuo; la sevicia o enfermedad grave generan el divorcio imperfecto temporal). El que nuestro código emplee el adjetivo de “perpetuo” se debe a que D. Andrés Bello adoptó en su proyecto original la doctrina de derecho canónico estableciéndose que sólo el divorcio imperfecto “perpetuo” disolvía la sociedad conyugal; pero al adoptarse en Colombia en 1873 el código de Bello se rechazó la doctrina del derecho canónico, pero se les olvidó a los legisladores de aquel entonces quitar la expresión de “perpetuo” del art. 1.820 (J. J. Gómez. ob. cit., pp. 184 y 185).

El divorcio implica la disolución de la sociedad conyugal por cuanto ésta no es sino una consecuencia directa de la vida en común que llevan los cónyuges; suprimiendo el divorcio esa vida en común no se justifica la supervivencia de la sociedad de bienes, aunque subsista el vínculo matrimonial.

¿Qué sucede en caso de disolución de la sociedad conyugal si posteriormente los esposos se reconcilian? La solución se encuentra en el art. 167 del código al decir que si los divorciados se reconcilian, se restituirán las cosas, al estado que tenían antes del divorcio, como si éste no hubiere existido. Dicho restablecimiento debe entenderse según el régimen actual de administración de la sociedad conyugal y sin perjuicio de terceros respecto a los actos de disposición y administración que sobre su respectivo patrimonio hayan hecho los esposos.

**441.—3º Por el decreto de la separación total de bienes** (art. 1.820 del c. c. Nº 3º). A simple vista parece innecesaria esta causal de disolución de la sociedad independientemente de las otras, ya que ellas traen como consecuencia el régimen de separación total de bienes entre los cónyuges (especialmente el divorcio y el decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido). Empero existen casos en que ambos cónyuges o uno de ellos puede solicitar la separación total de bienes independien-

temente del divorcio; y otros casos en que es necesario tramitar dicho juicio separadamente aunque sea como consecuencia del divorcio.

Los primeros casos son los contemplados por los arts. 200 del código y por el 2º de la Ley 8ª de 1922. a) En caso de insolvencia o administración fraudulenta de alguno de los cónyuges de aquellos bienes que tienen el carácter de gananciales dan acción para que el otro pida la terminación del régimen de derecho común y el sometimiento al de separación de bienes (como se dijo esta causal de disolución de la sociedad conyugal es compatible con el nuevo régimen de la Ley 28 de 1932 con la aclaración de que tanto el marido como la mujer puede ejercitar la acción de separación (total de bienes). b) La disipación en alguno de los cónyuges (la que deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia) y el juego habitual (en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio) autorizan el solicitar la terminación del régimen de derecho común o de sociedad conyugal por el de separación total de bienes (arts. 2º de la Ley 8ª de 1922 y 534 del código). c) La interdicción del demente o del sordomudo da facultad al otro cónyuge para pedir la separación de bienes; si el código sólo hacía referencia a la mujer. dentro del nuevo sistema de la Ley 28 de 1932, esta facultad la tienen ambos cónyuges (arts, 551 del c. c. y 23 de la Ley 53 de 1887).

## SECCION SEGUNDA

### LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

442.—Disuelta la sociedad conyugal se procede a liquidarla. La liquidación consiste en determinar qué bienes son de propiedad exclusiva de los cónyuges y qué bienes son gananciales para repartir.

En todos los casos de disolución de la sociedad conyugal se procede inmediatamente a su liquidación; ya sea en los casos en que la disolución sea consecuencia de la terminación del vínculo matrimonial, ya sea en los casos en que dicha disolución sólo se opera para pasar al régimen de separación total de bienes. Nuestra legislación no contempla casos de continuación de la sociedad conyugal una vez disuelta, como en el antiguo derecho francés en donde la sociedad conyugal se continuaba después de la muerte de alguno de los cónyuges especialmente en los casos en que el esposo sobreviviente no cumplía alguna de las obligaciones como la de hacer inventario; la comunidad se continuaba entre el esposo sobreviviente y los herederos del muerto. Pero al elaborarse el código de Napoleón en 1.804 se proscribió toda continuación póstuma de la comunidad conyugal. Igualmente nuestro código por los artículos 1,827 y 1,828 prohíbe la continuación de la comunidad.

La tesis de la continuación de la sociedad conyugal, especialmente después de muerto uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los herederos del de cuius parece que vuelve a adquirir actualidad dentro de los modernos sistemas legislativos, pues, se predica y reglamenta en los nuevos códigos civiles de Alemania de 1900 y de Suiza de 1907 (Josserand, ob. cit. III, p. 130 y 131).

443.—El estudio de la liquidación de la sociedad conyugal comprende estos puntos: 1º Medidas preventivas que deben tomarse una vez disuelta la sociedad conyugal. 2º De la aceptación o repudiación de los gananciales por cada uno de los cónyuges. 3º De la teoría general de las recompensas. 4º De la partición de la masa de gananciales entre los cónyuges y sus herederos.

## Nº 1

*Medidas preventivas en la liquidación de la sociedad.*

444.—Estas medidas preventivas pueden presentarse en estas dos ocasiones: a) Antes de la disolución de la sociedad; b) Después de la disolución de la sociedad.

a) Cuando se intenta la demanda de separación de bienes como acción directa y principal por alguna de las causales prevista en los arts. 154, 200 del código o del 2º de la Ley 8ª de 1922, podrá el juez, a petición de la mujer, o el marido, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de cualquiera de los cónyuges mientras dura el juicio. (art. 201 del c. c.).

El juez competente dictará las medidas preventivas a petición de cualquiera de las personas que pueden demandar la separación de bienes, de plano, sin exigir prueba alguna y en el término de veinticuatro (24) horas, aun antes de propuesta la demanda dicha de separación de bienes.

En este último caso se propondrá, ante el mismo juez, la demanda de separación de bienes dentro de los diez (10) días siguientes al en que se hayan cumplido las medidas preventivas decretadas por el juez. Si la demanda no se propusiere dentro del término indicado de diez (10) días, por este sólo hecho caducarán las medidas preventivas (art. 3º de la Ley 8ª de 1922).

No establece nada la ley sobre el hecho de si la demanda de nulidad del matrimonio que trae como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal da lugar a las medidas preventivas; parece que por analogía podrían aplicarse.

445.—b) **Medidas preventivas una vez disuelta la sociedad.**— Desde el momento en que se disuelva la sociedad conyugal, todo el que tenga interés en ello, o se presuma que pueda tenerlo podrá pedir que los muebles y papeles de la sociedad se guarden bajo llave y sello hasta que se proceda a inventario solemne de los bienes y efectos de la comunidad. No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano; pero se formará lista de ellos. La guarda y aposición de sellos deberá hacerse por el ministerio del juez, con las formalidades legales (arts. 1.821 y 1.279 del c. c.).

446.—**De la confección del inventario.**— Disuelta la sociedad y practicadas las medidas preventivas si fueron solicitadas se procederá a hacer un inventario como igualmente a la tasación o avalúo de todos los bienes sociales (art. 1.821 del c. c.).

Este inventario ha de reunir estos requisitos: 1º El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la so-

ciudad, como igualmente de aquellos que son de propiedad exclusiva de los cónyuges, particularizándose uno a uno, o señalando colectivamente los que consistan en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y valor; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad de las personas que intervienen en él.

Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas de la sociedad como de los cónyuges de que hubiere comprobante o solo noticia, los libros de comercio o de cuentas, y en general, todos los objetos presentes que estuvieren en poder de cualquiera de los cónyuges, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o sea necesario destruir con algún fin moral (arts. 1.821, 1.310 y 472 del c. c.).

El inventario comprenderá aun las cosas que no fueren propias de los cónyuges, si se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad de las personas que intervienen en él se extenderá a las unas como a las otras (art. 1.821, 1.310 y 474 del c.c.).

**447.—Personas que tienen personería para pedir el inventario.**— 2º—Tendrán derecho a pedir, asistir y practicar el inventario el cónyuge sobreviviente (en caso de que la sociedad se haya disuelto por muerte de uno de los esposos), los herederos del cónyuge muerto, el albacea si lo hay, los legatarios, los socios del comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Cuando la disolución de la sociedad obedece a causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges podrán asistir al inventario ambos cónyuges, los socios de comercio, los acreedores de los cónyuges y toda persona que justifique un interés serio y legítimo. Todas las personas antedichas podrán ser representadas por otras que exhiban escritura pública o privada en que se les cometa este encargo, cuando no lo fueren por sus respectivos representantes legales (art. 1.821 y 1.312 del c. c.).

**448.—El inventario es solemne.** — 3º—El inventario y avalúo de los bienes ha de ser siempre solemne y si las personas que tienen derecho a intervenir en él lo prefieren pueden hacerlo con intervención de la respectiva autoridad judicial.

a) El inventario extra-judicial ha de hacerse mediante escritura pública; pero si los bienes de los cónyuges (que tienen el carácter de sociales) son demasiado exiguos para soportar los gastos de la confección del inventario podrá prescindirse de dicha obligación y exigir sólo un apunte privado bajo las firmas de las personas que tienen derecho a intervenir en él previo concepto del juez y de las personas que se indican en el art. 470 del código civil (esta disposición legal es aplicable por analogía al

caso de los inventarios y avalúos de los bienes de una sociedad conyugal disuelta).

b) Pero el caso más frecuente es que el inventario se haga mediante la intervención de la autoridad judicial y según los trámites indicados en los arts. 935 y ss. del código judicial a saber: Cualquiera de las personas que tienen derecho a intervenir en la confección del inventario puede solicitar del juez la práctica de dicho inventario y avalúo de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal disuelta. A la solicitud debe acompañar el peticionario, si no aparece ya de autos, la prueba de la disolución de la sociedad conyugal y la del título que tenga para intervenir en la diligencia (art. 935 del C. J.).

449.—4º El juez, una vez cerciorado de la disolución de la sociedad conyugal y de la personería sustantiva en el demandante (solicitante) para pedir la práctica del inventario, dicta un auto en que ordene: 1. La fijación en la secretaría de un edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en el inventario, edicto que debe durar fijado allí por el lapso de un mes, que se publica en carteles, y, además, en un periódico de la localidad y en último caso en el Diario Oficial (art. 937 del C. J.).

Vencido el término de la publicación del edicto, se desfija éste, se agrega al expediente un cartel y un ejemplar del periódico en que se hizo la publicación, y el juez señala fecha y hora para la práctica del inventario en su despacho, y previene a los interesados que dentro de tres días nombren un perito avaluador; si no estuviesen acordes en el nombramiento de ese perito lo nombrará el juez (en la misma forma como para el nombramiento del partidario en las sucesiones (art. 938 del C. J.).

Llegada la hora señalada, el juez exige juramento al tenedor de los bienes de denunciar los elementos activos y pasivos de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, y hecho esto, se procede a hacer el inventario y el avalúo decretados. Con la misma formalidad cualquier interesado puede denunciar bienes (art. 939 del C. J.).

Para el avalúo de bienes que el perito no conoce, situados en otro lugar y a donde no puede trasladarse, el juez comisiona a los de los lugares correspondientes para que en sus despachos y con intervención de otros peritos nombrados en la forma dicha, se practique la diligencia de avalúo (art. 940 del c. c.).

Cuanto a deudas a cargo de la sociedad conyugal (a cargo de los bienes sociales que administran y disponen los cónyuges) deben incluirse las que consten en instrumento que preste mérito ejecutivo, y aquellas, que, no teniendo esa calidad, sean aceptadas o reconocidas, expresa o tácitamente, por los cónyuges o sus herederos o los interesados, dentro de tres días del traslado que se les dé de la petición del acreedor (art. 941 del C. J.).

450.—5º Si después de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o por cualquier título acrecieren nuevos bienes a la sociedad, se hará un inventario solemne de ellos y se agregará al anterior, en la forma prescrita por el art. 949 del código judicial (art. 472, 1.821 y 1.310 del c. civil). En caso de que el denunciante de bienes alegare posteriormente que por error se han relacionado en el inventario cosas que no existían, o se ha exagerado el número, peso o medida de las existentes, o se les ha atribuído una materia o calidad de que carecían, no le valdrá esta excepción; salvo que pruebe no haberse podido evitar el error con el debido cuidado de su parte, o sin conocimiento o experimentos científicos (art. 1.821, 1.310 y 476 del c. c.).

**451.—Valor del inventario solemne judicial y del inventario solemne extra-judicial.**— El inventario ha de ser siempre solemne excepto en los casos en que los bienes sean de tan poca significación que no resistan los gastos de él. Dicho inventario solemne puede ser judicial o extra-judicial en la forma explicada. No obstante la ley asigna distinto valor a uno y otro.

a) Sólo el inventario solemne judicial tiene pleno valor tanto respecto a las personas que intervinieron en él como respecto a terceros. Además la ley establece que “si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementés u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes” (art. 1.822 del c. c. inc. 2º) mediante la intervención de la autoridad judicial (si bien es cierto que el art. 1.822, inc. 2º, no menciona de manera especial la solemnidad judicial es en ese sentido como debe entenderse dicho requisito, pues, de lo contrario nada nuevo se habría dicho en protección de las personas incapaces; por otra parte debe tenerse en cuenta que el inc. 1º de dicho artículo hace referencia a la solemnidad judicial del inventario, y en el inc. 2º se sobreentendió la explicación de que el inventario debe ser judicial).

Finalmente advierte el mencionado inc. 2º que cuando habiendo incapaces como partícipes de los gananciales se pretermite la intervención de la autoridad judicial “aquel a quien fuere imputable esta omisión, responderá de los perjuicios y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida”.

b) El inventario solemne extra-judicial (o sea el que se hace por simple escritura pública sin intervención de la autoridad judicial) “no tendrá valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado” (art. 1.822); es decir, sólo produce efectos entre quienes lo aprobaron y firmaron; no produce efectos respecto a aquellas personas que no intervinieron en él.

**452.— Sanciones para las personas a quienes sea imputable la confección de un inventario irregular.**— Estas sanciones son de diverso orden según la irregularidad cometida. 1. Según el inc. 2º del art. 1.822 cuando entre los partícipes a los gananciales hubiere incapaces se requiere el inventario solemne judicial; la ausencia de este requisito se sanciona haciendo responsable a quien sea imputable dicha omisión de los perjuicios que se causaren. 2. 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 (art. 1.824 del c. c.). Además perderán el derecho a aceptar los gananciales con beneficio de inventario (arts. 1.821 y 1.313 del c. c.).

## Nº 2.

### *De la aceptación o repudiación de los gananciales y del beneficio de inventario.*

453.—Lo mismo que en las herencias los herederos tienen facultad de aceptar o repudiar la herencia, asimismo en materia de sociedad conyugal se otorga a los cónyuges o sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la masa de gananciales que les haya de corresponder. Igualmente se les concede el derecho de aceptar dicha masa con beneficio de inventario.

**454.—I.—Derecho a aceptar o renunciar la masa de gananciales.**— Este derecho surge a favor de los cónyuges una vez disuelta la sociedad conyugal. Si bien es cierto, como se anotó atrás, que también los cónyuges (no sólo la mujer) podrán renunciar los gananciales antes de celebrarse el matrimonio, caso en el cual equivale a la estipulación del régimen de separación total de bienes (art. 1.775 del c. c.), por el momento contemplamos el caso de que no se haya producido dicha renuncia; que hayan vivido sometidos al régimen de sociedad conyugal y que una vez disuelta resuelvan renunciar a los gananciales, es decir, rechazar la comunidad a que vivieron sometidos.

El art. 1.837 del código dice: "Disuelta la sociedad conyugal, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán facultad de renunciar los gananciales a que tuvieren derecho. No se permite esta renuncia a la mujer menor, ni a sus herederos menores sino con aprobación judicial". Los artículos 1.838, 1.839, 1.840 y 1.841 establecen reglas relativas a la renuncia o aceptación de los gananciales por parte de la mujer o sus herederos.

¿Por qué motivo el código sólo concedía a la mujer el derecho a repudiar la sociedad conyugal una vez disuelta? Porque, como se ha dicho en el sistema del código la administración y

disposición de los bienes gananciales las tenía únicamente el marido; la mujer en ningún caso administraba ni disponía de bienes que tuvieran el carácter de gananciales; por tanto al marido no se le concedía facultad de renunciar bienes gananciales de la mujer porque ésta no los tenía en ningún caso.

Pero de acuerdo con la Ley 28 de 1932 la masa de gananciales no está confundida en sólo cabeza del marido; ella puede estar en cabeza de ambos cónyuges. En otras palabras: en el sistema del código sólo resultaban gananciales de la administración del marido, porque sólo él administraba; en el sistema de la Ley 28 de 1932, como ambos cónyuges tienen facultades administrativas, pueden resultar gananciales de ambas administraciones.

Lo que indica que hoy día ambos cónyuges tienen facultad de renunciar los gananciales que resulten de la administración del otro. Esta conclusión es clara y de una lógica contundente. La deducción es la de que los artículos 1.837 y ss. del código se aplicarán tanto respecto a la mujer como del marido.

455.—Pero podríamos inclusive mirar como inexistentes esos textos legales y aún así es de perfecta aplicación en nuestro sistema legal la tesis de la renuncia de la sociedad conyugal tanto por parte del marido como de la mujer. Evidentemente: según el art. 15 del código “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. Y los gananciales que resultan de la administración de uno de los cónyuges constituye respecto al otro un derecho que mira exclusivamente a su interés personal; la renuncia de ese derecho no está prohibida, ni es de los derechos que miran al interés público o sea de los contemplados por los arts. 16 y 1.773 del código. La prueba se encuentra en el hecho de que el mismo código autorizaba a la mujer a renunciar al derecho a obtener gananciales de la administración del marido; y ciertamente que no existen derechos que miran al interés público o a las buenas costumbres cuya renuncia se permita a unos y se prohíba a otros. Si el código sólo permitía a la mujer renunciar a los gananciales sólo en dos momentos o sea antes del matrimonio o una vez disuelta la sociedad conyugal era como consecuencia del principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; y como este principio no fue tocado por la nueva ley quiere decir que al marido sólo se permitirá la renuncia a los gananciales que resulten de la administración de su mujer en las mismas condiciones o sea antes del matrimonio o una vez disuelta la sociedad.

456.—Establecido que tanto la mujer como el marido pueden renunciar o aceptar la sociedad conyugal a que vivieron some-

tidos, veamos los requisitos a que están sometidos dicha renuncia o aceptación.

1º—Ambos cónyuges pueden renunciar mutuamente a los gananciales que resulten de la administración del otro; mas ello no significa que uno de los cónyuges pueda renunciar a los gananciales que resulten de la administración del otro, y éste aceptar los que resulten de los bienes del renunciante.

2º—Esta renuncia pueden hacerla libremente los cónyuges o sus herederos cuando son plenamente capaces; pero si uno de ellos es menor de edad, o alguno de los herederos, para que sea válida la renuncia debe hacerse mediante aprobación judicial, la cual no podrá concederse sino con conocimiento de causa (ya que no otro motivo justificaría la intervención de la autoridad judicial); el conocimiento de causa que debe tener el juez para aprobar una renuncia de gananciales para incapaces en razón de la edad no pueden ser otros sino el mal estado general de los negocios en los bienes de la mujer o del marido, en forma tal que al aceptar gananciales el pasivo podría ser superior al activo que se recibe, la situación litigiosa de los bienes que se van a recibir.

3º—La renuncia de gananciales sólo se permite a los cónyuges mientras no hayan recibido ningún bien o suma a título de gananciales (art. 1.838 del c. c.).

4º—Cuando son los herederos de uno de los cónyuges los renunciantes, la ley autoriza que sólo unos renuncien, pudiendo los otros aceptarlos (art. 1.841 del c. c.).

**457.—Rescisión de la renuncia de los gananciales.**—Renunciando uno de los cónyuges o ambos, o sus herederos, los derechos de la sociedad conyugal con los del otro cónyuge o con los de ambos se confunden e identifican, en forma tal que deja de haber en ese patrimonio elementos sometidos a una afectación especial.

No obstante la renuncia hecha por uno de los cónyuges podrá rescindirse si se probare que el renunciante o renunciantes fueron inducidos a renunciar por engaño o por injustificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales. Esta acción rescisoria prescribirá en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad (art. 1.838).

**458.—II.—De la aceptación de los gananciales con beneficio de inventario.**—El beneficio de inventario consiste en no hacer responsable al cónyuge que acepta los gananciales que resultan de la administración del otro de las deudas y obligaciones a que estaba afecta la masa de gananciales sino únicamente hasta concurrencia del valor total de los bienes que recibe (como gananciales). Así si por gananciales recibe un cónyuge \$ 10.000 y las deudas que le pueden corresponder pagar ascienden a

\$ 11.000 mediante el beneficio los acreedores sólo recibirán los \$ 10.000 que efectivamente recibió, resignándose a perder \$ 1.000.

El código concedía este beneficio a la mujer y era lógico que sólo a ella se concediese porque el marido en ningún caso se le daba la opción de aceptar o renunciar los gananciales de la mujer por cuanto ella no tenía administración de bienes. Pero como dentro del nuevo sistema de la Ley 28 de 1932 ambos cónyuges administran y de cada administración podrán resultar gananciales dedúcese claramente que hoy día tanto el marido como la mujer gozan de dicho beneficio.

La aceptación de los gananciales debe ser expresa; por lo cual debe mirarse derogado por la Ley 28 de 1932 el art. 1.823 del código que decía: "La mujer que no haya renunciado los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario". Igualmente el art. 1.833 del mismo código que decía: "La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales" (art. que era repetición del anterior). Deben mirarse como derogados por cuanto ellos se dictaron teniendo en cuenta la incapacidad general en que se encontraban las mujeres casadas y además como medidas de protección al hecho de que no era justo que siendo el marido único administrador de los bienes de la sociedad, fuese la mujer a resultar responsable de deudas superiores a los bienes que efectivamente recibía. Por tanto hoy día cada uno de los cónyuges debe hacer la manifestación expresa de aceptar los gananciales con beneficio de inventario.

### Nº 3.

*Determinación de la masa común y de los bienes exclusivamente propios de los cónyuges.—De la teoría general de las recompensas.*

459.—Una vez determinado que los cónyuges aceptan la sociedad se procede a liquidarla. La liquidación de la sociedad conyugal consiste en precisar qué bienes tienen el carácter de gananciales y qué bienes son de propiedad exclusiva del marido y la mujer. Esta operación se hace necesaria a fin de formar la masa común que va a ser objeto de reparto por partes iguales entre los cónyuges.

Como se ve en la liquidación de la sociedad se hace necesario distinguir y precisar tres clases de bienes: a) Los bienes exclusivamente propios del marido; b) Los bienes de propiedad exclusiva de la mujer, y c) Los bienes que tienen el carácter de gananciales y que son equivalentes a la suma de los bienes de la mujer y el marido adquiridos durante la sociedad a título oneroso.

Hecha la anterior discriminación se tomarán los bienes sociales o gananciales para repartir.

Casos habrá en que será fácil hacer dicha precisión para formar la masa común partible; mas en otros el equilibrio entre las tres clases de bienes se habrá roto aumentándose de esas clases de bienes a expensas de otra. Esto sucederá en la hipótesis de venta de un inmueble de propiedad exclusiva de alguno de los cónyuges (por haber sido aportado al matrimonio o adquirido durante la sociedad a título gratuito) y cuyo valor aparece a la disolución de la sociedad como bien ganancial ya sea porque con dicho valor se compró otro inmueble sin haber operado la subrogación real, o porque ese valor se empleó en mejorar bienes gananciales, o porque se empleó en la adquisición de bienes muebles. En este caso la masa de gananciales aparece acrecentada a expensas de uno de los patrimonios exclusivamente propios. También puede presentarse el caso contrario, o sea el de que uno de los patrimonios exclusivamente propios de alguno de los cónyuges se enriquezca sin justa causa a expensa de la masa de gananciales como en el caso de que uno de los cónyuges aporte un inmueble al matrimonio gravado con una hipoteca que vale \$ 2.000 la cual es pagada durante la sociedad con dineros que son el resultado del trabajo o con frutos de los capitales.

En el primer ejemplo el patrimonio exclusivamente propio tendrá derecho a una indemnización en razón del dinero invertido en acrecentar la masa común; en el segundo será la masa común la que deberá ser indemnizada en razón de la deuda pagada.

Lo expuesto demuestra que la masa común al día de la disolución de la sociedad conyugal podrá ser acreedora o deudora de los patrimonios exclusivamente propios de los cónyuges.

Estas acreencias ya sea de la masa común en contra de los patrimonios exclusivamente propios, ya sea de éstos contra la masa común, tradicionalmente han recibido el nombre de "recompensas"; por lo menos es ésta la expresión que de preferencia emplea nuestro código (arts. 1.800, 1.801, 1802, 1803 y 1804).

La teoría general de las recompensas la estudiaremos en función de estos puntos. 1. El fundamento histórico de las recompensas; 2. El fundamento jurídico; 3. El campo de aplicación de las recompensas; 4. Principales casos de aplicación que hace la ley de recompensas de los bienes exclusivamente propios de los cónyuges a la masa común; 5. Principales casos de aplicación de recompensas de la masa común a los patrimonios exclusivamente propios; 6. Del pago de las recompensas.

a) *El fundamento histórico de la teoría de las recompensas.*

460.—La teoría general de las recompensas tiene aplicación en esta materia de regímenes económicos matrimoniales y espe-

cialmente en los de comunidad o sociedad donde se hace necesario distinguir la existencia de diversas clases de bienes sometidos a una afectación especial. Dicha teoría no tendría aplicación alguna en el régimen de separación de bienes o en el régimen de una comunidad universal de bienes por estar todos sometidos a un mismo estatuto; en el primer caso porque no había bienes para repartir y en el segundo porque todos los bienes serán objeto de reparto.

La teoría es de construcción moderna. Así en el antiguo derecho francés cuando un bien propio de la mujer era vendido y no operaba la subrogación real el valor del bien entraba definitivamente a la sociedad sin quedar ésta a su disolución obligada a indemnizar al patrimonio de la mujer. Como se ve esta circunstancia generaba un enriquecimiento indebido a favor de la masa de la sociedad. Posteriormente ante semejante injusticia se resolvió establecer la regla de las indemnizaciones, especialmente para el caso de venta de un propio que no era reemplazado por otro debidamente subrogado. Hizo su entrada la teoría mediante una cláusula expresa en los respectivos contratos de capitulaciones matrimoniales y según la cual el cónyuge vendedor quedaba con derecho a ser indemnizado de los precios que entrasen a la sociedad provenientes de ventas de inmuebles exclusivamente propios. Más tarde Pothier enunció en forma general la regla declarando que cada uno de los esposos, a la disolución de la comunidad, era acreedor de todo aquello con que él hubiese enriquecido a la comunidad. Con alcance general pero unilateral posteriormente la doctrina la terminó declarando que también la masa común tenía derecho a ser indemnizada cuando a sus expensas se acrecentaban los patrimonios exclusivamente propios. El código de Napoleón de 1.804, procediendo con espíritu práctico, hizo dos enunciaciones de la teoría: una para los bienes vendidos y otra más general.

El código colombiano de 1873, calcado sobre el de Napoleón, la enunció exactamente en la misma forma. En primer lugar el art. 1.797 estableció que "vendida alguna cosa del marido o la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor... , etc.". Hasta aquí aparece que la teoría sólo se aplica a dicho caso concreto como en los principios de su formación. Pero más adelante mediante dos textos legales se le dio alcance general. El primer texto lo es el 1.825 según el cual "se acumularán imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización...". El segundo es el art. 1.826 que dice: "Cada cónyuge, por sí o por sus herederos tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, y los precios, saldos y recompensas que consintuyan el resto de su haber".

Por estos textos legales cabe advertir que tanto la masa común como los patrimonios exclusivamente propios de los cónyuges tienen derecho a ser indemnizados; y que las recompensas no se limitan a casos concretos sino que tienen alcance general. Es de advertir que con este sentido se interpreta esta teoría por las doctrinas jurídicas más modernas.

b) *El fundamento jurídico de las recompensas.*

461.—¿Cuál es el fundamento jurídico de la teoría general de las recompensas? En un principio se le dio como fundamento el impedir que los cónyuges se hiciesen donaciones indirectas, permitiendo que el patrimonio exclusivamente propio decreciese a favor de la masa común. Mas esta razón no puede explicar hoy día el alcance general de esta doctrina.

Según otros autores el fundamento de esta teoría se encuentra en la existencia del principio de orden general que prohíbe los enriquecimientos incausados (injustos); especialmente aquellos enriquecimientos involuntarios, que se efectúan por vía oblicua (Planiol, Ripert, etc. VIII, p. 492). Justamente que este principio general permite explicar un gran número de recompensas que se deben por la masa común a los patrimonios propios y viceversa. Por tanto muchas de las reglas que estructuran dicho principio servirán para explicar la teoría en estudio.

No obstante este principio no es aplicable a algunas recompensas, por ejemplo para la estatuida en el art. 1.804 del código o sea la recompensa que cada cónyuge debe a la sociedad por los perjuicios que se le causen con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas pecuniarias a que fuere condenada por algún delito. Como se ve esta última recompensa tiene por base la regla de orden general que estatuye que los daños causados con culpa deben ser indemnizados (art. 2.341 y ss. del c. c.). También a esta misma regla obedece la recompensa de los arts. 1.798 y 1.803 del mismo código o sea la indemnización a la masa común en razón de las donaciones cuantiosas.

Esto indica que debemos renunciar a la pretensión de encontrar una base única y uniforme a esta teoría de las recompensas. No obstante sus principales fundamentos y que nos servirán para estructurarla y llenar los vacíos que aún aparecen en su construcción son las dos reglas o principios de orden general enunciados: el del enriquecimiento sin causa y el de la indemnización de perjuicios extracontractuales.

c) *El campo de aplicación de las recompensas.*

462.—Las recompensas tienen por finalidad restablecer el equilibrio entre los bienes que integran la masa de gananciales y aquellos que integran los patrimonios exclusivamente propios.

Así como la subrogación real tiene por principal finalidad el impedir que ese equilibrio se rompa, no obstante una vez roto, es necesario encontrar un sucedáneo para restablecerlo; y este sucedáneo es indudablemente la teoría de las recompensas.

¿Qué condiciones o requisitos se requieren para que surja la necesidad de una recompensa ya sea a favor de la masa común ya a favor de los patrimonios exclusivamente propios?

1º—*Un perjuicio cierto*.—Puede decirse que es la condición esencial para que pueda nacer una recompensa; las recompensas no son sino indemnizaciones; y sólo se indemniza allí donde se causa un daño actual y cierto.

Ese perjuicio se traduce en la disminución de alguno de los elementos del patrimonio que forma la masa común o los patrimonios exclusivamente propios, o en la disminución de valor de alguno de los bienes.

Es así como una donación cuantiosa de los bienes que tienen el carácter de gananciales causa un evidente perjuicio a la masa que se integra con esos bienes, por cuanto el día de la disolución de la sociedad dicha masa se va a ver disminuída en el valor de la donación dando por resultado que uno de los cónyuges vaya a recibir menos de lo que le correspondería sino hubiese habido la donación. La donación de una parte de los bienes de alguno de los cónyuges que no tienen el carácter de gananciales no genera recompensa porque la masa de gananciales no ha sufrido perjuicio.

De lo que cabe deducir y según las reglas generales expuestas que todo aumento de la masa común que no obedezca estrictamente a una adquisición a título oneroso durante la sociedad causa un perjuicio a uno de los patrimonios exclusivamente propios y genera por tanto una recompensa a favor del patrimonio empobrecido y en contra de la masa común enriquecida. Igualmente todos los aumentos en los patrimonios exclusivamente propios con valores adquiridos durante la sociedad a título oneroso causa un perjuicio a la masa común y da lugar a una recompensa del patrimonio propio a favor de la masa.

**463.—El perjuicio debe ser actual y cierto.**—Sin perjuicio actual y cierto a uno de los patrimonios no hay recompensa. Todos los aumentos en alguno de los patrimonios, aunque sean incausados, si no producen correlativamente un empobrecimiento en otro de los patrimonios, es decir, un perjuicio no generan recompensa.

En cambio: en muchos casos el perjuicio a uno de los patrimonios aunque no produzca correlativamente un aumento en otro de los patrimonios puede generar la recompensa. Sólo esto explica las recompensas que se deben a la masa común en razón de las donaciones cuantiosas, y de los perjuicios causados por una administración fraudulenta.

Esta noción de perjuicio como base para entender el mecanismo de las recompensas nos lleva a estas dos conclusiones: 1. Cuando se produce un aumento en uno de los patrimonios como consecuencia del empobrecimiento producido en otro, la recompensa tendrá por fuente el principio general que prohíbe enriquecerse injustamente a expensas de otro; 2. Cuando simplemente se produce un empobrecimiento en uno de los patrimonios sin enriquecimiento correlativo en otro (caso de las donaciones y culpa cometida en la administración) entonces las recompensas tienen como fuente la regla general según la cual los daños causados con culpa deben indemnizarse. Ambas reglas tienen un denominador común: un perjuicio actual y cierto.

**464.—2º—Determinación de la cuantía de la recompensa.**— Esta cuantía debe determinarse siguiendo las mismas reglas que precisan la obligación de indemnizar los enriquecimientos sin causa (aunque dichas reglas no son de exacta aplicación en aquellos casos en que sólo existe un perjuicio sin enriquecimiento en otro patrimonio: donaciones cuantiosas y culpa cometida en la administración).

De acuerdo con estas reglas el máximo del monto de la recompensa se determina por el valor del perjuicio que sufre uno de los patrimonios (valor del empobrecimiento); y el mínimo estará representado por el enriquecimiento realizado efectivamente en el otro de los patrimonios (valor del empobrecimiento; Ejemplos: 1. Uno de los patrimonios exclusivamente propios se empobrece en la suma de \$ 2.000; este empobrecimiento produce un enriquecimiento en la masa común de \$ 3.000; el valor de la recompensa será de \$ 2.000 porque el perjuicio efectivamente sufrido ascendió a dicha suma. 2. La masa común se empobrece en \$ 7.000; este empobrecimiento produce en uno de los patrimonios exclusivamente propios un enriquecimiento por valor de \$ 5.000; el valor de la recompensa sólo será por \$ 5.000, porque en esa suma se enriqueció efectivamente.

La razón de ser de esta regla es clara; ella está pedida por motivos de equidad. Porque la indemnización que realiza la recompensa no puede ser fuente de un enriquecimiento para el patrimonio que tiene derecho a ella, como tampoco puede ser una fuente de un empobrecimiento injustificado para el patrimonio que la debe.

Así la venta de un inmueble exclusivamente propio de uno de los cónyuges por \$ 25.000 que se invierte en la compra de acciones o valores comerciales que sólo vienen a representar \$ 10.000, la recompensa sólo lo será por \$ 10.000 porque sólo en esta suma se lucró efectivamente la sociedad. Si la recompensa fuera por la suma de \$ 25.000 tendríamos que la masa común se empobrecería injustamente en la suma de \$ 15.000.

Esta regla se complementa con la siguiente:

**465.—¿En qué momento es necesario colocarse para determinar el valor de la recompensa?** Este momento no puede ser otro sino aquel en que se disuelve la sociedad conyugal, y no el en que se produjo el empobrecimiento de uno de los patrimonios. De ahí el motivo por el cual digamos que el perjuicio que sufra uno de los patrimonios debe ser cierto y actual.

**466.—Fundamento legal de las reglas anteriores.—** Contra estas dos reglas para determinar la cuantía de una recompensa parecen obrar algunos textos legales. En primer lugar el art. 1.797 del código que dice: "Vendida alguna cosa del marido o la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor, salvo en cuanto dicho precio se haya invertido en la subrogación de que habla el art. 1.789, o en otro negocio personal del cónyuge de quien era la cosa vendida como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior". Esta disposición legal dice que el valor de la recompensa será equivalente al precio de la venta; mas no puede perderse de vista que es solución que se coloca dentro del sistema general del código donde el marido era el único administrador de los bienes sociales y los de la mujer. Se quería que el marido fuese un buen administrador y que respondiese a la disolución de la sociedad por el valor total del bien. Pero teniendo hoy día ambos cónyuges la libre administración de todos sus bienes dedúcese que ya no podrá aplicarse estrictamente dicha solución. Por otra parte la ley suponía el caso normal de que el precio de la venta existiese en el momento de la disolución de la sociedad; es decir, que de dicho valor se hubiese lucrado de manera efectiva; lo cual se corrobora por la circunstancia de que el mismo texto legal previó casos en los cuales no se debía la recompensa por no haberse lucrado la sociedad con dicho valor como cuando se invertía en la subrogación de un nuevo bien, o "en otro negocio personal del cónyuge de quien era la cosa vendida como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior". Luego a fortiori es necesario considerar que cuando la sociedad se lucra con un bien de propiedad exclusiva de los cónyuges la recompensa será equivalente a la cantidad con que efectivamente se lucró y en cuanto dicho valor subsista al día de la disolución de la misma.

Otro texto legal es el 1.801 que habla de la recompensa que los patrimonios exclusivamente propios de los cónyuges deben a la masa común en razón de las expensas hechas para la adquisición o cobro de cualquier bien propio. Si bien es cierto que en este caso es necesario colocarse en el momento en que se hace la expensa, ello no implica en que al momento de la disolu-

ción de la sociedad no se discrimine si existe el valor de dicha expensa en el patrimonio exclusivamente propio; no existirá y por tanto no habrá recompensa en caso de que el bien propio haya desaparecido por pérdida, destrucción o haberse gastado en los gastos ordinarios del hogar.

El art. 1802 del código dice: "Se la debe (a la masa común) asimismo recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad, a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá solo el importe de éstas".

Este texto legal confirma ampliamente el valor de las dos reglas enunciadas para la determinación de la cuantía de las recompensas. Requiere según él que el valor de las expensas exista al momento de la disolución de la comunidad; y que el máximum está determinado por el valor en que efectivamente se disminuyó la masa común y el mínimum por el enriquecimiento realizado. A este texto legal debe darse un alcance general en el sentido de que su contenido debe servir de piedra de toque para determinar el valor de las recompensas que a su vez la masa común deba a los patrimonios exclusivamente propios.

d) *Principales recompensas de los patrimonios propios a la masa común.*

467.—1.—Se debe recompensa a la sociedad en razón de toda clase de mejoras o expensas hechas en los bienes exclusivamente propios con valores adquiridos durante la sociedad a título oneroso (art. 1.802 del c. c.). Así el art. 1.783 del código N<sup>o</sup> 3<sup>o</sup> establece que "todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa" acrecen el haber personal del respectivo cónyuge y no la masa común. Si bien es cierto que esta regla no es sino una aplicación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal, no es menos cierto que cuando dicho aumento material no obedece a causas naturales como en el caso de una edificación en terreno propio con dineros adquiridos durante la sociedad a título oneroso es apenas natural que la masa común tiene derecho a una recompensa por los valores invertidos en la construcción (si subsisten en el momento de la disolución de la sociedad).

2.—Se debe recompensa a la sociedad o masa común por todos los precios, costos judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges con dine-

los adquiridos durante la sociedad a título oneroso (art. 1.801 del c. c.).

3.—Se debe recompensa a la sociedad en razón de las donaciones cuantiosas hechas de bienes que tienen el carácter de gananciales (según los arts. 1.798 y 1.803). Parece existir una contradicción entre dichos dos textos legales, pues, según el primero para que surja la recompensa sólo se requiere que la donación sea cuantiosa y que en todo caso se cause un grave perjuicio a la masa común; según el segundo se requiere que la donación se haga a un tercero; que no surge el derecho a recompensa cuando la donación se hace a un descendiente común. Pero en principio existe acuerdo entre las soluciones de dichos textos, si bien es cierto que uno de ellos sobra. El que las donaciones hechas por uno de los cónyuges a un descendiente común no genere recompensa se debe al hecho de que según el art. 1.256 del mismo código las donaciones hechas a un legitimario (y los descendientes comunes son legitimarios) se imputarán a su legítima, es decir, a aquella parte que por ley le habrá de corresponder el día en que se abra la sucesión de su padre o madre. Y como el código habla de descendientes comunes, o sea de un legitimario tanto de la sucesión del padre como de la madre dedúcese que si al momento de disolverse la sociedad no hay recompensa no obstante ese legitimario más tarde tendrá que colacionar a las respectivas sucesiones de sus padres dicha donación; es ciertamente un perjuicio actual pero que más tarde se indemnizará.

4.—Cada cónyuge deberá indemnizar a la masa común en razón de los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito (art. 1.804 del c. c.).

Es necesario reparar en el gran valor de esta clase de recompensa. Según ella y a pesar de que durante la sociedad cada cónyuge administra y dispone libremente de todos sus bienes (tanto de los que son de su propiedad exclusiva como de aquellos que tienen el carácter de gananciales) no obstante dicha libertad de disposición y administración tiene sus límites en tratándose de los bienes que tienen el carácter de gananciales. Porque estos bienes están afectados a ser repartidos el día de la disolución de la comunidad; por tanto cada cónyuge debe administrarlos y disponer de ellos tratando siempre conservar su valor para no comprometer su responsabilidad. Esta se compromete en razón de dolo o culpa grave, es decir, en todos aquellos casos en que sin justo motivo decrecen los bienes de la masa común.

5.—En los casos de venta o permuta de una finca propia de alguno de los cónyuges con cuyo precio se compra otra debi-

damente subrogada a la primera pero que cuesta más, este exceso genera recompensa para con la masa común (art. 1.790 del c. c.). Igualmente en el caso contemplado por el inciso 3º del art. 1.790 del código.

6.—El pago de las deudas personales de uno de los cónyuges anteriores al matrimonio con dineros adquiridos durante la sociedad a título oneroso hace generar recompensa a favor de la sociedad en razón de lo pagado (art. 1.796 del c. c. Nº 3º).

7.—De todas las expensas que uno de los cónyuges haga para establecer y educar hijos de un matrimonio anterior con dineros adquiridos durante la sociedad (art. 1.796, Nº 5º: *sensu contrario*).

e) *Principales recompensas de la masa común a los patrimonios exclusivamente propios.*

468.—1. La masa común debe recompensa al cónyuge que vendió una cosa de su exclusiva propiedad y cuyo precio entró a la sociedad como ganancial (art. 1.797 del c. c.).

2.—Debe la masa común recompensa al cónyuge que subrogó una finca a otra cuando sobró un saldo que entró a la sociedad como ganancial (art. 1.790 del c. c.).

3.—La masa común debe recompensa a los cónyuges en razón de todas las expensas ordinarias y extra-ordinarias de educación de un descendiente común, y las que se hicieron para establecerle o casarle hechas por alguno de ellos de sus bienes exclusivamente propios siempre que no constate de un modo auténtico que quisieron sacarlos de dichos bienes propios. Quedará a la prudencia del juez determinar dichas expensas en todo o en parte, tomando en consideración las fuerzas y obligaciones de los patrimonios, y la discreción y moderación con que en dichas expensas hubieren procedido los cónyuges (art. 1.800 del código).

4.—Se debe igualmente recompensa a los cónyuges en razón de toda expensa hecha en los bienes gananciales con valores exclusivamente propios de alguno de ellos.

f) *Del pago de las recompensas a la masa común y a los patrimonios exclusivamente propios.*

469.—El pago del valor de las recompensas que la masa común deba a los cónyuges como de las que éstos deban a la masa común se hace previamente, es decir, antes de proceder a la partición. Precisamente es esta operación la que va a permitir la determinación precisa del valor de la masa común (activo y pasivo).

*Esto indica que es de la masa de gananciales que cada cónyuge gerencia de donde se sacan las recompensas que se deben a los bienes exclusivamente propios; como igualmente es de los*

*bienes exclusivamente propios de cada cónyuge de donde se sacan las recompensas para la masa de gananciales.* Que sólo una vez hechas estas dos operaciones se podrá precisar la masa común que queda para repartir entre los mismos cónyuges.

Varias razones sirven para sustentar esta tesis:

a) La circunstancia de que las recompensas no representan sino una compensación o restablecimiento de equilibrio entre tres clases de bienes (propios de cada uno de los esposos y bienes gananciales) que durante la existencia de la sociedad sólo se integraron en dos patrimonios formando la masa de gananciales una indivisión con cada uno de los bienes propios de los esposos.

b) Porque según el art. 1.825 del código se establece que se acumularán imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización. ¿A cuál masa social se hace dicha acumulación? Dentro del sistema del código era a la masa social administrada por el marido; dentro del nuevo sistema de la Ley 28 de 1932 será a la masa social administrada por cada cónyuge. Luego de acuerdo con este texto legal el pago de las recompensas debidas por los cónyuges se hace a la masa social y tiene por principal finalidad el precisar el valor total de dicha masa. Y según el art. 1.826 del mismo código cada cónyuge, por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber. Haciendo la misma observación que se hizo respecto al art. 1.825 resalta que en el pensamiento de la ley se persigue el determinar el verdadero valor de la masa social repartible, como igualmente los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges. Es sólo una vez pagas las recompensas que podrá determinarse el verdadero valor de la masa para repartir.

c) Según el art. 4º de la Ley 28 de 1932 en el caso de liquidación de que trata el art. 1º de esta ley, "se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo". "Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al código civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo código".

Bien claro es el sentido de este texto legal. Antes de proceder a sumar, es decir a determinar la masa de gananciales definitiva y que será objeto de reparto entre los cónyuges es necesario hacer las compensaciones y deducciones de que habla el código civil. Y nadie pondrá en tela de juicio que dichas deducciones y compensaciones son precisamente las recompensas que la masa de gananciales gerenciada por cada cónyuge debe a los propios o las que éstos deben a la masa de gananciales del cónyuge.

d) Porque ese es el pensamiento del autor de la ley quien refiriéndose a la recompensa contemplada por el art. 1.797 del

código dice: "Este reembolso o deducción del precio del terreno vendido se hace en virtud del derecho otorgado por el art. 1.797 del código, que en esa parte o por ese aspecto queda vigente; pero tal reembolso o deducción no puede ser hecha de la masa de gananciales de los dos cónyuges, sino del haber social manejado por el mismo que vendió la cosa" (L. Felipe Latorre, citado por J. J. Gómez, ob. cit. nota N<sup>o</sup> 2 de la pág. 196).

**470.—Importancia práctica de esta solución y controversia doctrinal sobre la misma.**— A esta solución se opone esta otra. Las recompensas se pagan de la masa total, es decir, de la suma de los bienes del marido y la mujer que participan del concepto de gananciales. La diferencia entre una solución y otra se pone de relieve con este ejemplo. La mujer aporta al matrimonio una casa que vale \$ 30.000 y el marido no aporta ningún bien. Durante la existencia de la sociedad la mujer vende la casa por su precio el cual es invertido en los gastos del hogar, educación, crianza y establecimiento de los hijos; por no adquirir bienes durante la sociedad a su disolución no tendrá bienes de ninguna clase. El marido adquiere bienes a título oneroso; después de haber contribuido con su mujer a los gastos de hogar, crianza, educación y establecimiento de los hijos a la disolución de la sociedad tiene bienes por valor de \$ 30.000

Aquí existe una recompensa a favor de la mujer por el valor de \$ 30.000, precio en que vendió la casa. ¿Cómo se paga esa recompensa? Según la primera solución se paga de los gananciales hechos por el cónyuge que tienen derecho a ella; como no hizo quiere decir que no hay de dónde pagarla y se queda insoluta. Y los \$ 30.000 del marido que son gananciales se proceden a repartir correspondiendo al marido \$ 15.000 y \$ 15.000 a la mujer. Pero según la segunda solución el pago de dicha recompensa se hace de la masa total de gananciales que resulta de sumar los bienes gananciales del marido y la mujer y que en el ejemplo propuesto asciende a \$ 30.000; en este caso dicha masa apenas alcanza a pagar la recompensa de la mujer y no quedan bienes para repartir. El resultado es manifiestamente injusto, absurdo y atenta de manera franca contra el espíritu de sociedad que existió entre los cónyuges durante el matrimonio.

Esta segunda solución o sea de que las recompensas se pagan de la masa total de gananciales y no de la masa gerenciada por cada cónyuge es predicada insistentemente por algunos autores entre ellos el doctor José J. Gómez en su obra citada, p. 196 y ss.

**471.—El sistema del código sobre pago de recompensas y medidas de protección a favor de la mujer.**— Según el art. 1.829 se establecía: "La mujer hará antes que el marido las deducciones de que hablan los arts. precedentes; y las que con-

sistan en dinero, sea que pertenezcan al marido o a la mujer, se ejecutarán sobre dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma. La mujer, no siendo suficientes los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le corresponden sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo. No acordándose elegirá el juez...".

Dentro del nuevo régimen instituido por la Ley 28 de 1932 no hay preferencia de ninguna clase a favor de la mujer; cada cónyuge deducirá de los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal aquellos valores exclusivamente propios que fueron invertidos en la parte de bienes de gananciales que administra; en ningún caso podrá pretender alguno de los cónyuges sacar subsidiariamente de la masa común del otro cónyuge o de sus bienes propios recompensa alguna.

#### Nº 4.

*Del pago del pasivo respecto de terceros y de la partición de la masa común entre los cónyuges.*

472.—I.—Determinada la masa común o bienes gananciales gerenciado por cada cónyuge se procede al pago de las deudas de los bienes gananciales respecto a terceros. Es necesario observar que el pasivo de la sociedad se regula antes de sumar las dos masas de gananciales. Este es el sentido del art. 4º de la Ley 28 de 1932 al establecer: "En el caso de liquidación de que trata el art. 1º de esta Ley, se deducirán de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al código civil...".

Si bien es cierto que la primera parte del texto legal deja entrever una duda acerca de si el pasivo de la sociedad se saca de la masa total de gananciales o de la masa parcial administrada por cada cónyuge, no obstante la última parte parece disipar la duda al decir textualmente que "los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al código civil...". Y bien sabido que activo líquido es el que queda después de pagar las deudas respectivas, en contraposición al activo bruto que es aquel en donde aún no se han satisfecho las acreencias respecto a terceros. Por tanto lo que se suma para determinar la masa social definitiva objeto de reparto son los activos líquidos de cada cónyuge.

Tres observaciones es necesario hacer a esta solución. 1ª Con ella se protege en determinados casos más eficazmente a los acreedores de los cónyuges en razón de acreencias invertidas en adquisición de bienes gananciales o expensas de los mismos. Porque puede suceder que fácilmente de los bienes de un cónyuge puedan pagarse íntegramente todas las deudas, como en el caso

de que necesariamente haya de sobrar un activo líquido. Y esto es lo más probable porque los terceros sólo abrirán crédito a los cónyuges en razón del valor de su patrimonio; sería excepcional el caso en que el pasivo personal de un cónyuge fuese superior a su activo (lo que acusaría falta de prudencia y talento en los acreedores). 2ª Se protege muy eficazmente a cada cónyuge los cuales en ningún caso responderían por deudas no contraídas por ellos personalmente. 3ª Al aceptarse pura y simplemente esta solución sobraría entonces el beneficio de inventario ya que dicho beneficio no traería utilidad alguna a los cónyuges.

Si en vez de aceptar esta solución se predica el que el pasivo de la sociedad se tome de la masa total de gananciales la posición de los acreedores cambia radicalmente. Porque aquellos que tienen insolutos sus créditos respecto a alguno de los cónyuges por no tener bienes suficientes para pagar puede ser que no sean insolutos respecto a los gananciales del otro cónyuge, como en el caso de que el marido deba \$ 8.000 y sólo tenga bienes por \$ 3.000, y la mujer en cambio tenga \$ 20.000 y deudas por sólo \$ 2.000. Según la primera solución el activo líquido para repartir será de \$ 18.000 y a cada cónyuge corresponderán \$ 9.000; según la segunda solución habrán \$ 23.000 como activo bruto y quedará como activo líquido sólo \$ 13.000 correspondiendo a cada cónyuge \$ 6.500.

Bien puede observarse que la primera solución protege a los cónyuges más eficazmente que el mismo beneficio de inventario, porque al aceptarse la segunda solución aunque el cónyuge haya aceptado la sociedad con dicho beneficio sólo le corresponden los \$ 6.500, y la primera sin beneficio le da \$ 9.000.

La primera solución choca de manera flagrante con el sistema del código predicado en los arts. 1.834, 1.833 y otros textos legales; en todo caso es la solución que se ajusta mejor al espíritu general del nuevo sistema predicado por la Ley 28 de 1932 y la que está destinada a triunfar en la doctrina y la jurisprudencia.

473.—II.—Precisado, pues, que lo que va a ser objeto de reparto entre los cónyuges son los activos líquidos de las respectivas masas de gananciales ordena la ley que se sumen dichos activos líquidos y se dividan en dos partes iguales; una para cada cónyuge (art. 1.830 del c. c.). —

Así que cada cónyuge adquirirá el dominio y posesión de la mitad de la masa total líquida de gananciales; como dicha masa consistirá en muchos casos en muebles e inmuebles que no tienen un valor igual entre sí se hará necesaria una nueva operación: la división de los derechos proindiviso que cada cónyuge adquiere sobre dicha masa de gananciales por partes iguales.

Qué reglas se aplican para terminar con esta indivisión cuando ella se produce? La respuesta la da el art. 1.832 que dice: "La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios". Bien puede observarse que se hace una asimilación completa en cuanto a la forma y efectos de la división de la masa de gananciales entre los cónyuges o sus herederos y la división de los bienes hereditarios entre los herederos.

Por tanto las principales reglas que rigen la partición de la herencia y que rigen en materia de división de la masa de gananciales son las siguientes:

474.—I.—Ninguno de los cónyuges o de sus herederos será obligado a permanecer en la indivisión de la masa de gananciales; la partición de dicha masa podrá siempre pedirse, con tal que los consignatarios no hayan convenido lo contrario. La indivisión no podrá estipularse por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto (art. 1.374 del c. c.).

II.—Si ambos cónyuges o sus herederos fueren capaces podrán hacer la partición por sí mismos o nombrar de común acuerdo un partidior; pero si no se acordaren lo nombrará el juez (art. 1.832 del c. c.).

III.—El partidior liquidará lo que a cada cónyuge o a sus herederos corresponda según el avalúo hecho de los bienes muebles o inmuebles de la sociedad teniendo presente estas reglas:

1ª—Entre los consignatarios de una especie que no admita división, o cuya división la haga desmerecer, tendrá derecho a la especie el que más ofrezca por ella, siendo base de oferta o postura el valor dado por peritos, nombrados por los interesados; cualquiera de los consignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños y el precio se dividirá entre los coasignatarios a prorrata;

2ª—Las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo, serán, si fuere posible, continuas, a menos que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados, que de la separación al adjudicatario;

3ª—Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudica a un asignatario, y otro fundo de que el asignatario sea dueño;

4ª—En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce;

5ª—En la adjudicación de una cosa universal (como de un establecimiento comercial) o de lo que de ella restare después de las adjudicaciones mencionadas en los números precedente, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los

cónyuges o sus herederos cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuela o lotes de la masa partible.

6ª.—En la formación de lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admiten cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio; salvo que convengan en ello unánime y legítimamente los interesados (art. 1.394 del c. c.).

IV.—Si el patrimonio de la masa común estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas o de bienes de propiedad exclusiva de los mismos cónyuges se procederá en primer lugar a la separación de los patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes (art. 1.398).

V.—Siempre que en la partición de la masa común de gananciales, o de una porción de la masa, tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría, o personas jurídicas, será necesario someterla, terminada que sea, a la aprobación judicial (art. 1.399 del c. c.).

VI.—Efectuada la partición, se entregarán a los partícipes los títulos particulares de los objetos que les hubieren cabido. Los títulos de cualquier objeto que hubieren sufrido división, pertenecerán a las personas a que hubiere cabido la mayor parte, con cargo de exhibirlos a favor de los otros partícipes, y de permitirles que tengan traslado de ellos cuando lo pidan (art. 1.400).

VII.—El haber omitido involuntariamente en el inventario solemne algunos objetos y que por tanto no fueron objeto de partición no será motivo para rescindirla. Aquella en que se hubiere omitido se continuará después, dividiéndolos entre los cónyuges o sus herederos con arreglo a sus respectivos derechos (art. 1.406). Finalmente las demás reglas aplicables a la partición de una cosa universal o singular que se posee entre varias personas pro indiviso son aplicables a la partición de la masa de gananciales. La partición de una cosa poseída por varios pro indivisos será objeto de estudio especial en la materia relativa a los bienes.

## TITULO CUARTO

### NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

475.—El régimen económico de derecho común según la ley positiva colombiana se caracteriza: 1. Es una verdadera sociedad o comunidad. 2. Es una sociedad que se forma invariablemente por el matrimonio y exclusivamente para atender los fines perseguidos por dicha institución. 3. Es una sociedad de caracteres especiales que la distinguen de las sociedades ordinarias y de las fundaciones.

#### Nº 1.

*El régimen de derecho común es sociedad o comunidad.*

476.—Superfluo parece enunciar esta tesis. Tradicionalmente tanto la doctrina como los legisladores han llamado sociedad o comunidad conyugal a toda asociación de esfuerzos y de bienes entre los cónyuges para atender los fines del matrimonio y para repartir el remanente el día de su disolución. ¿No es acaso esta la misma característica del régimen de derecho común de la ley positiva? Evidentemente: nuestro régimen de derecho común representa una asociación de esfuerzos (productos del trabajo e industria de los cónyuges) y de bienes (productos de los bienes de propiedad exclusiva de los cónyuges) que se integran en una masa común (bienes gananciales) para atender a los gastos del hogar y en donde el remanente de esa masa está destinada a ser repartido por partes iguales entre los mismos cónyuges o sus herederos el día de la disolución.

Estas son las notas específicas de la institución del llamado régimen de comunidad o sociedad conyugal. No obstante a raíz de la expedición de la Ley 28 de 1932 se presentaron algunas discusiones entre los juristas. Para algunos la reforma de la Ley 28 suprimía de plano el régimen de comunidad o sociedad conyugal para ser reemplazado por el de separación. No podían comprender cómo es perfectamente compatible la separación de administraciones en cabeza de los cónyuges de la masa de gananciales con la noción de comunidad. Pensaron que la esencia de

ese régimen se encontraba en el principio tradicional de la incapacidad de la mujer casada y en el de que el marido era jefe de la comunidad conyugal. Suprimidos esos dos principios era equivalente a borrar el régimen de comunidad y reemplazarlo por el de separación. Por estas ideas estuvieron dominados algunos de los parlamentarios que intervinieron en la discusión de la ley. Y tan efectiva fue su intervención que contribuyeron a que se cambiara el art. 1º del proyecto de ley por el art. 1º de la actual ley. El art. 1º del proyecto decía lacónicamente: "No obstante la sociedad conyugal que se contrae por el hecho del matrimonio, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 180 del código civil, cada uno de los cónyuges goza de la libre administración, tanto de los bienes que conforme al código civil le pertenecen exclusivamente, como de los demás que por cualquier causa adquiriera durante el matrimonio o hubiere aportado a él". En cambio, el art. 1º de la ley efectivamente aprobado dice: "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 esa sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación".

Cabe preguntarse ante la parte final del art. 1º: "Se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración y en consecuencia se procederá a su liquidación", si se quiso establecer que durante el matrimonio no existe sociedad y sólo una vez disuelto se supone que ha existido por ficción.

**477.—I.—Los argumentos con que se defiende la anterior tesis.**— a) La Ley 28 de 1932 sustituyó el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, porque las palabras "se considerará" que emplea el art. 1º de la nueva ley así lo indican. "Y no se venga con la sencillez de que: ¿por qué entonces la comunidad de gananciales? Porque éstos obedecen a una razón muy distinta de la comunidad de capitales. Porque los gananciales no se consideran como el producto de los capitales de los cónyuges, sino como el fruto de los esfuerzos, de sus sacrificios y de sus trabajos, mutuamente ayudados y combinados, durante la vida del matrimonio" (J. Restrepo R., cit. por J. J. Gómez, p. 61).

b) Otros juristas refiriéndose a las palabras finales del art. 1º de la ley dice: "Hay aquí, pues, una ficción legal con el objeto, por una parte, de garantizar a los cónyuges su derecho sobre las utilidades comunes, y por otra, de mantener ante terce-

ros su absoluta independencia y capacidad civil". Se trata de una separación práctica de administraciones y de la existencia de una sociedad teórica (E. Esguerra C., cit. J. J. Gómez, p. 67, Nota 2).

c) "Efectivamente existen de acuerdo con la reforma, una sociedad ideal, una ficción legal de sociedad (como tantas ficciones que la ley establece), mientras exista el vínculo matrimonial, y una sociedad práctica, efectiva y real que finaliza con provechos prácticos, cuando la ley acude a declarar que por muerte de uno de los cónyuges esa sociedad ha dejado de existir (Fernández de Soto, cit. J. J. Gómez, p. 68). Porque no hay sociedad donde los haberes de los cónyuges no componen un fondo común individualizado: en donde cada cónyuge sigue manejando lo suyo y sólo a la liquidación del régimen de derecho común se va a formar esa masa común. Estos y otros argumentos han sido sostenidos por numerosos abogados (entre los cuales se resaltan: Luis Felipe Latorre, González-Valencia, H. Archila: en J. J. Gómez).

**478.—II.—Crítica de esta tesis.**— La jurisprudencia y la doctrina han establecido el verdadero alcance de la ley, dejando sin valor los argumentos de la tesis criticada. El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 1934 dijo: En el campo del derecho no hay cosas a medias o de medio ser, sino que las cosas son o no son. La obligación y el derecho consiguiente nacen o no; surgen a la vida jurídica plenos y completos o no entran a ella. No hay medio. Lo contrario es ilógico y antijurídico.

"Lo que ocurre en el sistema del proyecto es que aunque la sociedad o comunidad nace y se forma por el mero hecho del matrimonio de modo real e incuestionable, no se gobierna como en el sistema del código vigente, sino de otro modo; no se rige por preceptos que quitan a unos de los socios (la mujer) toda ingerencia en los negocios sociales, sino de acuerdo con las normas más civilizadas, más conforme con los tiempos actuales, más equitativas y más ajustadas a la realidad de los derechos de ambos cónyuges" (Cit. J. J. Gómez, p. 59, nota 3).

La Corte Suprema de Justicia acogió definitivamente esta tesis de Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia de 20 de octubre de 1937. "La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre los esposos quebrando así el tradicional sistema hasta entonces imperante. Pero ocurre preguntar: la reforma acabó con la sociedad conyugal reemplazándola por un régimen de separación de bienes? En manera alguna... Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el código la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y de administración..., etc.". Y aún insiste la Corte en la misma sentencia: "El legislador conservó la institución de sociedad conyu-

gal como vínculo patrimonial entendido entre los esposos..." (Esta misma doctrina ha sido sostenida en sentencias posteriores ya citadas).

**479.—La doctrina ha acogido la tesis de la jurisprudencia.**—Existen varios fenómenos que se producen dentro del régimen actual de derecho común, los cuales sólo son engendrados por el régimen de sociedad conyugal. Entre éstos deben hacerse resaltar, advierte el doctor J. J. Gómez, estos cuatro: 1º Durante la existencia del régimen de derecho común puede uno de los cónyuges pedir la separación de bienes; 2º Durante la existencia del régimen de derecho común se realiza el fenómeno de la subrogación real; 3º El régimen de derecho común contempla el fenómeno del pasivo común, y 4º La teoría de las recompensas es específica del régimen de sociedad conyugal.

**480.—I.—Cualquiera de los cónyuges puede pedir que cese el régimen de derecho común y sea reemplazado por el de separación de bienes**—Y bien se comprende que ninguna utilidad tendría el ejercicio de este derecho si el régimen de bienes fuera de separación de bienes. Y es porque "en el sistema de la Ley 28 hay una simultánea, permanente y correlativa destinación de bienes a la formación de un conjunto divisible: el marido sabe que los bienes de su mujer, exceptuados los propios, serán, en parte, los suyos o de sus herederos; la mujer tiene la certeza de que en la fortuna del esposo, exceptuados los propios, corresponderá la mitad a ella o a sus sucesores. De esta suerte, en todo bien que adquiere a título oneroso uno de los cónyuges, lleva el otro un derecho: el de que el día de la disolución de la comunidad sea sometido a partición. Son, pues, dos derechos idénticos que se alimentan recíprocamente. Tal es el fundamento de la comunidad, tal es su esencia" (Gómez, p. 77).

Bien: por las causales que adelante se estudiarán, cualquiera de los cónyuges puede pedir la disolución y liquidación definitiva de la sociedad conyugal.

**481.—II.—**Ya estudiamos la teoría de la subrogación real, como el medio más expedito para la conservación de los patrimonios exclusivamente propios de los cónyuges. La subrogación es innecesaria en el régimen de separación de bienes, pues, en dicho régimen no existen elementos de un patrimonio sometidos a una afectación especial.

**842.—III.—**El nuevo régimen de la Ley 28 de 1932 contempla fuentes de un pasivo común de la masa común o masa de gananciales; ese pasivo es diferente del pasivo personal de los bienes exclusivamente propios. ¿Cómo explicar la existencia de

un pasivo común, sino en un régimen de sociedad conyugal?

483.—IV.—Finalmente, el fenómeno más sobresaliente del régimen de sociedad conyugal es el de la teoría de las recompensas: esta teoría, lo mismo que la de la subrogación, no pueden explicarse en el régimen de separación de bienes, sino en el de la sociedad conyugal.

### Nº 2º

#### *La sociedad conyugal se forma por el matrimonio.*

484.—Según el art. 180 del código civil, modificado por la Ley 28 de 1932, por el hecho del matrimonio se contrae la sociedad conyugal o sociedad de bienes de derecho común, cuando los esposos antes del matrimonio no estipularon un régimen distinto.

Pero si el matrimonio es el acontecimiento necesario que da nacimiento a la sociedad conyugal de derecho común, su disolución no es siempre el hecho que la extinga, pues, como vimos, existen otros eventos que la disuelven.

Sin matrimonio no puede existir sociedad conyugal; pero existiendo matrimonio, pueden los cónyuges no estar sometidos al régimen de sociedad conyugal.

485.—La sociedad conyugal se forma para atender a los fines de la familia; para crear una fuente de recursos para el sostenimiento del hogar y de los hijos.

Esta finalidad puede en la práctica verse desvirtuada especialmente en los casos en que uno de los cónyuges aporta una considerable fortuna y el otro ninguna. En dicha hipótesis el régimen de comunidad constituirá un enriquecimiento para el cónyuge que no aporta bienes, una especie de ventaja matrimonial.

Supongamos que el marido al casarse tiene \$ 500.000.00 y la mujer nada. Los gananciales se integrarán con los frutos del trabajo de los cónyuges, y con los frutos del capital del marido. Bien: el capital aportado por el marido comercialmente produce frutos equivalentes a un \$ 10%, es decir, por valor de \$ 50.000.00 de la cual suma a la mujer corresponderán \$ 25.000.00; en diez años de comunidad la mujer tendrá por dicho concepto \$ 250.000.00. Resalta que esta suma constituye un enriquecimiento para la mujer, que no tiene otra causa sino el régimen de comunidad.

Si bien es cierto que la ley al reglamentar el régimen de comunidad conyugal en manera alguna ha perseguido el que sea una fuente de enriquecimiento para uno de los cónyuges, no obstante autoriza ese enriquecimiento, pues él sólo se realiza en casos extraordinarios; y porque este régimen en la generalidad de los casos cumple su verdadera finalidad, pues, la experiencia de

muestra que los matrimonios en donde ninguno de los cónyuges tiene un capital de importancia, o ambos tiene capitales más o menos equivalentes, integran por lo menos el 99% de los matrimonios colombianos gobernados por el enunciado régimen de comunidad conyugal.

Finalmente: para los casos extraordinarios en que sólo uno de los cónyuges tenga capital, la ley pone a su alcance los instrumentos necesarios a fin de evitar que el régimen de derecho común venga a enriquecer considerablemente al otro cónyuge. Estos instrumentos son: 1. La estipulación del régimen de comunidad, excluyendo de él los frutos del capital que se aporte; 2. La estipulación del régimen de separación de bienes. Cualquiera de los dos medios evita el caso anómalo de que el matrimonio por sí mismo enriquezca sin verdadera causa onerosa a uno de los esposos.

### Nº 3º

*El régimen de derecho común es una sociedad de caracteres especiales.*

486.—Muchas discusiones han surgido en la doctrina en el sentido de señalar la verdadera naturaleza del régimen de comunidad conyugal. Para unos autores la comunidad conyugal constituye una persona moral; para otros la sociedad conyugal no está dotada de personalidad moral y suelen asimilarla a la copropiedad o a la institución alemana de la propiedad colectiva o propiedad en mano común.

Hemos establecido en forma certera que el régimen económico matrimonial vigente en el derecho colombiano es el de una comunidad o sociedad conyugal. Que ésta no es algo teórico o ficticio, sino institución real y tangible, pues, en ella se acusa la existencia de una masa común que tarde o temprano será repartida entre los cónyuges.

Bien: dada la naturaleza peculiar de este régimen, enunciaremos en breve síntesis algunas de las doctrinas propuestas para señalar la naturaleza de la comunidad conyugal, a fin de ver cuál es la que se ajusta más exactamente al régimen patrimonial de la Ley 28 de 1932.

487.—I.—**Para un gran número de autores la sociedad conyugal es una sociedad dotada de personalidad jurídica.**—Esta tesis fue defendida por los antiguos autores franceses y recogida por algunos de los modernos. Las consecuencias prácticas de esta tesis son de un interés particular. Si admitimos que la sociedad conyugal es una persona moral como las sociedades de derecho común, tendremos que los acreedores de la sociedad con-

yugal tendrían un derecho de preferencia a hacerse pagar con los bienes gananciales, exactamente como sucede en las sociedades.

Troplong (citado por Bonnacase, Supplément, IV, p. 392) da en apoyo de la tesis de la personalidad moral de la comunidad conyugal estos argumentos de gran elevación: "La sociedad conyugal es una sociedad de intereses formados entre el hombre y la mujer... Sin duda, cuando los esposos ponen en común sus aportes, sea pecuniarios o industriales, el fin primitivo y esencial de esta unión es menos el obtener beneficios para repartir como el de soportar las cargas del matrimonio. Sería desconocer el carácter sagrado del matrimonio, el colocar en su base el interés y el provecho; es la amistad y el espíritu de familia, los que deben constituir los móviles del matrimonio. No obstante la idea de lucro, ganancias no es en un todo extraño a la asociación de los esposos; ellos tienen la esperanza del progreso que obtendrá por la economía, su buen talento y sus comunes esfuerzos... La sociedad conyugal y las otras sociedades se distinguen en que la primera es una sociedad sui géneris. Es una sociedad especial a causa de su fin que es el de fundar una familia por afectación y por las consecuencias..."

Esta tesis tuvo alguna fortuna en nuestro derecho; ella tenía cierta adaptación al régimen de derecho común del código civil. Mediante un esfuerzo mental se asimilaba la comunidad conyugal a las sociedades diciéndose que el representante legal de ella lo era el marido. Mas en la práctica no se discutió si los acreedores de la comunidad tenían un derecho de preferencia sobre los bienes de la masa común. En todo caso la tesis de la comunidad conyugal como persona moral sufrió una bancarrota completa en virtud del nuevo régimen de bienes instituido por la Ley 28 de 1932, en que la mujer cesó de ser incapaz y el marido de ser el representante legal de la comunidad conyugal.

**488.—II.—Entre los modernos, Bonnacase afirma que la sociedad conyugal es una sociedad civil dotada de una personalidad moral atenuada.**— Tres proposiciones le sirven de base para defender la tesis enunciada:

*Primera proposición.*—*La comunidad entre esposos es una sociedad civil.*— Los caracteres de las sociedades son: 1. Un grupo de personas. 2. Que ponen en común cosas. 3. Destinadas a ser repartidas cuando la sociedad se disuelva, y 4. Entre los asociados debe existir la "affectio societatis". Bien: en la comunidad conyugal existen estos elementos, el grupo de personas: los cónyuges; que ponen en común cosas; su trabajo e industria con los que se forma una masa común, la cual se repartirá entre ellos cuando se disuelva; en la comunidad conyugal, más que en cualquier otra sociedad existe la "affectio societatis".

*Segunda proposición.—La comunidad entre esposos es una universalidad jurídica.*—Una universalidad de derecho es la que funde en un conjunto indisoluble elementos activos y pasivos. Como la sociedad conyugal realiza esta función responde a dicho concepto.

*Tercera proposición.—La comunidad entre esposos es una sociedad dotada de personalidad moral atenuada.*

Esta tesis de Bonnecase no es aplicable al régimen de la ley colombiana de sociedad conyugal. 1. La sociedad conyugal es una persona moral o no lo es; no existen instituciones o derechos a medias. Ya hemos visto que no es persona moral por no existir un representante legal en ella; y porque mientras existe, cada cónyuge dispone libremente de los bienes de su propiedad exclusiva como de los que responden al concepto de gananciales. 2. Tampoco es una universalidad jurídica o patrimonio, pues carácter esencial del patrimonio es el de que los elementos que lo integran tengan su individualidad; y mientras existe la sociedad conyugal los bienes gananciales se confunden con los bienes exclusivamente propios de los cónyuges.

**489.—III.—La sociedad conyugal es una especie de copropiedad.**— Tal es la tesis defendida por gran número de juristas (Planiol, Ripert, Nas). Dentro del actual régimen de bienes de la Ley 28 no existe confusión entre los bienes del marido y la mujer; cada uno de ellos administra y dispone libremente tanto de los bienes que aporte al matrimonio como de los que durante él adquiriera por cualquier causa; luego es insostenible la tesis enunciada; ella pudo tener alguna justificación dentro del régimen de comunidad reglamentado por el código.

Los bienes de cada cónyuge sí forman una especie de copropiedad entre los que son de su exclusiva propiedad y los gananciales. Pero los bienes de que obedecen al concepto de gananciales no forman en su totalidad copropiedad o indivisión alguna.

En cuanto a otras tesis que han querido ver en la comunidad conyugal una suerte de propiedad colectiva o propiedad en mano común sabido es que dicha institución es ajena a las costumbres latinas. Una más amplia exposición sobre estas tesis en Bonnecase, SUPPLEMENT, IV, p. 380 s.

**490.—IV.—La comunidad entre esposos representa esencialmente una institución autónoma e inconfundible con las instituciones de la copropiedad, de la sociedad, de la personalidad moral y la propiedad colectiva o en mano común.**— Esta es la tesis que se conforma con la naturaleza y carácter del régimen de derecho común; todas las tentativas por reducir la sociedad conyugal a una de las instituciones con las que guarda cierta similitud han sido vanas. Colin y Capitant han

puesto de relieve este carácter específico de la sociedad conyugal, indicando de cómo es imposible confundir esta institución con alguna de las indicadas.

1.—*La comunidad conyugal no puede reducirse a una copropiedad.*—En la copropiedad cada comunero puede disponer de su parte indivisa, cederla a un tercero e hipotecarla. En la comunidad conyugal no cabe hablarse de derechos de comuneros en la cosa común, pues, vimos que mientras exista la sociedad conyugal ninguno de los cónyuges tienen derechos concretos sobre los bienes gananciales del otro cónyuge.

En la copropiedad cada copropietario puede pedir la partición de la cosa común, por cuanto nadie es obligado a permanecer en la indivisión; la comunidad conyugal sólo se extingue por aquellas causales taxativamente enumeradas por la ley.

La copropiedad representa un valor activo que figura en el patrimonio de cada copropietario; en cambio los gananciales de uno de los cónyuges no representa para el otro un elemento activo que actualmente figure en su patrimonio.

2.—*La comunidad conyugal no es una sociedad de personas.* Ya dejamos establecido que la comunidad conyugal no puede reducirse a una sociedad aunque se diga que lo es de caracteres especiales y sui géneris.

3.—*Tampoco la comunidad representa una copropiedad en mano común.*

4.—*Es necesario concluir que la sociedad conyugal es una institución con caracteres específicos y que se basta a sí misma.* Tan irreductible es la institución del matrimonio a cualquiera de los demás contratos del derecho civil, tan irreductible la comunidad conyugal a otra de las instituciones de ese derecho. La comunidad entre esposos ha sido reglamentada para atender a los altos fines de la familia legítima; constituye el complemento necesario de la institución del matrimonio. Es la unión permanente de un hombre y una mujer con el fin de procrear hijos, lo que justifica la asociación de esfuerzos y rentas del marido y mujer. La causa que da nacimiento a la comunidad de bienes es el matrimonio o asociación de personas; su fin el de proveer de recurso al hogar. Esta causa y este fin no se encuentra en ninguna de las otras instituciones con las que tradicionalmente se ha pretendido identificar la sociedad conyugal. Luego es necesario concluir que la sociedad de bienes entre esposos representa una institución que tiene su fundamento y fin en sí misma; que representa un régimen que se basta a sí mismo.

## TITULO QUINTO

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL REGIMEN COLOMBIANO Y DERECHO COMPARADO

**491.—I.—Los antecedentes históricos.**—Las explicaciones que siguen constituyen un último retoque a las exposiciones hechas. Contribuirán a indicarnos mejor la naturaleza y alcance del moderno sistema vigente en Colombia; por otra parte demostrará de cómo no se trata de un sistema improvisado en el mundo jurídico, sino que, al contrario, él hunde sus raíces en el pasado; que otras legislaciones lo contemplan como régimen convencional, y que la labor del legislador patrio se redujo ante todo a convertir en legal, en sistema de derecho común, lo que en otros países necesitan pactar expresamente los esposos.

El autor de la Ley 28 de 1932 se inspiró en las modernas legislaciones de Hungría, Suecia, Islandia, Noruega, Dinamarca y Finlandia, como en el proyecto de ley francés de que fue autor Renault, convertido en parte en la ley del 18 de febrero de 1938.

“Y volviendo a la contemplación del aspecto sustantivo, de la cuestión, advierte el autor de la ley, un examen más a fondo de la materia y un estudio de las más modernas instituciones sobre el régimen de los bienes en el matrimonio, han demostrado que la fórmula que mejor responde, sin perjuicio para nadie, a la anhelada rehabilitación civil de la mujer casada es la que aparece en el nuevo proyecto, inspirado en sus rasgos y estructura fundamentales, en la novísima legislación húngara, en la de Suecia (Ley de 1920), Islandia (Ley de 1923), Noruega (Ley de 1927), Dinamarca (Ley de 1926), Finlandia (Ley de 1929), etc., que conservando una sociedad conyugal teórica, para que se revele y produzca efecto al disolverse el matrimonio, durante éste disfruten los cónyuges de la plena libertad jurídica y del amplio goce de los bienes que adquieran”. (Doce Leyes, p. 60).

Y refiriéndose el mismo autor a la legislación húngara hace la siguiente citación sobre la bondad de ese sistema: “Este sistema que durante el matrimonio dejan los cónyuges una independencia absoluta, asegura a cada uno de ellos cierto peculio después de disuelto el lazo conyugal.

“Supongamos en efecto una mujer sin fortuna personal y únicamente ocupada en trabajos domésticos. Su actividad contri-

buye, en grandes proporciones al bienestar de la familia, pero no es remunerada. En este caso, un régimen de separación pura y simple lesionaría sus derechos, porque habiendo trabajado toda su vida se vería sin ningún patrimonio a la muerte de su marido; en tanto que la concepción húngara de la comunidad de adquisiciones, sin menoscabar la libertad de los cónyuges durante su vida, asegura en fin de cuentas a la mujer una parte de las economías a cuya fortuna ella contribuyó ampliamente" (ob. cit. p. 61). Y continúa el autor citado: "En Hungría, en cuya novísima legislación se inspira el proyecto que hoy se lleva al congreso colombiano, "las costumbres y la legislación desconocen el poder marital y las desigualdades entre los esposos. La incapacidad jurídica de la mujer no existe. Ella puede dar, recibir, enajenar y adquirir, con toda independencia; puede intentar un proceso o defenderse sin tener que solicitar ninguna autorización.

"El régimen matrimonial legal en Hungría, es una separación de bienes combinada con una comunidad de adquisiciones.

"Durante el matrimonio, esta comunidad no tiene una existencia teórica. De hecho cada uno de los cónyuges dispone libremente de su fortuna propia y de todo lo que pueda adquirir por su industria. Prácticamente en tanto que la unión sexual perdura, la situación de hecho equivale a una separación de bienes, pura y simple.

"Pero a la disolución del matrimonio, se hace una masa de todas las economías realizada sobre las rentas y salarios de los dos cónyuges. Esta masa, representativa de la comunidad de adquisiciones, se reparte en dos porciones iguales."

En la elaboración de la Ley 28 de 1932 se tuvo también en cuenta el proyecto de ley francés de que fue autor Renault. En la obra del doctor Latorre "Doce Leyes" se traen las siguientes citas sobre dicho proyecto. "El sistema llamado por la Comisión "participación de adquisiciones" es una feliz combinación de la separación de bienes y los de la comunidad. Cada uno de los esposos conserva la administración y la disposición de sus bienes propios; pero las adquisiciones, es decir, los bienes adquiridos durante el matrimonio por la actividad y el espíritu de economía del uno y del otro, forman una masa, una comunidad de valores, que constituye el patrimonio común. En tanto que el matrimonio subsista, esta masa se confunde con los bienes propios, pero a la disolución, por el fallecimiento u otra causa, se hace la cuenta de las adquisiciones y se opera de conformidad".

**492.—II.—El proyecto francés de Renault y la ley del 18 de febrero de 1938.**— El proyecto primitivo de ley francesa que sirvió de antecedente al autor de la ley colombiana, lo fue el elaborado por Renault y Matter, y terminado el 20 de mayo de 1928. Dicho proyecto constaba de dos partes, "la una que reali-

zaba la supresión de la incapacidad de la mujer casada, y la otra consagrada a la reforma de los regímenes matrimoniales". Y fue éste el proyecto presentado al senado el 23 de junio de 1932. Pero el mismo Renault se dio cuenta que la segunda parte del proyecto daría lugar a largas discusiones, motivo por el cual resolvió dividirlo en dos partes: la relativa a la supresión de la incapacidad de la mujer y la relativa al régimen económico matrimonial, para que primero se discutiese la primera y posteriormente la segunda. La que devino ley del 18 de febrero de 1938 fue únicamente la primera parte del proyecto. Se suprimió la incapacidad de la mujer casada sin reformar el régimen económico matrimonial; la mujer puede negociar libremente, pero el marido es jefe de la sociedad conyugal. Con razón ha sido calificada la citada ley de "mutilada e incompleta".

**493.—III.—El derecho alemán.**— Las novísimas legislaciones de Hungría, Suecia, etc., y el mismo proyecto original de Renault tuvieron su inspiración en el régimen de comunidad de "gananciales" reglamentado en el código alemán de 1900, sólo que como régimen convencional.

Las ideas esenciales del régimen de comunidad de gananciales del código alemán son éstas:

I.—La comunidad de ganancias no es una comunidad de patrimonios, sino una comunidad de provechos: los provechos del trabajo y de los patrimonios de ambos cónyuges se hacen comunes. El código la reconoce únicamente como régimen convencional. (Kipp, Wolff, ob. cit. p. 455). Obsérvese de cómo en dicho régimen la masa común o activo de la comunidad coincide exactamente con el activo o masa común de las nuevas legislaciones de Hungría, Suecia, etc., y con la de la Ley 28 de 1932.

Dicha masa reconoce dos fuentes esenciales: provechos (productos) del trabajo e industria de los cónyuges durante el matrimonio, y productos de los patrimonios de propiedad exclusiva de los cónyuges.

"De todas las formas de comunidad, ésta es la que representa menores riesgos para la mujer y la que evita mejor las injusticias que en los matrimonios de corta duración producen las desigualdades de fortuna... Se caracteriza por la más justa participación de la mujer en las ganancias del trabajo del marido y en los frutos de ambos patrimonios" (Kipp, Wolff, ob. cit. I, p. 455).

II.—El patrimonio común lo constituyen las ganancias (colaborato) conyugales, esto es, lo que el marido o la mujer adquieren durante el matrimonio. Pueden ser ganancias las cosas y los derechos, los muebles y los inmuebles. Se convierte en ganancia en lo esencial lo que un cónyuge adquiere por su trabajo, por su industria o como provecho de su patrimonio aportado.

III.—No son gananciales y no entran a la masa común: 1. Los patrimonios aportados por el marido o la mujer. Es decir, todo lo que les pertenece al iniciarse la comunidad de ganancias: el capital que tuviera antes del matrimonio, los provechos patrimoniales adquiridos antes del mismo y todas las ganancias obtenidas antes de casarse, pues —tal es la idea cardinal del sistema— la comunidad de ganancias, lo mismo que la vida común, sólo debe empezar con el matrimonio. 2. Lo que un cónyuge adquiere durante el matrimonio por causa de muerte, sucesión anticipada, donación o dote (en una palabra: lo adquirido durante el matrimonio a título gratuito). 3. Los objetos no transmisibles por negocio jurídico, “el patrimonio especial” de la comunidad general de bienes, por ejemplo un fideicomiso que pasa al marido durante el matrimonio y todo derecho suspensivamente condicionado por la muerte del cónyuge o que se extinga por la misma, por ejemplo la renta vitalicia de un cónyuge o la pretensión del mismo en virtud de un seguro de vida contratado hasta su muerte. 4. Los bienes subrogados (no los provechos) de los bienes aportados al matrimonio.

IV.—Entre los bienes de la masa y común y los patrimonios propios de cada cónyuge pueden surgir relaciones de derecho. “Las relaciones de derecho de obligaciones surgen, por ejemplo, al pagarse con bienes del patrimonio de uno de los cónyuges las cargas del patrimonio común, y al satisfacerse con el patrimonio común o con el del otro cónyuge cargas especiales de un cónyuge, pero puede surgir también por contrato celebrado entre los cónyuges o concluidos antes del matrimonio, o de un delito cometido por un cónyuge contra el otro o de una gestión de negocios sin mandato. Sin perjuicio de estas pretensiones, que derivan de relaciones jurídicas especiales, se da un deber general de abono del valor cuando, al hacerse la partición, resulta enriquecido un patrimonio aportado con perjuicio del patrimonio común o a la inversa” (Kipp, Wolff).

V.—La exposición de este sistema (más detalles en la obra de Kipp, Wolff, p. 455 s.), nos ponen de presente: la denominada comunidad de gananciales es una sociedad real y efectiva. En la del sistema alemán, que ha servido de base a las nuevas legislaciones que adoptan como régimen de derecho común el referido régimen, se dan los fenómenos de la subrogación real, de las recompensas, de un pasivo común (V. Kipp, Wolff, p. 468 s.) y la hipótesis de cambio de ese régimen por la separación absoluta de bienes (los mismos autores, p. 474 s.).

# TERCERA DIVISION

## EL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

494.—Los esposos no sometidos al régimen de comunidad conyugal lo están al de separación de bienes. Dos clases de matrimonios están gobernados por el régimen de separación de bienes: 1º Aquellos que antes del matrimonio en forma expresa estipularon dicho régimen excluyendo en forma expresa el de comunidad conyugal, y 2º Aquellos que estuvieron sometidos al régimen de comunidad conyugal, pero ésta se disolvió por alguna de las causales distintas a la de disolución del matrimonio. El primero es el régimen contractual de separación de bienes; el segundo el régimen judicial de separación.

### Nº 1º

#### *El régimen contractual de separación de bienes*

495.—Ya hemos dicho que los cónyuges tienen libertad para estipular el régimen de separación de bienes antes del matrimonio. Ellos pueden estipular un régimen absoluto de separación de bienes o una combinación en donde ciertos bienes queden sometidos a separación y otros al de comunidad.

El absoluto de separación es equivalente al régimen judicial que en seguida se estudiará; el de combinación puede revestir muchas modalidades.

1º—Los cónyuges estipulan que los frutos de los bienes que aportan al matrimonio no entran a la masa común; que ésta se integre únicamente con los productos del trabajo e industria de los cónyuges durante el matrimonio.

Esta puede constituir en la práctica un interesante régimen de bienes y que puede adoptarse en todos aquellos casos en que uno de los esposos tenga considerables bienes de fortuna al casarse y el otro no.

2º—Igualmente puede estipularse que los frutos de los bienes que uno de los cónyuges reciba durante el matrimonio a tí-

tulo gratuito (especialmente por herencia) no entren a formar parte de la masa común; que ésta sólo se integre con los frutos del trabajo e industria de cada uno de ellos.

En este régimen contractual de separación para unos bienes y no para otros existen a cargo de cada cónyuge las obligaciones generales que existen tanto en el régimen de comunidad como en el de separación absoluta de bienes.

## Nº 2.

### *El régimen judicial de separación absoluta de bienes.*

496.—Carácter esencial del régimen de separación absoluta de bienes es el de que en él no existe masa común; no existe ningún bien que tenga el carácter de ganancial; no existe bien alguno para repartir el día en que termine ese régimen.

La ley contempla como régimen legal de separación de bienes el absoluto o esa aquél en donde no existe masa común. Y lo contempla exclusivamente para aquellos casos en que de acuerdo con la ley se disuelve el régimen a que estaban los esposos, a excepción del de separación absoluta de bienes, pues, si los esposos lo estipularon al casarse quedarán gobernados por él hasta la disolución del matrimonio. Y decimos que el régimen legal de separación absoluta de bienes sólo tiene lugar cuando se disuelva el régimen de bienes a que estaban sometidos los esposos; porque si bien es cierto que el código contempla y enuncia dicho régimen como el que sucede a la extinción del régimen de derecho común, no es menos cierto que él también puede presentarse en aquellas hipótesis de un régimen distinto a ese, como en el de comunidad combinado con el de separación.

497.—I.—**Quién puede pedir la disolución del régimen de bienes y su cambio por el de separación absoluta.**—Ambos cónyuges tienen facultad para pedir la terminación del régimen de comunidad. El código civil en varias partes otorga ese derecho únicamente a la mujer sin mencionar al marido. Lo que se justificaba dentro del régimen de comunidad reglamentado por el código, pero no dentro del régimen instituido por la Ley 28 de 1932.

Como se ha puesto de relieve en el sistema del código el marido administraba omnímodamente tanto los bienes de su exclusiva propiedad, como los de la sociedad; igualmente administraba, con facultades de administrador de bienes, ajenos, aquellos bienes de propiedad exclusiva de la mujer. Motivo por el cual en ningún caso existían bienes que fuesen administrados por la mujer y de los que resultasen gananciales. Sólo la mujer podía jus-

tificar algún interés en separar los gananciales que resultaban de la administración del marido.

Pero por el régimen de la Ley 28 de 1932 de la administración de cada cónyuge resultan gananciales; luego ambos pueden tener interés en pedir la separación.

**498.—II.—Causas que justifican la extinción del régimen de comunidad y el imperio del régimen de separación absoluta de bienes.**— 1º.—Todas las causales, ya estudiadas, de disolución de la sociedad conyugal que no implican disolución del vínculo matrimonial (supra, Nos. 439 s.).

En otras palabras: la disolución de la sociedad conyugal sin disolución del matrimonio implica el establecimiento del régimen de separación de bienes.

Desde luego que la disolución del régimen de bienes a que estaban sometidos los cónyuges implica liquidación de él de acuerdo con las reglas acabadas de estudiar.

**499.—III.—Los cónyuges deben cumplir sus obligaciones de mantenimiento del hogar y crianza y educación de los hijos comunes.** Son estas obligaciones de derecho público existentes en cualquier régimen de bienes. Existen en el de separación absoluta de bienes. Al respecto es claro el art. 205 del código que establece: "En el estado de separación ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades. El juez en caso necesario, regulará la contribución".

De manera que en la misma separación absoluta de bienes se presentan relaciones de orden económico entre los esposos; si ambos tienen bienes, ambos deben contribuir en proporción a los frutos que esos bienes producen a la sustentación del hogar y los hijos comunes; si uno sólo de ellos posee bienes sobre él solo recae dicha obligación.

**500.—IV.—Fin del régimen de separación absoluta de bienes.**— Normalmente el régimen de separación absoluta de bienes sólo se extinga con la disolución del matrimonio.

Se restablece el régimen de sociedad conyugal respecto a los cónyuges sometidos al régimen de separación a consecuencia del divorcio, cuándo desaparece este último estado? Según las reglas estudiadas los cónyuges divorciados pueden reconciliarse y volver a hacer vida común. Para este caso la ley establece que de nuevo quedan gobernados por el régimen a que estaban sometidos antes. Al respecto el art. 167 establece: "Si los divorciados se reconciliaran, se restituirán las cosas, por lo tocante a la sociedad conyugal y a la administración de bienes, al estado que tenían antes del divorcio, como si éste no hubiera existido.

“Esta restitución se decretará por el juez, a petición de ambos cónyuges...”.

Dentro del nuevo régimen de la Ley 28 de 1932 al aplicar exegéticamente el citado art. 167 la reconciliación de los cónyuges engendraría estos resultados: 1. El marido tendría que devolver a su mujer aquellos bienes que a él correspondieron como gananciales de los administrados por ella; 2. La mujer tendría que devolver al marido los bienes que por concepto de gananciales recibió de la administración de su marido.

Dentro del código la restitución de las cosas al estado que tenían antes del divorcio se explicaba. La mujer divorciada adquiriría de plano su capacidad civil; luego libremente podía administrar sus bienes mientras duraba el estado de divorcio. Al terminar éste por la reconciliación readquiría su antigua incapacidad y nuevamente el marido pasaba a ser el jefe de la sociedad. Por esa circunstancia especial se requería el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del divorcio.

Mas la solución del art. 167 no cabe aplicarse integralmente dentro del régimen de la Ley 28. La reconciliación de los cónyuges restablecerá entre ellos el régimen de sociedad conyugal, pero no se justifica restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes del divorcio, por la sencilla razón de que tanto la mujer casada como la divorciada son plenamente capaces; y porque nada práctico tiene dicha solución. Lo que los cónyuges hayan recibido como gananciales a consecuencia de la liquidación efectuada lo podrán conservar definitivamente, y sólo se tendrá en cuenta cuando se disuelva definitivamente. En otras palabras: la liquidación que hayan efectuado los cónyuges a consecuencia del divorcio será una liquidación provisional, a semejanza de la liquidación contemplada en la misma Ley 28 de 1932 para las sociedades conyugales existentes el día 1º de enero de 1933 que se sometan al nuevo régimen; por provisional se tendrá cuando los cónyuges divorciados vuelven a hacer vida común; por definitiva cuando no vuelven a hacer ese género de vida.

# INDICE GENERAL

## III

### DERECHO DE FAMILIA

#### PRIMERA DIVISION

#### REGLAS FUNDAMENTALES QUE DOMINAN EL DERECHO DE FAMILIA

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
1—Plan general .....	7
2—Bibliografía .....	7
3—Definición .....	7
4—Lo que comprende esta división .....	8

#### SECCION PRIMERA

##### Los caracteres de la familia moderna.

5—I.—La monogamia .....	9
6—II.—El debilitamiento del principio de autoridad .....	9
7—III.—El intervencionismo oficial en la familia .....	10
8—IV.—Carácter jurídico de los derechos familiares .....	10
9—V.—Medidas eugénicas y sociales para el mejoramiento de la familia .....	11
10—El valor de las anteriores medidas .....	12

#### SECCION SEGUNDA

##### El parentesco.

11—Qué se entiende por parentesco .....	13
12—I.—Parentesco de consanguinidad .....	13
13—Los grados del parentesco. Cómo se determinan .....	14
14—Parentesco de consanguinidad legítimo e ilegítimo.....	14
15—II.—El parentesco de afinidad .....	15
16—III.—Parentesco de adopción o civil .....	15

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
17—Los grados limitan el parentesco en sus efectos legales .....	16
18—Hasta dónde produce efectos el parentesco de consanguinidad	16

## SECCION TERCERA

## Efectos principales del parentesco. Obligación de alimentos.

19—Punto de vista penal y civil .....	18
20—I.—En favor de qué parientes existe la obligación de alimentos	19
21—1º—Alimentos al cónyuge .....	19
22—Entre concubinos no existe obligación de alimentos .....	20
23—2º—Alimentos a los descendientes legítimos e hijos naturales..	21
24—Carácter específico de esta clase de alimentos .....	21
25—3º—Alimentos a los ascendientes .....	22
26—4º—Alimentos a los hermanos legítimos .....	22
27—5º—Alimentos a los parientes adoptivos .....	22
28—II.—Cuantía de los alimentos y modo de determinarla .....	22
29—Valor común en la obligación alimentaria .....	23
30—A qué personas se deben alimentos congruos y a cuáles necesarios	23
31—Cuándo cesa la obligación de prestar alimentos .....	24
32 —Condiciones para tener derecho a alimentos .....	24
33—El peticionario debe carecer de lo necesario para vivir .....	25
34—El alimentante debe ser solvente .....	25
35—III.—Sanciones para el incumplimiento de esta obligación...	26
36—Desde cuándo se deben los alimentos y cuándo cesa la obligación	26
37—Sanciones de orden civil para el incumplimiento de la obligación	27
38—IV.—Naturaleza jurídica de la pensión de alimentos.....	27
39—Su carácter de orden personal y de orden público .....	28

## SECCION CUARTA

## El patrimonio o bien de familia.

40—Qué se entiende por patrimonio de familia .....	30
41—Requisito para la constitución del patrimonio de familia.....	31
42—Régimen jurídico del patrimonio de familia .....	32
43—Extinción del patrimonio de familia .....	32
44—Utilidad social del patrimonio de familia .....	32

## SEGUNDA DIVISION

## LA FAMILIA LEGITIMA

## TITULO PRIMERO

## El matrimonio.

45—El matrimonio es la única fuente de la familia legítima.....	35
46—Definición del matrimonio .....	35

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
47—El matrimonio es contrato solemne .....	37
48—Los contrayentes deben ser de sexo diferente .....	37
49—Intereses e ideales del matrimonio .....	37
50—El matrimonio tiene su fuente en la ley civil y en la eclesiástica .....	37
51—Plan .....	38

SECCION PRIMERA

Condiciones que debe reunir el matrimonio.

52—Se traducen en requisitos de fondo y de forma .....	39
--	----

A) *Los requisitos de fondo.*

53—a) Requisitos positivos .....	39
54—Primer requisito: diferencia de sexo en los contrayentes .....	39
55—Segundo requisito: capacidad .....	41
56—I.—Determinación de la capacidad .....	41
57—Los menores adultos deben ser autorizados para el matrimonio .....	41
58—En qué consiste la autorización y cuál es su naturaleza.....	42
59—Exclusión de la capacidad para los enfermos mentales .....	43
60—II.—Manifestación de la voluntad en el matrimonio .....	43
61—1) La promesa de matrimonio o esponsales .....	44
62—El sistema colombiano .....	44
63—El sistema francés .....	45
64—Los sistemas modernos .....	45
64-bis—El proyecto del código civil Panamericano .....	46
65—El proyecto de la comisión de Reforma del Código Civil .....	46
66—2) Contrato de corretaje matrimonial .....	47
67—b) Requisitos negativos (impedimentos) .....	47
68—Vínculo de matrimonio y de parentesco .....	48
69—Otros requisitos negativos o impedimentos .....	49
69-bis.—Control de los requisitos tanto positivos como negativos....	49

B) *Los requisitos de forma.*

70—I.—Requisitos anteriores al matrimonio .....	50
71—Aviso al juez y publicaciones .....	50
72—De las oposiciones .....	51
73—Efectos del rechazo o admisión de la oposición .....	52
74—II.—Requisitos coetáneos a la celebración del matrimonio.....	53
75—1) El funcionario .....	53
76—2) El lugar .....	54
77—3) Presencia de los contrayentes y de los testigos .....	54
78—Matrimonio por apoderado. Sólo lo puede constituir el varón..	54
79—El matrimonio por apoderado es caso excepcional .....	55
80—De cómo se debe expresar el consentimiento en el matrimonio..	56

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
81—4) El acta del matrimonio .....	56
82—Los matrimonios in extremis .....	56

## SECCION SEGUNDA

## Matrimonios inexistentes y anulables.

83—La inexistencia y la nulidad son sanciones para la violación de los requisitos estudiados .....	58
84—I.—Requisitos que no afectan la validez del matrimonio (prohibitivos) .....	58
85—La falta de autorización y el matrimonio del guardador con su pupila .....	59
86—El matrimonio del viudo sin hacer inventario .....	60
87—II.—Requisitos que sí atacan la validez del matrimonio (dirimentes) .....	60
88—A) Los matrimonios inexistentes. Su noción .....	60
89—1º—El consentimiento de los contrayentes .....	60
90—2º—La solemnidad del matrimonio .....	61
91—3º—La identidad de sexo .....	62
92—Los anteriores elementos son orgánicos para que haya matrimonio .....	62
93—Necesidad de la teoría de la inexistencia del matrimonio.....	62
94—B) Matrimonios anulables. Regla de orden general.....	64
95—Regla que domina los efectos de la nulidad del matrimonio ....	65

## I

*Causales de nulidad.*a) *Causales de nulidad absoluta.*

96—I.—La bigamia. ....	65
97—II.—Existencia de lazos de parentesco .....	66
98—Quiénes pueden pedir la nulidad del matrimonio .....	66
99—b) Causales de nulidad relativa .....	66
100—I.—Vicios del consentimiento .....	67
101—a) El error .....	76
102—El error sobre la identidad física .....	68
103—Error sobre la identidad civil o jurídica .....	68
104—Errores sobre calidades esenciales de las personas de los contrayentes .....	68
105—La impotencia sexual de uno de los cónyuges .....	69
106—De qué clase de impotencia se debe tratar .....	69
107—Condiciones de la nulidad del matrimonio por impotencia.....	69
108—Las enfermedades orgánicas .....	70
109—Calidades sustanciales de orden moral y social .....	70
110—Calidades sustanciales discutibles .....	70

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
111—Dentro del 140 del código se engloban las calidades sustanciales	71
112—Quién puede alegar la nulidad por error y cómo se sana....	72
113—b) La violencia .....	72
114—II.—Falta de capacidad para el matrimonio .....	73
115—III.—Incompetencia del funcionario .....	73

## II

*Efectos de la inexistencia y de la nulidad.*

116—A) Efectos de la inexistencia del matrimonio .....	74
117—B) Efectos de la declaración de nulidad del matrimonio.....	74
118—La nulidad del matrimonio sólo produce efectos para el futuro..	75
119—La teoría de los matrimonios putativos .....	76
120—El sistema clásico sobre efectos de nulidades .....	77
121—Este sistema no se consagró en Colombia .....	79
122—La finalidad social del matrimonio se opone al sistema clásico..	80
123—Las consecuencias del sistema colombiano .....	81
124—¿Excepciones a las reglas del sistema colombiano? .....	81
125—Las consecuencias del sistema colombiano .....	82
126—La nulidad no puede desconocer derechos adquiridos .....	82

## SECCION TERCERA

*Efectos del matrimonio.*

127—Obligaciones y derechos entre los cónyuges .....	84
128—Obligación de cohabitación .....	85
129—Sanción para el incumplimiento de esta obligación .....	85
130—Cuándo cesa esta obligación .....	85
131—Obligación de fidelidad .....	86
132—Cuándo el marido es infiel y cuándo la mujer .....	87
133—Obligación de socorro y ayuda .....	87
134—Obligaciones accesorias .....	88
135—Principio de dirección y autoridad (potestad marital) .....	88
136—Lo que indica este principio y evolución .....	88
137—El sistema del código civil .....	89
138—Atributos que comporta actualmente la potestad marital .....	89
139—Derecho de corrección .....	90
140—Control de las relaciones y correspondencia de la mujer.....	90
141—En la doctrina francesa se discute la existencia de la potestad marital .....	90
142—En Colombia es una realidad la existencia del principio.....	92

## SECCION CUARTA

*Disolución del matrimonio y divorcio.*

143—Sólo la muerte disuelve el matrimonio .....	93
---	----

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
144—El Divorcio.—I.—Su origen y caracterización .....	94
145—II.—Las causales del divorcio. Infidelidad de los cónyuges....	95
146—La embriaguez habitual .....	96
147—Jurisprudencia sobre la embriaguez habitual .....	96
148—Abandono de los cónyuges de sus deberes .....	97
149—Ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra .....	98
150—Apreciación general de las causales enumeradas .....	100
151—III.—Procedimiento para el divorcio .....	101
152—Quiénes son partes en el juicio de divorcio .....	101
153—Las medidas preventivas .....	102
154—IV.—Los efectos del divorcio .....	102
155—V.—Terminación del divorcio .....	104

## SECCION QUINTA

### El matrimonio civil y el eclesiástico.

156—Relaciones entre la potestad civil y la eclesiástica .....	106
157—La etapa de 1887 a 1942 .....	107
158—Invalidez del matrimonio civil frente al matrimonio religioso..	108
159—El nuevo concordato. La Ley 50 de 1942 .....	108
160—Intervención del Estado en las formalidades del matrimonio eclesiástico .....	109
161—Presencia del funcionario civil en el matrimonio eclesiástico....	109
161-bis.—Citación del funcionario del registro civil .....	110
162—Obligación del sacerdote de hacer conocer a los contrayentes sus obligaciones .....	110
163—El sacerdote debe levantar un acta en dos ejemplares .....	110
164—La nulidad del matrimonio eclesiástico pertenece a la Iglesia..	111
165—El divorcio pertenece a la autoridad civil .....	111
166—Artículos derogados del viejo concordato .....	112

## TITULO SEGUNDO

### FILIACION LEGITIMA

167—Noción y plan .....	113
-------------------------	-----

### SECCION PRIMERA

#### Determinación de la filiación legítima.

168—Dos clases de filiaciones legítimas .....	114
---	-----

### CAPITULO PRIMERO

#### Hijos legítimos concebidos en matrimonio.

169—La concepción de un hijo determina si es legítimo o ilegítimo	114
---	-----

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
170—I.—Determinación e impugnación de la legitimidad materna....	115
171—Impugnación de la legitimidad materna .....	116
172—Quiénes pueden impugnar la maternidad legítima .....	117
173—Tiempo dentro del cual debe impugnarse la maternidad legítima	117
174—Se debe acreditar un interés serio y legítimo .....	118
175—Carácter de la acción de impugnación de la maternidad legítima	118
176—II.—Determinación e impugnación de la paternidad legítima....	119
177—Cuál es la naturaleza de la presunción de paternidad del 213....	120
178—A quiénes cobija la presunción del art. 213 del código .....	120
179—Aplicaciones de la presunción del art. 213 del código .....	120
180—Concurrencia de dos presunciones de paternidad legítima.....	122
181—Excepción de orden general .....	123
182—Medios para destruir la presunción del art. 213 del código.....	123
183—Imposibilidad del acceso carnal a la mujer .....	124
184—Cómo se acredita esta prueba .....	124
185—La infidelidad de la mujer .....	125
186—Quiénes son titulares de la acción de impugnación.....	125
187—Dentro de qué tiempo debe ejercer esta acción .....	126
188—Cuándo la acción puede ser ejercitada por los herederos.....	127
189—Impugnación de la legitimidad en forma de excepción.....	128
190—Procedimiento para ejercer la acción de impugnación.....	129

## CAPITULO SEGUNDO

### Hijos legítimos concebidos fuera de matrimonio.

191—Un hijo natural puede adquirir la categoría de legítimo .....	129
192—I.—Qué hijos pueden ser legitimados .....	130
193—Cómo quedan legitimados .....	130
194—Hijos concebidos fuera de matrimonio pero nacidos dentro de él	131
195—Estos hijos se legitiman ipso jure .....	131
196—Hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio de sus padres	133
197—¿Existe la legitimación por sentencia judicial? .....	134
198—Condiciones de la legitimación por escritura pública.....	135
199—II.—Efectos de la legitimación .....	136
200—Impugnación de la legitimación .....	136

## SECCION SEGUNDA

Acciones de impugnación y acciones de reclamación de la legitimidad.—Efectos de los fallos judiciales en esta materia.—Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 1º de octubre de 1945.

201—Los artículos 401 a 406 del Código Civil .....	137
202—I.—Acciones de impugnación y de reclamación de la legitimidad	137
203—Diferencia entre unas y otras acciones .....	137

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
204—Contra los hijos legitimados pueden ejercerse acciones de impugnación .....	138
205—II.—Régimen diferente para las acciones de impugnación y para las de reclamación de estado .....	138
206—III.—En las acciones de impugnación de la maternidad legítima deberá intervenir el padre legítimo so pena de nulidad.....	140
207—IV.—Efectos de los fallos sobre filiación legítima.....	141
208—V.—La noción de legítimo contradictor .....	142
209—A) Fallos judiciales que producen efectos absolutos por proferirse entre legítimos contradictores .....	143
210—Fallos sobre filiación legítima paterna y materna .....	143
211—B) Fallos judiciales que sólo producen efectos relativos por no proferirse entre legítimos contradictores .....	144

### SECCION TERCERA

#### Efectos de la filiación legítima.

212—Derechos y obligaciones entre padres e hijos legítimos.....	146
213—I.—Obligaciones y derechos de los padres con los hijos.....	146
214—A) El cuidado personal de los hijos .....	147
215—Sobre quiénes pesa esta obligación .....	147
216—Caso excepcional .....	147
217—El contenido y naturaleza de esta obligación .....	148
218—A quién se imputan los gastos del cuidado de los hijos .....	149
219—Caso de separación de bienes entre los esposos .....	150
220—Caso en que el hijo tenga bienes .....	150
221—Caso en que otro hace el gasto del cuidado de los hijos.....	151
222—Sanciones para el incumplimiento de la obligación.....	151
223—Cuándo termina esta obligación .....	152
224—El derecho de corrección de los hijos .....	152
225—Naturaleza del derecho de corrección .....	152
226—Quién ejerce el derecho de corrección .....	153
227—Derecho de elegir la profesión y educación de los hijos.....	154
228—Cuándo pierden los padres los derechos sobre sus hijos.....	154
229—II.—Obligaciones de los hijos legítimos con sus padres.....	154

### TERCERA DIVISION

#### Familias no prevenientes del matrimonio.

#### TITULO PRIMERO

#### FAMILIA NATURAL

230—Bibliografía especial .....	155
231—Importancia jurídica de la familia natural y plan.....	155
232—La nueva legislación sobre familia natural .....	156

## SECCION PRIMERA

## El concubinato o unión libre.

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
233—Noción antigua y moderna del concubinato .....	157
234—Elementos que integran el estado de concubinato.....	157

## SECCION SEGUNDA

## Obligaciones y deberes entre concubinos.

235—No se encuentran reglamentadas por la ley sino por la costumbre	159
236—Obligación de socorrer al concubino necesitado .....	159
237—Obligación de fidelidad, especialmente de la mujer.....	159
238—Obediencia de la mujer al hombre .....	159
239—Obligación de reparar los daños causados a un concubino....	160
240—Efectos del concubinato independientemente de todo hecho ilícito	161
241—Reparación a la concubina en razón del abandono injustificado	162
242—Reparación de perjuicios por la muerte de un concubino.....	162
243—Relaciones de orden económico entre concubinos. Jurisprudencia	163
244—Naturaleza de la sociedad formada entre concubinos.....	163
245—Cómo se presume el consentimiento en las sociedades de hecho	164
246—Entre concubinos suele formarse una sociedad de bienes de hecho	164
247—Liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos.....	165
248—La actio de in rem verso de un concubino contra el otro.....	166

## SECCION TERCERA

## De la filiación natural.

249—Plan de estudio .....	167
---------------------------	-----

## CAPITULO PRIMERO

## Qué hijos pueden ser reconocidos como naturales.

250—El sistema del código civil de 1873 .....	167
251—El sistema de las leyes 57 y 153 de 1887 .....	168
252—El sistema vigente de la Ley 45 de 1936 y plan .....	169
253—I.—Qué hijos pueden tener la calidad de naturales .....	169
254—II.—Qué hijos necesitan de reconocimiento expreso .....	170
255—III.—Qué hijos tiene la calidad de naturales respecto a la madre	170
256—IV.—Hijos ilegítimos habidos en mujer casada .....	171
257—Apreciación del sistema de la Ley 45 de 1936.....	172

## CAPITULO SEGUNDO

## Determinación de la filiación natural.

258—Relaciones entre la filiación natural y la legítima.....	172
--	-----

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
259—I.—Determinación de la filiación natural paterna mediante reconocimiento voluntario. Los caracteres del reconocimiento voluntario .....	173
260—Formas del reconocimiento voluntario .....	174
261—a) Reconocimiento por el acta de nacimiento .....	174
262—b) Reconocimiento por escritura pública .....	175
263—c) Reconocimiento por testamento .....	175
264—d) Por manifestación expresa hecha ante un juez.....	175
265—Sólo estas cuatro formas reviste el reconocimiento voluntario..	176
266—Formas de reconocimiento anteriores a la Ley 45 de 1936.....	176
267—II.—Determinación de la paternidad natural mediante declaración judicial .....	177
268—El sistema del código y de la Ley 153 de 1887 .....	178
269—El sistema de la Ley 45 de 1936 y plan.....	178

### PRIMER PUNTO

#### Origen del sistema colombiano sobre investigación judicial de la paternidad.

270—El sistema colombiano y el francés.—Rasgos comunes.....	179
---	-----

### PUNTO SEGUNDO

#### Casos en que se presume la paternidad natural y hay lugar a su investigación.

271—Primer caso: raptó y violencia .....	180
272—Consumación sexual del raptó y la violencia .....	180
273—Cuándo hay violencia y de qué clase se trata .....	182
274—Relación de causalidad con el nacimiento del ser humano.....	182
275—Segundo caso: la seducción .....	182
276—Reglas comunes a los casos anteriores .....	183
277—Tercer caso: declaración de paternidad por escrito .....	184
278—Cuarto caso: amancebamiento o concubinato .....	184
279—Quinto caso: la posesión notoria de hijo .....	185
280—Valor de las anteriores presunciones de paternidad .....	185

### PUNTO TERCERO

#### Quién es titular de la acción de investigación de la paternidad natural.

281—Se enumeran las personas titulares de la acción.....	186
282—Con la muerte del hijo se extingue la acción .....	187

## PUNTO CUARTO

Contra quién puede ejercerse la acción de investigación.—Efectos de los fallos judiciales.—La muerte del padre no extingue la acción.—Setencia de la Corte Suprema del 1º de octubre de 1945.

283—Principio.—Mientras viva el padre sólo contra él puede dirigirse la acción .....	187
284—El valor de los fallos sobre filiación natural.....	188
285—El inc. 2º del 403 del código no es aplicable a la filiación natural	188
286—Efectos de los fallos judiciales sobre filiación natural paterna	189
287—La sentencia de la Corte del 1º de octubre de 1945.....	190

## CAPITULO TERCERO

## Efectos de la filiación natural.

288—Los arts. 15 y s. de la Ley 45 establecen estos efectos.....	191
289—La patria potestad sobre los hijos naturales .....	191
290—El contenido de la patria potestad en la filiación natural.....	192
291—Obligaciones y derechos entre padres e hijos naturales.....	193

## TITULO SEGUNDO

## FAMILIA ADOPTIVA

292—Esta familia no reposa en los vínculos de la sangre.....	193
293—La ley y la costumbre reglamentan la familia adoptiva.....	194
294—I.—Requisitos de la adopción.....	194
295—Adopción conjunta de los cónyuges .....	195
295-bis.—Condición de las adopciones de los guardadores.....	195
296—Condiciones que debe reunir el adoptado.....	196
297—II.—Formalidades para la validez de la adopción.....	196
298—III.—Efectos de la adopción.....	196
299—IV.—Extinción de la adopción .....	197

## IV

# REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

## PRIMERA DIVISION

### Caracteres generales.

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
300—Bibliografía .....	201
301—Importancia del régimen económico matrimonial .....	201
302—Plan .....	202
303—El régimen económico matrimonial es un contrato.....	202

## SECCION PRIMERA

### Requisitos del contrato de régimen económico matrimonial.

304—I.—Los requisitos de fondo .....	203
305—El consentimiento .....	203
306—La capacidad .....	203
307—La capacidad en relación con los menores de edad .....	204
308—La capacidad en relación con los mayores incapaces.....	204
309—II.—Los requisitos de forma .....	205
310—III.—Epoca en que debe celebrarse el contrato .....	205
311—IV.—Sanciones para la ausencia de los requisitos .....	205
312—El problema de las nulidades .....	206
313—Las nulidades pueden ser absolutas o relativas .....	206
314—Efectos de la nulidad .....	208
315—Nulidades que afectan el contrato y nulidades que afectan las cláusulas .....	208

## SECCION SEGUNDA

### Contenido del régimen económico matrimonial

316—Plan .....	209
317—I.—Inmutabilidad de las convenciones matrimoniales .....	209
318—El valor de la regla en el derecho moderno .....	210
319—El alcance de la regla .....	211
320—II.—Principales tipos de contratos de régimen de bienes.....	212
321—a) El régimen de comunidad o sociedad conyugal.....	212

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
322—Caracteres de la masa común en la sociedad conyugal .....	213
323—b) El régimen de separación de bienes .....	213
324—Combinación de los dos sistemas anteriores .....	214
325—III.—Libertad para escoger el contrato de régimen de bienes..	214
326—Estipulación del régimen de separación de bienes .....	215
327—Pueden estipularse cuestiones ajenas al régimen de bienes.....	217
328—Restricciones a la libertad de celebrar cualquier contrato.....	217
329—Imperio de las reglas del derecho de familia.....	217
330—El derecho de familia y el régimen económico matrimonial....	218
331—Cláusulas que atenta contra las buenas costumbres.....	219
332—Cláusulas especiales .....	219
333—IV.—Las donaciones con ocasión del matrimonio .....	219
334—La dote proveniente de un tercero .....	219
335—La dote proveniente de los cónyuges .....	220
336—Pueden ser de presente o futuro .....	220
337—Estas donaciones admiten modalidades .....	220
338—Revocación de las donaciones en caso de nulidad .....	221
339—Las donaciones por causa de matrimonio tienen afectación especial	222
340—El régimen dotal francés .....	223
341—a) Qué bienes son dotales .....	223
342—b) Propiedad y administración de los bienes dotales.....	223
343—c) Indisponibilidad de la dote .....	224
344—d) Restitución de la dote .....	224
345—Apreciación general del sistema .....	224
346—Puede estipularse el régimen dotal francés en Colombia.....	224
347—Donación proveniente de los ascendientes .....	226
348—Colación de la dote en la sucesión del padre o madre.....	227

## SEGUNDA DIVISION

## El régimen económico de derecho común.—Sociedad Conyugal.

349—Jurisprudencia .....	229
350—Carácter general de este régimen .....	229
351—Importancia del régimen de derecho común .....	230
352—Cuál es el régimen de derecho común .....	230

## TITULO PRIMERO

## El haber de la sociedad conyugal.—La masa común.

353—El haber de la sociedad en el sistema del código civil.....	231
354—El haber de la sociedad en el sistema de la Ley 28 de 1932....	232
355—La masa común del código se integraba con dos clases de bienes	232
356—Los bienes que entraban a la sociedad desde el punto adminis- trativo .....	233

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
357—Bienes de exclusiva propiedad de la mujer .....	233
358—La Ley 28 de 1932 redujo la masa común a los bienes gananciales	234
359—Conclusión .....	234

## SECCION PRIMERA

## El activo de la sociedad conyugal

360—Se integra por los bienes que tienen el carácter de gananciales	235
361—Capítulo primero.—Qué bienes son gananciales .....	236
362—Aplicaciones del concepto de gananciales .....	236
363—a) Son gananciales los frutos del trabajo e industria de los cónyuges .....	236
364—b) Son gananciales los productos de los capitales.....	237
365—c) Es ganancial todo bien adquirido a título oneroso durante la sociedad .....	239
366—Capítulo segundo.—Qué bienes no son gananciales .....	239
367—a) Los bienes aportados al matrimonio no son gananciales....	239
368—Estos bienes son de propiedad exclusiva de los cónyuges.....	240
369—Conclusiones sobre el concepto de gananciales.....	241
370—Necesidad de avaluar los bienes aportados al matrimonio.....	242
371—b) Bienes adquiridos durante la sociedad a título gratuito....	242
372—Bienes adquiridos a título oneroso y a título gratuito.....	243
373—c) Bienes adquiridos después de la disolución de la sociedad....	244
374—Capítulo tercero.—Conservación de los patrimonios propios y de los gananciales .....	245
375—Necesidad de evitar los enriquecimientos injustificados .....	246
376—I.—Conservación de los bienes exclusivamente propios.....	247
377—La subrogación real y sus elementos .....	247
378—Efecto de la subrogación real de un bien a otro.....	247
379—Ejemplo .....	248
380—Condiciones de forma para que el bien se subroge a otro....	249
381—Permuta de muebles por inmuebles y viceversa .....	250
382—Condiciones que deben reunir los valores .....	250
383—Subrogación de inmuebles a inmuebles por la compraventa....	251
384—Otros casos de conservación de los bienes propios de los cónyuges	251
385—II.—Conservación de la masa de gananciales .....	252
386—Presunciones a favor de la masa de gananciales .....	253
387—Medios para destruir dichas presunciones .....	253
388—No se destruyen las presunciones con la simple confesión....	254
389—Acreencias a favor de la masa de gananciales .....	254
390—Reglas relativas a las donaciones y a la administración fraudulenta .....	254

## SECCION SEGUNDA

## El pasivo de la sociedad conyugal

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
391—Explicación preliminar .....	257
392—El pasivo de la masa de gananciales en relación con los cónyuges	257
393—El pasivo de la masa de gananciales en relación con terceros	258
394—Excepción al principio de las reglas de que las deudas de los cónyuges son personales .....	259
395—Resumen .....	260

## TITULO SEGUNDO

De la administración de la sociedad conyugal en el sistema del código.—La abolición de ese sistema.—Lo que comprende la actual administración por los cónyuges y otros puntos.

396—El nuevo estatuto de la Ley 28 de 1932 y el código.....	261
397—Plan .....	261

## SECCION PRIMERA

De la administración de la sociedad en el sistema del código.

398—Cómo se integraba el activo de la sociedad en el sistema del código .....	262
399—El marido era el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal .....	262
400—La administración de los bienes sociales y los bienes de la mujer	263
401—Sanción para la mala administración de los bienes de la mujer	265
402—Qué bienes de la mujer no administraba el marido.....	265
403—En el sistema del código el marido ejercía una doble represen- tación .....	265
404—Administración extraordinaria de la sociedad conyugal.....	265

## SECCION SEGUNDA

El sistema actual de la Ley 28 de 1932.

405—La Ley 28 de 1932 abolió completamente el sistema del código	266
406—Cada cónyuge administra libremente sus bienes .....	266
407—El patrimonio de cada cónyuge se integra con dos clases de bienes	267
408—Cada cónyuge dispone y usufructúa sus propios bienes .....	267
409—La supresión de la incapacidad de las mujeres casadas.....	268
410—Supresión de la jefatura de la sociedad conyugal en cabeza del marido .....	269..
411—Ningún cónyuge tiene ingerencia en la administración de los	

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
bienes del otro .....	270
412—Acción para pedir la separación absoluta de bienes .....	271

## SECCION TERCERA

Aplicación del sistema de la Ley 28 de 1932 a las sociedades existentes el 1º de enero de 1933.

413—El tránsito de las antiguas sociedades al nuevo régimen.....	272
414—Reglas que es necesario tener en cuenta en la resolución de este problema .....	272
415—El art. 7º de la Ley 28 de 1932 resuelve en parte el problema	273
416—I.—El tránsito de las antiguas sociedades al nuevo régimen....	274
417—a) Necesidad de una liquidación provisional .....	274
418—b) La liquidación puede ser judicial o extrajudicial .....	275
419—c) Lo que comprende la liquidación provisional .....	277
420—La liquidación tiene carácter definitivo respecto a los bienes repartidos .....	277
421—d) De los requisitos para la validez de la liquidación.....	279
422—e) De los efectos de la liquidación provisional .....	279
423—La mujer tiene capacidad para liquidar provisionalmente.....	279
424—Solidaridad de los cónyuges para el pago de los perjuicios....	279
425—Razón de ser de la anterior regla .....	280
426—f) Del procedimiento que debe seguirse en la liquidación.....	281
427—II.—Situación de las antiguas sociedades que no se han ajustado al nuevo estatuto .....	282
428—Criterio para resolver el problema .....	283
429—Acciones cuando se compromete la responsabilidad del marido..	284
430—III.—La nueva ley no puede violar derechos adquiridos.....	285
431—El marido es responsable de las deudas de las antiguas sociedades	285

## SECCION CUARTA

Contratos que pueden celebrar válidamente los esposos.

432—Son nulas las donaciones que se hagan los cónyuges.....	287
433—Los actos jurídicos a título oneroso .....	288
434—Contrato de mandato .....	288

## SECCION QUINTA

Administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

435—En qué caso se presenta .....	289
-----------------------------------	-----

TITULO TERCERO

Disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

SECCION PRIMERA

Las causales de disolución.

436—Cuáles son estas causales. ....	290
437—La sociedad conyugal es accesoria al matrimonio .....	291
438—Disolución de la sociedad por disolución del matrimonio.....	292
439—Disolución de la sociedad independientemente del matrimonio..	292
440—Disolución de la sociedad por divorcio o separación de bienes..	293
441—El decreto de separación total de bienes.....	293

SECCION SEGUNDA

Liquidación de la sociedad conyugal.

442—En qué consiste la liquidación de la sociedad conyugal.....	294
443—Qué comprende el estudio de la liquidación.....	294
444—Medidas preventivas .....	295
445—Medidas preventivas una vez disuelta la sociedad .....	295
446—De la confección de inventario .....	295
447—Personas que pueden intervenir en el inventario .....	296
448—El inventario es solemne .....	296
449—Procedimiento en la confección del inventario .....	297
450—Inventario adicional .....	298
451—Valor del inventario solemne judicial .....	298
452—Sanción para los inventarios irregulares .....	299
453—De la aceptación o repudiación del inventario .....	299
454—Derecho a aceptar o renunciar los gananciales .....	299
455—Tanto el marido como la mujer pueden renunciar los gananciales .....	300
456—Las consecuencias de la anterior tesis .....	300
457—Rescisión de la renuncia de gananciales .....	301
458—De la aceptación de los gananciales con beneficio de inventario .....	301
459—Determinación de la masa común y de los bienes propios.....	302
460—El fundamento histórico de la teoría de las recompensas .....	303
461—El fundamento jurídico de la teoría de las recompensas.....	305
462—El campo de aplicación de las recompensas .....	305
463—Para que nazca una recompensa se requiere un perjuicio actual y cierto .....	306
464—Determinación de la cuantía de la recompensa .....	307
465—En qué momento debe determinarse el valor de las recompensas .....	308
466—Fundamento legal de la determinación de las recompensas ...	308
467—Principales recompensas de los patrimonios propios a la masa común .....	309
468—Principales recompensas de la masa común a los bienes propios .....	311
469—Del pago de las recompensas .....	311

<i>Números</i>	<i>Páginas</i>
470—Controversia doctrinal sobre el modo de pagar las recompensas	313
471—Medidas de protección a favor de la mujer en el sistema del código .....	313
472—Del pago del pasivo y repartición de la masa común .....	314
473—La suma común se reparte en dos partes iguales .....	315
474—Reparto de los bienes de la masa común .....	316

## TITULO CUARTO

## Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.

475—Lo que comporta el estudio de este problema .....	318
476—El régimen de derecho común es sociedad o comunidad.....	318
477—Tesis que niega que el régimen de derecho común es de sociedad conyugal .....	319
478—Crítica de esta tesis .....	320
479—La tesis de la jurisprudencia nacional .....	321
480—Primer argumento con que se defiende la tesis de la Corte....	321
481—El segundo argumento .....	321
482—El tercer argumento .....	321
483—El cuarto argumento .....	322
484—La sociedad conyugal se forma por el matrimonio .....	322
485—La sociedad se forma para atender los fines de matrimonio ....	322
486—El régimen de derecho común es de sociedad de caracteres especiales .....	323
487—¿Es la sociedad conyugal una persona moral? .....	323
488—Crítica de la anterior tesis .....	324
489—¿La sociedad conyugal es una corpropiedad? .....	325
490—La comunidad conyugal es una institución autónoma.....	325

## TITULO QUINTO

## Antecedentes históricos y derecho comparado.

491—Los antecedentes históricos .....	327
492—El proyecto francés de Renault .....	328
493—El derecho alemán .....	329

## TERCERA DIVISION

## El régimen de separación de bienes.

494—Quiénes están sometidos a este régimen .....	331
495—El régimen contractual de separación de bienes .....	331
496—El régimen judicial de separación de bienes .....	332
497—Quién puede pedir el régimen de separación de bienes .....	332
498—Causas que justifican el régimen de separación de bienes .....	333
499—Obligaciones que deben cumplir los cónyuges dentro del régimen de separación de bienes .....	333
500—Fin del régimen de separación de bienes .....	333