

El profesor austriaco que es hoy de la Universidad de Wisconsin, William Ebenstein, en su obra sobre "La Teoría Pura del Derecho", tratando del derecho real de propiedad, se expresa: "Es interesante notar que la opinión ideológica de la propiedad como dominio sobre una cosa no lo ha sostenido sólo la burguesía, sino también la teoría marxista. Esta ha visto la propiedad como una relación entre persona y cosa, natural en el origen y basada en el trabajo o en la adquisición, relación admitida en el derecho objetivo solo en el último extremo. En el marxismo, igual que en la teoría burguesa, el que se sostenga esta opinión tiene una explicación ideológica". Esto que se dice del derecho real de propiedad, tiene su alcance a todos los demás derechos reales, a los cuales pertenece el de uso público. Esa relación ontológica, no puede ser sustituida por nada.

Por esto no es posible buscar el poder de transformación del derecho, o la "Desafectación" o cambio de destinación del derecho de uso público por quien no tiene el poder o facultad para ello, aún supliendo la materia o cambiando la cosa sobre la cual ha de recaer la relación del derecho real, porque, como ya fue dicho, esa cosa es una determinada, idéntica en sí, y no una cosa cualquiera. Esa relación es constante y permanente, mientras exista el derecho.

La legislación colombiana tiene sentado el principio de que sólo la ley puede conferir facultades para cambiar la destinación de bienes que han sido del uso público y que han dejado de tener este uso, o de bienes que con esta destinación se hace impracticable o muy difícil el aprovechamiento en ellos del uso del público. (Ley 104 de 1928, entre otros).

DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Capítulo correspondiente a la Tesis que, bajo el título de *Estudio sobre la Sociedad Conyugal*, presentara el señor D. JULIO CESAR OLAYA, para optar el título de Doctor en Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Tanto las personas naturales como las jurídicas, por principio, tienen un patrimonio. Este patrimonio se ha considerado siempre como una universalidad jurídica, compuesta por todos los bienes presentes y futuros que entren o puedan entrar en él. Concepto que no puede aplicarse sino a las personas naturales, ya que las personas jurídicas tienen capital fijado de antemano y que no pueden aumentar o disminuir sino con determinados requisitos.

La sociedad conyugal tiene su patrimonio propio, formado por los bienes aportados a él por los esposos en el momento de contraerlo y por los que adquieren durante él, a cierto título. Si bien es cierto que esta sociedad es la única permitida por la ley como universal, lo es también el que no siempre es universal, como en el caso de que alguno de los cónyuges por capitulaciones matrimoniales se reserve algunos bienes.

Es también curioso anotar que la sociedad conyugal no es persona distinta a los cónyuges individualmente considerados y no constituye una persona jurídica. No obstante tiene bienes que pudiéramos llamar propios de la sociedad, compuestos por los bienes aportados y por los adquiridos dentro de la sociedad, a cierto título; y derecho a las ganancias producidas por los bienes reservados por los cónyuges o que de acuerdo con la ley sean de

su propiedad. Existe siempre una separación, en ciertos casos, de los patrimonios de la sociedad y de los cónyuges.

Composición del patrimonio social.— Todo patrimonio está compuesto de dos partes: los créditos y los débitos, conocidos universalmente como haber y pasivo. Importa por tanto estudiar primero lo relacionado a los créditos, para saber el estado del activo, y luego el débito, para una vez pagado el pasivo saber exactamente cuáles son las ganancias de la sociedad.

El estudio de que se ha hablado antes se hará sobre la base de la existencia de la sociedad legal, es decir vista la sociedad formada por el hecho del matrimonio, sin que se hayan pactado capitulaciones.

Presunción en favor de la sociedad.— De conformidad con los artículos 1793 y 1795, se establece en favor de la sociedad una presunción de dominio, respecto a los bienes que han debido adquirirse dentro de ella y que de hecho se adquirieron después de disuelta ésta. Sería por ejemplo el caso de un litigio fallado una vez disuelta la sociedad, pero con causa dentro de ella.

Asimismo existe la presunción de propiedad respecto a los bienes muebles, que se encuentran en poder de uno de los dos cónyuges o de ambos, a la disolución de la sociedad.

Del mismo texto de la ley se desprende que se trata de presunciones desvirtuables, mediante la prueba en contrario (arts. 66 y 1768).

En el caso del art. 1793, creemos por el tenor de la disposición, que no se admite cualquier hecho como prueba, si no solamente el que acredite “la ignorancia del dominio o el embarazo injusto para la adquisición o goce del bien”.

Esta presunción tiene doble utilidad:

1º — *Respecto de los acreedores de la sociedad.* Cuando para satisfacer necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, los cónyuges hayan contraído deudas, la sociedad debe responder a los acreedores. En este caso se presenta la utilidad de la presunción, ya que los acreedores, en tal evento, pueden perseguir los bienes sociales. Esto teóricamente, toda vez que de conformidad con el art. 2º de la Ley 28 de 1932, los cónyuges deben responder solidaria y proporcionalmente entre sí.

2º — *Respecto de los cónyuges entre sí,* pues simplifican sus relaciones así como las que tienen con sus herederos a la disolución

de la sociedad. En verdad sin esta presunción la liquidación sería complicada, pues cada cónyuge estaría dispuesto a decir, que todos los bienes eran de su propiedad y sería necesario establecer lo contrario. Con la presunción la cuestión se facilita, al dejar a cada cónyuge la posibilidad de probar que el bien no es social sino propio.

A) ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El activo de la sociedad está compuesto, en general, de tres elementos de conformidad con el art. 1781;

1º — *De todos los muebles presentes y futuros de los cónyuges.* Dentro de este elemento se comprenden:

a) El dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.

b) De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o la adquisición. Ha de entenderse que ingresan a la sociedad solamente las cosas fungibles y especies muebles, adquiridas a un título distinto del de donación, herencia o legado, de conformidad con lo establecido en el art. 1782. Si bien algunos autores sostienen que esta clase de muebles adquiridos a título gratuito, entran a formar parte del haber social con cargo de restitución, creemos que ello no es así por las siguientes causas:

1º — Aunque es cierto que en el proyecto del señor Bello se decía que se trataba de los bienes adquiridos a título gratuito, al verificarse la adopción de dicho proyecto tanto el legislador chileno como el colombiano eliminaron este punto.

2º — El art. 1782 expresamente manda que las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado, entran a formar parte de su haber propio.

No obstante, cuál haya sido la intención del legislador al suprimir las palabras “a título gratuito”. El hecho es que no se encuentran y a ello debemos atenernos.

El inciso 2º del ordinal 4º autoriza a los cónyuges para eximir de la comunión, cualquiera parte de sus especies muebles, siempre que las designen en las capitulaciones o en una lista fir-

mada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio. Es claro que pueden hacerlo aun cuando no existan las capitulaciones si los bienes no suman más de mil pesos, y que la lista firmada por los esposos y los tres testigos debe ser elaborada antes del matrimonio (art. 1772).

2º — *De los bienes inmuebles adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante la sociedad.* La regla general en materia de inmuebles es que éstos no entran a la sociedad. Veremos cuáles son las excepciones a este principio:

a) Los inmuebles que cualquiera de los cónyuges adquiera durante la vida social a cualquier título oneroso (art. 1781, ord. 5º).

Creemos conveniente anotar a este respecto, que si se han pactado capitulaciones, los inmuebles adquiridos por cualquiera de los cónyuges a título oneroso —en el interregno entre las capitulaciones y la celebración del matrimonio— no ingresan al haber social, salvo estipulación en contrario.

b) De los bienes que la mujer aporta a la sociedad, para que ésta le restituya su valor en dinero (ord. 6º). Hoy día ha de entenderse que esto puede también hacerlo el marido. Para que tenga cumplido efecto es necesario que se haya estipulado esta condición en convenciones matrimoniales.

c) Las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos.

3º — *Los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros, salarios y emolumentos que se devenguen durante la sociedad.* La única condición exigida para que estos bienes ingresen al haber social, la constituye el hecho de que sean percibidos o devengados durante la vida social. Es claro que si se devengan después de disuelta la sociedad, pero su causa cae dentro de la misma, le pertenecerán a ésta (ords. 1º y 2º).

B) BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES

Pertenecen al peculio personal de cada cónyuge las siguientes clases de bienes:

1º — Los inmuebles adquiridos por los cónyuges, a cualquier título, antes del matrimonio.

2º — Los inmuebles adquiridos por los cónyuges, a cualquier título gratuito durante la sociedad.

3º — Los muebles adquiridos a título gratuito por los cónyuges durante la sociedad (art. 1782).

4º — Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a éllo en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio (art. 1783, ord. 2º).

5º — Los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges (art. 1783, ord. 3º).

6º — La parte del tesoro que según la ley pertenece a quien lo encuentra, si el descubridor ha sido uno de los cónyuges, o si se ha encontrado en un terreno propio de uno de los cónyuges (art. 1787).

7º — El inmueble subrogado debidamente a otro inmueble propio de uno de los cónyuges (art. 1783, ord. 1º).

8º — Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de la sociedad, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella (art. 1792, ord. 1º).

9º — Los bienes que poseía cualquiera de los cónyuges por un título vicioso, antes de la sociedad, pero cuyo vicio se ha purgado dentro de ella por la ratificación, o por otro remedio legal (ord. 2º).

10. — Los bienes que vuelvan a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación (ord. 3º).

11. — Los bienes litigiosos de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica (ord. 4º).

12. — El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge, durante la sociedad (ord. 5º).

13. — Lo pagado a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituídos antes de la sociedad (ord. 6º).

14. — Los intereses devengados por uno de los cónyuges antes de la sociedad y pagados dentro de élla.

15. — Las donaciones remuneratorias, hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que daban acción contra la persona servida, si los servicios fueron prestados antes de la sociedad (art. 1794 *in fine*).

16.—Las donaciones remuneratorias, hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra la persona servida (art. 1794).

17.—Los vestidos y los muebles de uso personal necesarios de los cónyuges (art. 1795 Inc. final).

C) LA SUBROGACION

Se denomina subrogación “la acción de sustituir o poner una cosa en lugar de otra cosa, o una persona en lugar de otra persona. La sustitución de una cosa en lugar de otra cosa se llama *Subrogación Real*”. (Joaquín Escriche. Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia).

La ley trata en sus arts. 1789 y 1790 de la subrogación real, distingue dos clases, a saber: subrogación de un inmueble a otro inmueble y subrogación de un inmueble a valores. Las estudiaremos separadamente:

1º — *Subrogación de un inmueble a otro inmueble*. Puede verificarse por permuta o venta. Para que se entienda efectuada la subrogación se exigen varios requisitos:

a) Que el segundo inmueble se haya permutado por el primero, o que vendido el bien se haya comprado con el producto de la venta, el otro bien.

b) Que tanto en la escritura de permuta, como en las de venta y compra se haya expresado el ánimo de subrogar. Es este un requisito que exige constancia escrita dentro de los instrumentos, del ánimo de llevar a cabo la sustitución.

c) Que el saldo en favor o en contra de la sociedad no exceda de la mitad del precio de la finca. Pues en caso contrario no se entiende verificada la subrogación. El inmueble pasa a poder de la sociedad, que queda debiendo al cónyuge lo que haya pagado por el bien adquirido.

2º — *Subrogación de inmuebles a valores*. Para que tenga cumplido efecto esta subrogación es necesario:

a) Que sea mediante compraventa.

b) Que lo que se paga como precio por el inmueble, haya sido destinado para ese efecto en las capitulaciones o en una donación por causa de matrimonio (arts. 1789, incs. 2º y 1783, ord. 2º).

c) Que en la escritura de compra aparezca la inversión de dichos valores.

d) Que en la escritura de compraventa aparezca el ánimo de subrogar.

e) Que sean valores muebles y no bienes raíces, los que constituyen el precio que se paga por el inmueble.

Bienes poseídos proindiviso por la sociedad y los cónyuges.— Hay dos situaciones contempladas por la ley a este respecto, que es conveniente estudiar:

1º — La primera dice relación al caso de que durante la sociedad, uno de los cónyuges adquiera un terreno contiguo a un inmueble propio suyo, que lo haga comunicable. En este evento, vale decir, por razón de haberlo adquirido dentro de la sociedad, conforme al ord. 5º del art. 1781, el terreno pasa a poder de la sociedad. No obstante hay una excepción fundada en principios de equidad y que consiste en crear una comunidad entre el cónyuge y la sociedad respecto del bien, y a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación. Para que esta comunidad se forme, es necesario que el bien no pueda desmembrarse sin perjuicio.

2º — Se presenta cuando uno de los cónyuges poseía con otra u otras personas algún bien proindiviso, y durante la sociedad adquiriere dicha cuota a título oneroso. En esta situación, el bien pertenecerá en común a la sociedad y al cónyuge a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto.

D) DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD

El pasivo de la sociedad está integrado por una forma semejante al activo; es decir existen deudas propias de los cónyuges y deudas comunes.

Son deudas de la sociedad las siguientes:

1º — “Todas las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad” (art. 1796, ord. 1º).

2º — “Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían las que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.

La sociedad, por consiguiente, es obligada con la misma limitación al gasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituída por el marido” (ord. 2º, *Ibidem*).

Hoy en día ha de entenderse este ordinal con las modificaciones introducidas por la Ley 28 de 1932; en tal virtud la mujer no necesitará para contraer deudas y obligaciones la autorización del marido o de la justicia. El final del segundo inciso de este ordinal debe entenderse, extendido también a la mujer.

3º — “De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando obligado el deudor a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello” (ord. 3º, *Ibidem*).

4º — “De todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge” (ord. 4º). Ha de entenderse que el código se refiere tanto a los bienes sociales como a los propios de cada cónyuge.

5º — “Del mantenimiento de los cónyuges, del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia” (ord. 5º, incs. 1º y 2º).

6º — “Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue por una vez o periódicamente una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya impuesto expresamente al marido” (inc. 3º, ord. 5º).

7º — “Vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad, deberá el precio al cónyuge vendedor, salvo en cuanto dicho precio se haya convertido en la subrogación de que habla el art. 1789, o en otro negocio personal del cónyuge de quién era la cosa vendida, como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior” (art. 1797).

8º — “Las xpensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común, y las que se hicieren para establecerle o casarle, se imputarán a los gananciales, siempre que no constare

de un modo auténtico que el marido, o la mujer con autorización del marido o de la justicia, en subsidio, o ambos, de consuno, han querido que se sacasen estas expensas de su bienes propios. Aun cuando inmediatamente se saquen ellas de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges, se entenderá que se hace a cargo de la sociedad, a menos de declaración contraria.

En el caso de haberse hecho estas expensas, por el marido, sin contradicción o reclamación de la mujer, y no consta de un modo auténtico que el marido quiso hacerlas de lo suyo, el marido o sus herederos podrán pedir que se les reembolse de los bienes propios de la mujer, por mitad, la parte de dichas expensas que no cupiere en los gananciales; y quedará a la prudencia del juez o prefecto acceder a esta demanda 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 hubiere procedido el marido.

Todo lo cual se aplica al caso en que el descendiente no tuviere bienes propios; pues teniéndolos, se imputarán las expensas extraordinarias a sus bienes, en cuanto cupieren, y en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles; a menos que conste de un modo auténtico que el marido, o la mujer debidamente autorizada, o ambos de consuno, quisieron hacerlas de lo suyo” (art. 1800, Ley 28 de 1932, arts. 2º y 5º).

9º — “En general, los precios, saldos, 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, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se les deberán abonar” (inc. 1º, art. 1801).

E) DEUDAS PROPIAS DE LOS CONYUGES

La regla general a este respecto está contenida en el art. 2º de la Ley 28 de 1932, que establece que cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga. Se exceptúan las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Respecto de estas deudas responden solidariamente ante terceros y por mitad entre sí (art. 1800).

Son deudas propias de los cónyuges:

1º — El valor de toda donación, que uno de los cónyuges, hiciere de cualquiera parte del haber social, salvo que sea de poca

monta, habida cuenta del mismo haber o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo al haber (art. 1798).

2º—El valor cubierto por la sociedad a título de deudas y cargas hereditarias o testamentarias de cualquiera de los cónyuges, en razón de bienes recibidos por éstos a título de herencia, así como los costos de la adquisición de los mismos. Se exceptúa el caso de que el cónyuge heredero haya cubierto dichos costos con los mismos bienes hereditarios (art. 1801, inc. 2º).

3º—Los valores erogados por la sociedad en razón de precios, saldos, costos judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos pertenecientes a cualquiera de los cónyuges (art. 1801, inc. 1º).

4º—El valor de toda erogación hecha por la sociedad en razón de cualquiera donación cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común (art. 1803).

5º—Los valores pagados por la sociedad y que tengan como causa indemnizaciones pagadas por la sociedad a título de multas o reparaciones pecuniarias a que hubiere sido condenado, por delitos o culpas, cualquiera de los cónyuges (art. 1804).

6º—El valor de los perjuicios que por dolo o culpa grave haya irrogado a la sociedad (art. 1804).

CANONIZACION DE LA LEY CIVIL EN MATERIA DE CONTRATOS

POR AURELIO TOBON MEJIA, Alumno de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Establece el canon 1529:

“Lo que el derecho civil dispone en el territorio acerca de los contratos, en general o en especial, tanto nominados como innominados, y respecto de los pagos, se ha de observar en virtud del derecho canónico en materia eclesiástica con idénticos efectos, siempre que no vaya contra el derecho divino ni disponga otra cosa el derecho canónico”¹.

Con amplitud notoria, establece la canonización de la ley civil; ya el legislador eclesiástico había optado por este criterio en los cánones 1499, 1508, 1543, en lo que atañe a la parte de los bienes temporales de la Iglesia. Anota Capello que la prescripción es de suma importancia. En los comienzos, valiéndose la Iglesia del derecho de los romanos en esta materia y luego utilizó el derecho civil, propio a cada nación. Consiguientemente, manda el canon que se abarque la capacidad de las partes, los efectos emanantes de tal relación contractual, las solemnidades o formas externas, el modo de extinguir las obligaciones, objeto, etc.². Es de advertir además que el criterio de canonización de la ley civil es territorial, como lo es en el sistema canónico la presunción de que la ley es territorial, según constancia expresa del canon 8, par. 2. Así, el derecho

¹ “Quae ius civile in territorio statuit de contractibus, tam in genere quam in specie, sive nominatis sive innominatis, et de solutionibus, eadem iure canonico in materia ecclesiastica iisdem cum effectibus servantur, nisi iuri divino sint contraria aut aliud iure canonico caveatur”.

² cf. Cappello Félix, s. j., *Summa Iuris Canonici*, vol. II, pág. 582, nº 621; edit. Va., Romae, 1951.