

ACLARACION DE VOTO

SIMULACION SANDRA PATRICIA SARMIENTO GRANADOS CONTRA NESTOR RAUL GARZON VILLARRAGA Rad. No. 1100131030012013004340-01

No obstante compartir la decisión adoptada, estimo pertinente aclarar el voto en lo relacionado con la falta de legitimación de la parte actora para demandar la simulación y sanción prevista por el art. 1824 del CC, respecto del vehículo Mazda de placas BTC788 modelo 2006, con el propósito de exponer algunos temas que explican, que tanto los bienes inmuebles como los **muebles** adquiridos antes de la vigencia de la sociedad conyugal son propios.

Si bien, en la Sentencia C-278 de 2014 en su numeral segundo declaró exequibles los numerales 3º y 4º del artículo 1781 del CC, encuentro que tal decisión solo tiene efecto de cosa juzgada relativa¹, porque la Corte en esa oportunidad restringió el alcance del control a los

¹ En Sentencia C-683/15 sobre esta figura dijo: “...la jurisprudencia ha explicado que puede haber (i) cosa juzgada absoluta o (ii) cosa juzgada relativa. Existe cosa juzgada absoluta, ‘cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional’[36]. Respecto de la cosa juzgada relativa, esta Corporación ha dicho que se configura cuando ‘el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro ‘se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado’ (Auto 171/01)’[37].

La Corte también ha distinguido entre (ii.a) cosa juzgada relativa explícita y (ii.b) cosa juzgada relativa implícita: ‘explícita, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutive, e implícita cuando tal hecho tiene ocurrencia en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se exprese en el resuelve’[38].

Así mismo, algunos eventos se circunscriben a lo que la jurisprudencia ha llamado (iii) cosa juzgada aparente (o cosa juzgada absoluta aparente), ‘si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales’[39]. (Sentencia C-729 de 2009)”

cargos examinados, fue así como en el acápite titulado “**Análisis de los cargos de las demandas**” dijo:

“..2.3. Sobre el segundo cargo, dirigido contra los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 1781 por la posible violación del artículo 58 de la Constitución, se considera que se genera una mínima duda respecto del régimen de recompensas por lo cual deberá examinarse si, efectivamente, es irrazonable y afecta de manera desproporcionada el derecho a la propiedad privada, el hecho de que solo se restituya el valor nominal de los bienes en el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

2.4. Finalmente, la Corte estima que también se produce una duda mínima en relación con la posible violación de los numerales 3º, 4º y 6º respecto del derecho a la igualdad, en razón de las diferencias que existen en la regulación de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial.

De ahí, que enseguida los problemas jurídicos los circunscribió a resolver si,

3.2. ¿Vulnera el artículo 58 de la Constitución, el hecho de que la recompensa del haber relativo consagrado en los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 1781 del Código Civil, consista únicamente en la restitución del valor nominal de los bienes en el momento de la constitución de la sociedad conyugal?

3.3. ¿Se viola el derecho a la igualdad, por el hecho de que el Legislador haya regulado de manera diferente la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial de las uniones permanentes?

Sin examinar como lo advirtiera la Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia en su intervención, que por razón del cambio normativo al dejar de ser el marido el único administrador de la sociedad, perdió vigencia y se entiende por tanto derogada la institución del haber relativo; lo que en buena medida si fue objeto de pronunciamiento en la sentencia C-1294 de 2001, que se ocupó de la revisión del artículo 193 del CC en donde el análisis efectuado lo fue con miras a establecer si la ineptitud de la demanda “*lo sería por una posible derogación de la norma, a este Tribunal le sería imposible emitir concepto de fondo respecto de la exequibilidad de dicho dispositivo, pues, como lo dice el interviniente por la Academia Colombiana de Jurisprudencia, aquél habría perdido vigencia como resultado de la promulgación de la Ley 28 de 1932.*”

En ese orden, en el apartado tres (3), se refirió al Contexto Normativo del artículo 193 del Código Civil, en el cuatro (4) a La Ley 28 de 1932, para decir, en el aparte que se transcribió en la C-278 de 2014 que

“Mediante la expedición de la Ley 28 de 1932, que entró a regir el 1º de enero de 1933, el sistema colombiano de administración de bienes de la sociedad conyugal sufrió una transformación radical: de estar reservada al marido en condiciones ordinarias y a la mujer, en extraordinarias, aquella pasó a ser una administración compartida según la cual, “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 adquiera”(Art. 1º, Ley 28 de 1932). (negrilla ajena al texto)

Por virtud de dicha transformación, la mujer casada adquirió la plena administración y disposición de sus bienes y el marido dejó de ser su representante legal (Art. 5º). La Ley 28 de 1932 derogó, en consecuencia, todas las disposiciones del Código Civil que consagraban la incapacidad civil de la mujer, la necesidad de autorización marital o judicial para disponer de sus bienes y de los bienes comunes de la sociedad, así como aquellas que depositaban en el marido la función de administrar los bienes de la sociedad.

En el numeral quinto, luego de concluir que la norma se encuentra derogada anotó : “No obstante la conclusión anterior, podría proponerse otra alternativa. Esta diría que la norma continua vigente pero que debe ser interpretada al tenor de las modificaciones de la Ley 28 de 1932, al punto que la preceptiva debe extenderse a ambos cónyuges y a la administración separada de los bienes. De acuerdo con dicha propuesta, donde la norma dice “marido”, debe entenderse “cónyuge”; así como la frase “para la administración de la sociedad conyugal”, debe considerarse modificada por la nueva legislación y referida a la administración de los bienes que le pertenezcan a cada cónyuge al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera.

Aunque esta opción parecería válida a la luz del principio de conservación del derecho (que obliga al juez constitucional a mantener una norma en el ordenamiento jurídico cuando la misma admite una interpretación acorde con la constitución frente a la cual se revisa), dicha propuesta pierde justificación si se la mira a través de la perceptiva teleológica de la norma.

En primer lugar, es claro que la intención de dicho precepto fue la de conferir a un tercero la potestad de administrar la sociedad conyugal, a nombre del marido, dentro del llamado régimen de comunidad de bienes vigente hasta el año de 1933. Este régimen ha quedado derogado, como quedaron derogadas las normas relativas a la potestad marital que se fundamentaba en la incapacidad civil de la mujer casada. El sistema legal que justificaba la inserción de la norma en el régimen jurídico ha desaparecido, por lo que aquella también ha perdido su razón de ser. Acomodar la interpretación de la norma para que, en lugar de lo que dice, diga lo que no dice, es torcer en extremo el sentido gramatical y finalista de la disposición e implicaría una deformación del papel de la Corte como guardiana de los preceptos de la Carta Fundamental.

Además de lo anterior, habría que agregar que la derogación de la norma no afecta la institución de la curaduría para el cónyuge menor de edad que ha contraído matrimonio, ya que dichas guardas deben deferirse conforme la regulación pertinente contenida en el Código Civil, y desarrollada en los artículos 524 y siguientes.

Con todo, la curaduría a que se refiere el nuevo régimen se entiende como curaduría de bienes ajenos, no vinculada en absoluto a algún tipo de potestad derivada del matrimonio, sino únicamente a la minoría de edad, y se desarrolla con fundamento en las reglas generales sobre curaduría, que son independientes de la regulación patrimonial o del régimen económico de la sociedad conyugal.

Finalmente, por tratarse de una norma derogada en el año de 1933, cuya aplicación se restringía a las personas menores de edad, la disposición atacada no se encuentra produciendo efectos, razón por la cual la Corte no procederá a realizar juicio alguno de inconstitucionalidad.”

Con apoyo tanto en la doctrina de la misma Corte Constitucional en relación con la figura de la Cosa Juzgada Relativa y el pronunciamiento efectuado en la sentencia C-1294 de 2001, en seguida me tomo la licencia de exponer *in-extenso*², los motivos por los que también encuentro que al modificar la ley 28 de 1932 el régimen de comunidad de bienes de administración única, por el de administración dual, significa que derogados están los numerales tercero y cuarto del art. 1781 del CC, en los términos del art. 9 que derogó “*todas las normas que le sean contrarias a la presente ley*”.

I.- Régimen Patrimonial en el matrimonio.

1.1. Concepto:

“...Para José J. Gómez tratadista colombiano: “es el conjunto de normas a las cuales deben someterse los cónyuges en materia de adquisición, administración, goce y disposición de bienes.”³

*“...Sustenta su definición afirmando que: “Se habla de **adquisición**, porque el título de esta puede determinar el patrimonio a que deben ingresar, como en el régimen de comunidad. De **administración**, porque esta puede corresponder exclusivamente al marido, como en la comunidad pura; y corresponde necesariamente en el sistema sin comunidad o de unión de bienes. De **gocce**, porque en la separación los frutos son para el cónyuge dueño de la especie, en tanto que en la comunidad son para esta, y en los sistemas dotal y de unión de bienes, para el marido, con la destinación de atender con ellos a las cargas del matrimonio. Y de*

² Los temas que en seguida se exponen, se desarrollaron en la obra “El Régimen Económico del Matrimonio en Colombia”, Colección Textos Jurisprudenciales, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006. Martha Patricia Guzmán Álvarez, los que en buena parte se transcriben.

³ Gómez José. J. “Régimen de Bienes en el Matrimonio” Editorial Temis -1961 pag. 1

disposición, porque no son unas mismas las facultades dispositivas de que pueden hacer uso los esposos en cada uno de los regímenes consagrado”.⁴ “

“1.2.- Clasificación:

“Como consecuencia de ser el matrimonio, una forma de constitución de la familia, célula primaria de toda sociedad, es natural que el ordenamiento de derecho que la rige tenga que ver con la cultura, la moral imperante, las necesidades de cada grupo humano agrupado bajo el concepto de nación. Aunque estas consideraciones sean de mayor importancia en la forma u origen de su conformación -matrimonio, unión libre, familia heterosexual o no, etc.-, en las relaciones personales que de allí surgen, en lo referente al aspecto pecuniario las diferentes condiciones sociales que orientan un determinado ordenamiento jurídico hacen que sean muy variadas las clasificaciones del régimen de bienes.

“Belluscio trae una de las más amplias clasificaciones que me limito a relacionar sin entrar a calificar, así:

“Regímenes Típicos: a) Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido; b) Régimen de unidad de bienes; c) Régimen de unión de bienes; d) Régimen de comunidad; e) Régimen de participación; Instituciones Típicas: a) Dote; b) Bienes reservados. Y finalmente, Regímenes legales y convencionales.”

Por ser el de interés en este momento, me referiré solo al enunciado en el literal d).

“*Régimen de comunidad*: Se caracteriza por la formación de una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen, por lo tanto lo que importa es la unión de intereses entre los esposos que participan en la buena o mala fortuna del matrimonio.

“En este tipo de régimen, encontramos a su vez, una subclasificación según la extensión de la masa y según la administración de los bienes veámoslas:

“1. *Tipos de comunidad según la extensión de la masa*: Según la extensión de la masa la comunidad puede ser universal o restringida.

⁴ ibidem.

“ 1.1. *Comunidad Universal*: Comprende todos los bienes de los cónyuges aportados al matrimonio o adquiridos después sin interesar su origen. En concepto de Belluscio.....”

“1.2. *Comunidad restringida*: Con una parte de los bienes de los cónyuges se forma la masa común, en tanto que otros siguen siendo parte de su propiedad personal, de esta manera se establecen tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer y los comunes o gananciales.

“No obstante que la limitación puede establecerse por diferentes parámetros, los tipos más frecuentes son Comunidad de muebles y ganancias y la comunidad de ganancias.

“1.2.1. *Comunidad de muebles y ganancias*: Se forma la masa común con todos los muebles de los esposos, ya sean los aportados al matrimonio o los que posteriormente adquieran a cualquier título, y por los inmuebles adquiridos con posterioridad al matrimonio a título oneroso, salvo que lo hayan sido por causa anterior a este, por permuta con un bien propio o con el producido de su venta.

“1.2.2. *Comunidad de ganancias*: Los bienes adquiridos después del matrimonio a título oneroso son los que conforman la masa común, excepto los adquiridos por título anterior al matrimonio, por permuta con un bien propio o con el producido de su venta, o con dinero propio.

“2. *Tipos de comunidad según la administración de los bienes*: Según quien ejerza durante el matrimonio de los bienes que luego van a ser divididos puede ser: comunidad de administración marital, comunidad de administración separada, comunidad de administración conjunta.

“2.1. *Comunidad de administración marital*: El marido administra los bienes comunes los propios y los propios de la esposa. Se ha modificado en los países que aún existe por la exclusión de los bienes reservados por la mujer, cuya administración se le confiere a ella, y por la exclusión de los bienes propios de la mujer, o bien por las dos simultáneamente, por tanto en su forma pura ya casi no rige.

“2.2. *Comunidad de administración separada*: Cada cónyuge en vigencia del régimen administra y dispone libremente de su patrimonio propio y ganancial. Durante la unión las relaciones patrimoniales entre

los cónyuges operan como si se tratase de separación de bienes, en tanto que a la disolución se procede como en la comunidad.

“2.3. *Comunidad de administración conjunta*: La administración y disposición de los bienes gananciales deben ser realizados por los cónyuges de común acuerdo.

“En diferentes legislaciones la comunidad de administración separada y la de administración conjunta han tenido modificaciones que las aproximan. Es así, como en la de administración separada se aplican principios de la conjunta al exigir el consentimiento de los dos cónyuges para la realización de los actos más importantes como los de disposición de inmuebles, fondos de comercio o explotaciones industriales, tal como ocurre en Venezuela, Argentina. De esta manera parece ser que la aproximación de los dos tipos de administración se hace adoptando la conjunta para los actos más importantes y la separada para los de menor importancia.

II.- “Régimen Económico del Matrimonio en la Legislación Colombiana.

Expuesta la necesidad absoluta de que la economía de los esposos sea objeto de regulación, y presentada también una breve referencia de los diferentes regímenes aplicados o estudiados con carácter general, en las distintas legislaciones, a continuación se examinarán los aspectos funcionales de esa economía en nuestro derecho positivo, dejando previamente establecido que en Colombia opera un único sistema reglado legalmente como Sociedad Conyugal, cuyo desarrollo puede por voluntad de los contrayentes, autorizada por ley, tener variaciones según pacto prematrimonial mediante Capitulaciones Matrimoniales. O puede también, disolverse la sociedad sin que se dé término al matrimonio, mediante la figura jurídica de Separación de Bienes, que puede operar judicial o extrajudicialmente.

2.1. “Evolución histórica jurídica. Sistema del Código Civil. Ley 28 de 1.932

(“...”) Finalmente, este mismo Código Civil -conocido en nuestro ámbito como Código de Bello - por disposición de la ley 57 de 1887, con su régimen económico en el matrimonio, manejado como de comunidad

de muebles y gananciales, se convirtió en el de la República de Colombia, República unitaria, producto de la Constitución de 1886.

“En 1932, con la expedición de la ley 28 de ese año, se produjo una real evolución en materia de derecho patrimonial en el matrimonio, pues hasta ese momento, en los diferentes cambios de conformación del Estado y la nación Colombiana, no se le habían dado modificaciones de trascendencia.

“Finalmente, es bueno anotar que la actual Constitución Política de 1991, que por primera vez elevó a norma constitucional lo relativo al matrimonio en su artículo 42, por tratarse de una de las primordiales formas de origen de la familia, y porque al contraer matrimonio se modifica el estado civil de las personas, dejó al legislador la facultad de reglar lo concerniente a las cuestiones pecuniarias que a la institución matrimonial competen.

“Del breve recuento de la evolución jurídica, del régimen de bienes en el matrimonio, se colige claramente que en realidad se trata de un paso o traslado a través de los diferentes regimenes de gobierno, del sistema inicial – comunidad de bienes y gananciales- no de una real evolución, hasta la expedición de la ley 28 de 1932 que por tanto merece muy especial mención, por cuanto se puede aseverar que nuestro sistema patrimonial matrimonial, divide su historia en dos periodos: anterior o sistema del Código Civil , y posterior o sistema de la ley 28 de 1932 , hoy vigente.

“Por considerarlo de interés comparativo, en primer lugar se analizará la normatividad del Código Civil relacionando únicamente la nomenclatura articular estructurada a partir de la ley 57 de 1887, que como ya se dijo fue la que dio acogida en el actual régimen político al ordenamiento jurídico contenido en el Código de Bello, para luego pasar al estudio de las sustanciales modificaciones contenidas en la ley 28/32.

“2. Sistema del Código Civil.

“Se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia colombiana “Sistema del Código Civil” al régimen de bienes en el matrimonio imperante en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la promulgación de la Ley 28 de 1932.

“Este sistema estaba fundamentado en la incapacidad civil de la mujer casada. En efecto, la mujer en estado de soltería siendo mayor de edad gozaba de plena capacidad civil para el manejo de su vida y de sus bienes, capacidad que perdía por el hecho de contraer matrimonio, y readquiría al terminarse este.

“De ahí que el Código organizaba dos sistemas complementarios, contenidos en normas hasta cierto punto dispersas, pero totalmente coherentes.

“En su artículo 62 se establecía la incapacidad civil de la mujer casada, enlistando dentro de quienes ejercían representación legal al marido bajo cuya potestad vivía la mujer casada.

“Los artículos 181 a 192 desarrollaban el criterio que venía enunciado desde el artículo 62, según el cual la mujer casada se hallaba sometida a un régimen especial de incapacidad civil, puesto que el artículo 181 negaba a la mujer casada la facultad de comparecer libremente a juicio, y para la administración y disposición de sus bienes le era necesario obtener o la autorización del marido o licencia judicial. Acorde con ello, en la enumeración taxativa del artículo 1504 la mujer casada estaba incluida dentro de las personas relativamente incapaces.

“Por otra parte el artículo 180 establecía que por el hecho del matrimonio se conformaba una sociedad -comunidad- de bienes entre los cónyuges asumiendo el marido la administración de los de su esposa, obviamente a más de la administración de los suyos , según lo reglado en los artículos 1771 y siguientes.

“El primer grupo de disposiciones, es decir las atinentes a la incapacidad civil de la mujer casada, se hallaba en el capítulo I del título IX, libro primero del Código, titulado “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”, en tanto que los capítulos II y III del mismo título consagraban sus excepciones. En el capítulo II, artículo 195⁵, artículo 196⁶ excepciones por razón de la profesión.

“La incapacidad civil de la mujer conllevaba la nulidad relativa para aquellos actos que ejecutara sin la autorización respectiva. El artículo 1743, de las nulidades relativas, en su inciso segundo dispone: *“La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la mujer y del marido”*.

“El artículo transcrito textualmente, carece a modo personal, de una buena y clara redacción. Curiosamente esta disposición se encuentra aún incorporada en el articulado del Código Civil, pese a la expedición de normas posteriores que le dieron plena capacidad civil a la mujer casada y que por consiguiente le restan toda aplicación.

“En el segundo grupo, de las reglas referentes a la sociedad de bienes que se formaba entre los cónyuges, conforme a remisión del artículo 180

⁵ Artículo 195 C.C. “Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetrix, posadera, nodriza, se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a su profesión o industria mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratara con la mujer.”

⁶ Artículo 196 Código Civil: “La mujer casada mercadera está sujeta a las reglas especiales dictadas en el código de comercio.”

estaban situadas en el título XXII del libro Cuarto, llamado “De las Capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal.”

“Tanto la denominación de este último título, como el de Obligaciones y Derechos de los Cónyuges, se conservan en el texto del Código en la misma ubicación articular, puesto que por una parte, como ya se ha dicho, nuestro ordenamiento jurídico no ha codificado en instrumento propio, la normatividad que rige los asuntos de la Familia , y por otra porque, el Código acogido por la ley 57 de 1887, conserva incólume su nomenclatura pese a las derogaciones, modificaciones, y subrogaciones, sufridas durante los más de 100 años transcurridos a partir de la época en que entró en vigencia como ordenamiento de derecho privado de la República de Colombia.

“En cuanto a la configuración sustancial del régimen patrimonial del matrimonio en el sistema del Código, el tratadista colombiano Edgar Álvarez Rodríguez,⁷ trae una muy afortunada síntesis de las principales características de la sociedad conyugal del Código Civil:

“ a) Dentro del régimen de sociedad conyugal era posible distinguir tres categorías de bienes: de un lado se encontraban aquellos propios del marido; de otro, los que eran propios de la mujer y, finalmente, existían también los llamados bienes sociales.

“ b) En las relaciones con terceros los bienes propios del marido y los sociales se confundían para integrar un solo patrimonio.

“c) En principio, todo pasivo era social, aún el formado por las obligaciones personales de cada cónyuge, sin perjuicio de que por el pago de estas últimas se generara una recompensa en favor de la sociedad.

“d) La administración ordinaria correspondía al marido, y sólo en circunstancias excepcionales podía ser ejercida por la mujer.

“e) La regla general en cuanto a integración del haber social, era que de él formaban parte los bienes muebles de los cónyuges, y los inmuebles adquiridos a título oneroso después del matrimonio.

⁷ “Régimen de Bienes en el Matrimonio” Editorial Temis, Bogotá 1978 pp 35 y 36.

“f) Mediante capitulaciones matrimoniales, celebradas antes del matrimonio, los esposos podían introducir ciertas modificaciones al régimen legal, pero sin eludir la formación de la sociedad conyugal, ni su dirección y administración por el marido.

“g) Al momento de liquidar la sociedad conyugal, la mujer retiraba antes que el marido sus bienes, así como las recompensas a que tuviera derecho.

“h) El marido era responsable de las deudas de la sociedad, después de su liquidación, sin perjuicio de que pudiera repetir contra su mujer, pero esta solamente era obligada a contribuir al pago de tales deudas, hasta concurrencia de su mitad de gananciales.

“i) La mujer podía librarse completamente del pago de deudas sociales, renunciando a los gananciales, bien antes del matrimonio, o bien después de disuelta la sociedad conyugal.

“j) La separación de bienes estaba consagrada únicamente a favor de la mujer, y por motivos estrictamente relacionados con la protección de sus intereses pecuniarios.

“k) La mujer no podía disponer de sus bienes propios, ni celebrar contrato alguno, sin autorización del marido, o del juez en subsidio como consecuencia de la incapacidad que le afectaba.”

“El régimen pecuniario del matrimonio del Código Civil de Bello (versión de 1887) antes de la reforma fundamental de 1932 únicamente sufrió una pequeña reforma, en virtud de la ley 8ª de 1922, que creó nuevas causales de separación de bienes, agregando a las enumeradas en el artículo 200 del Código, las que autorizaban el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el artículo 154, la disipación y el juego habitual, todo enderezado a proteger el patrimonio de la mujer, única legitimada para intentar acción de separación de bienes; estableció también medidas preventivas en caso de separación de bienes; dio a la mujer casada la administración de los bienes que se determinaran mediante capitulaciones matrimoniales y los de su exclusivo uso personal; le dio capacidad en la vida civil; estableció nuevas causales de disolución de la sociedad conyugal; otorgó el derecho a gananciales para la mujer divorciada por adulterio.

“3. Sistema de la Ley 28 de 1.932.

Para un mejor entendimiento del tema, inicialmente se transcribe el texto completo de La ley 28 de 1.932, de 12 de noviembre, para luego mediante el conocimiento de la sentencia de 20 de octubre de 1.937 de la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia, examinar someramente sus diferencias con el sistema anterior, dejando para luego, un análisis comparativo más concreto.

3.1. Ley 28 de 1932

“Sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio),

“Art. 1º.- 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 debe liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación.

“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.

“Art. 3º.- Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial.”⁸

⁸ Este artículo 3º fue recientemente declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-068 de 1999 por encontrar que se violaba el principio de buena fe consagrado como norma constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política. En la misma sentencia se declaró igualmente inexecutable el 1852 del Código Civil, que entendía nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia y el 906 del Código de Comercio, que prohibió celebrar contrato de compraventa a los cónyuges no divorciados, y al padre y al hijo de familia entre sí, actuando directamente, por interpuesta persona, o aún en pública subasta.

Los artículos 1852 y 906 fueron concebidos con previa protección a terceros contra acuerdos, entre padre e hijo o entre esposos no divorciados para defraudar intereses de estos, y, el artículo 3º de la ley 28, tenía por principal objeto proteger a la mujer casada, que aunque en virtud de la reforma, adquirió capacidad civil, continuaba bajo potestad marital.

La sentencia de la Corte, encontró, - con salvamento de voto de tres de los nueve magistrados, - que esto violaba la presunción de buena fe.

“Art. 4º.- En el caso de liquidación de que trata el artículo 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.

“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 judicial, ni tampoco el marido será su representante legal.

“Art. 6º. - La curaduría de la mujer casada, no divorciada, en los casos en que aquella deba proveerse, se deferirá en primer término al marido, y en segundo a las demás personas llamadas por la ley a ejercerla.

“Art. 7º. - Respecto de 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 distribuyesen gananciales, se imputaría 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.

“Art. 8º. - 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 artículo 1203 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 revisión por sentencia ejecutoriada.

“Art. 9º. – Quedan derogadas las disposiciones contrarias a la presente ley.

“Art. 10º. – Esta ley entrará a regir el 1º de Enero de 1.933”

Como puede se puede ver la ley 28 de 1932, constituye un cambio fundamental en nuestro ordenamiento patrimonial del matrimonio, entendiendo por tal las relaciones económicas entre los cónyuges, sin que la ley tocara lo relativo a los aspectos personales.

“3.2. Sentencia de 20 de Octubre de 1937.

Pieza de trascendental importancia, que sirvió de guía y orientación para el subsiguiente desarrollo del régimen patrimonial del matrimonio en Colombia, por lo que se transcribe buena parte de su texto,

“Régimen patrimonial en el matrimonio según la ley 28 de 1932

“Sabido es el régimen a que estaba sometidas en Colombia la capacidad civil de la mujer casada y la sociedad conyugal, antes de la expedición de la mencionada norma como mandato legislativo. Pero es conveniente recordarlo con miras a determinar mejor y a punto fijo como vino a operar la evolución jurídica del antiguo sistema y cuales son las proyecciones en el campo doctrinario del nuevo estatuto.

La sociedad conyugal antigua (resaltado fuera del texto)

“El régimen matrimonial que adoptaba en Colombia el código civil hasta el 31 de diciembre de 1932, consistía en la formación de una sociedad conyugal a la cual ingresaban todos los bienes muebles e inmuebles, que los cónyuges aportaran en el matrimonio y que durante el adquirieran, exceptuándose los aportes y las adquisiciones a título gratuito de bienes raíces y otros bienes expresamente determinados (art. 1.781)

“Los bienes muebles que cualquiera de los cónyuges aportaba al matrimonio o adquiría a título gratuito durante la vigencia de la sociedad, ingresaban al haber social, aunque con la carga de que disuelta la sociedad, estaba ella obligada a restituir su valor, según el que hubieran tenido a tiempo del aporte o de la adquisición. (art. 1781) .

“Los bienes que no hacían parte del haber social se denominaban propios y eran del cónyuge a quien pertenecían.

“Era, pues el llamado régimen de comunidad que existe en Francia, en Chile y en otros países, con variantes en cada país que no alteran la esencia del sistema-.

“Esta comunidad se constituía por el solo hecho del matrimonio (art.180), con posibles atenuaciones en su régimen cuando los futuros contrayentes pactaban capitulaciones matrimoniales (art. 1.771), lo cual era raras veces practicado.

“La administración de la sociedad conyugal competía exclusivamente al marido. Pero era un administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de “dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaran un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de este, como los bienes sociales” (art. 1806).

“Además el marido, como jefe de la sociedad conyugal, administraba libremente no solo los bienes sociales sino también los bienes propios de la mujer, sujeto empero a las restricciones impuestas en la ley o en las capitulaciones matrimoniales. (art. 1.805) .

“El art. 1.808 recalca que “.la mujer por si sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad “Por lo tanto no podía administrarlos, ni intervenir en la administración, ni controlarla. Tampoco podía solicitar la entrega de la parte que en ellos le cabía mientras la sociedad existiese.

“Por último, la mujer por el hecho del matrimonio, era incapaz. Su personalidad civil sufría una disminución. (art. 1.504) . Por lo tanto estaba inhibida para celebrar ningún acto jurídico, ni aun relacionado con sus bienes propios (salvo contadas excepciones, como testar), sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio (arts. 182,188,189,190 y 192). Pero en cambio, había en el código civil varios conceptos que tutelaban su patrimonio.

“Esta potestad suprema del marido fue hasta el año de 1.933.

“ La sociedad conyugal de hoy.

“La ley 28 de 1.932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre esposos, quebrando así el tradicional sistema hasta entonces imperante. (resaltado ajeno al texto)

“Pero ocurre preguntar ¿La reforma acabó con la sociedad conyugal, reemplazándola por un régimen de separación de bienes?

“En manera alguna. Veamos como vino a operarse la quiebra del sistema.

“La ley en su art. 1º. Estableció que “durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición 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 hubiera adquirido o adquiriera ; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación”.

“El art 4º. Establece que en el caso de liquidación de que trata el art. 1º “se deducirá de la masa social o de los que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo y los activos líquidos restantes se sumaran y se dividirán conforme al código civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo código”.

“El art. 7º prevé una liquidación definitiva de la sociedad conyugal, según las normas del código civil, en los matrimonios anteriores a la ley 28 que practiquen la liquidación provisional autorizada en ese precepto con el ánimo de acomodarse estrictamente al nuevo régimen. Lo que significa que aún después de esta liquidación continua en vigencia entre los cónyuges la sociedad conyugal.

Estas tres disposiciones, junto al art. 5º que le confirma a la mujer casada y mayor de edad la plena capacidad civil, judicial y extra judicial constituyen eje fundamental de la ley que demarca la naturaleza, alcance y contenido de la reforma. Los otros preceptos tienden a facilitar su aplicación y a dar normas complementarias.

“Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el código la reforma cambia si radicalmente el sistema de disposición y administración. 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 aún 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 1.933 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 solo tienen acción contra el cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el art. 2º en su caso.

Según el sistema del código civil, por lo que respecta a bienes en el matrimonio, había que distinguir estas tres categorías: bienes del marido, bienes de la sociedad conyugal y bienes de la mujer. Ante terceros se confundían el patrimonio social y el del marido. Pero disuelta la sociedad conyugal, se manifestaba su existencia para los efectos de liquidarla, determinando los aportes y recompensas de cada cónyuge. Entonces era ya cuando ante terceros surgían perfectamente delimitado estos tres patrimonios, de los cuales los dos primeros se habían presentado en uno solo, conforme está dicho.

“...”“El legislador conservó la institución de la sociedad conyugal como vínculo patrimonial entendido entre los esposos. Así díjolo varias veces: primero, al disponer que a la disolución de matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio; después, cuando, ordena que esa sociedad se divida conforme a las disposiciones normativas del código civil; y luego en art. 7, en que autoriza los arreglos de cuentas de las sociedades existentes a efecto de acomodarlas a la nueva gerencia dual y autónoma de marido y mujer en la sociedad.

(“...”) Pero disuelta la sociedad, surge ahora, bajo el imperio de la reforma, como antes surgía bajo el imperio del código civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, comunidad que habrá de liquidar conforme a las reglas del código compatibles con el nuevo régimen.

“Este sistema de la ley 28, que como se ha visto, mantiene como cosa latente la noción de sociedad entre contrayentes con la idea de separación respecto de terceros, ha merecido el elogio del citado jurista **don Arturo Alessandri Rodríguez**, profesor de derecho civil de la Universidad de Chile, quien en su reciente obra intitulada *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, edición de 1.935, **dedica un comentario al régimen colombiano que el llama de “Participación en los gananciales”, recomendándolo como el mas perfecto entre los que el estudia en su obra:**

“12.- Régimen de participación en los gananciales.-”

“El régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo, y los que después adquiere; pero disuelto el régimen, los

gananciales adquiridos por uno y otra pasan a constituir una masa común para el solo efecto de su liquidación y división entre ellos.

“Es una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida. Durante el matrimonio los cónyuges están separados de bienes: cada uno conserva la propiedad de todos los suyos, sean propios o gananciales, y los administra con entera independencia; la mujer es plenamente capaz. Disuelto el régimen se forma una comunidad, pero para el solo efecto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido, en conformidad a las mismas reglas que rigen la liquidación de aquella.

“Este régimen ofrece, pues las ventajas de los de separación y de comunidad, sin sus inconvenientes. El régimen de separación tiene la ventaja de que cada cónyuge administra sus bienes y se hace dueño de los que adquiere con su trabajo, pero presenta el inconveniente de que los gananciales adquiridos por cada uno durante el matrimonio, le pertenecen exclusivamente de modo que si solo uno trabaja, como sucede en las clases sociales acomodadas, el otro, de ordinario la mujer, no tiene ninguna participación en los que aquel adquiera. A su vez el régimen de comunidad, si bien ofrece la ventaja de que disuelta ella, los gananciales se dividen por mitad entre los cónyuges, cualquiera que sea el que los adquirió, adolece del grave defecto de dejar a la mujer sometida por completo al marido, al extremo de que queda privada hasta de la administración de sus bienes propios. En el régimen de participación en los gananciales ambos inconvenientes desaparecen. Junto con asegurar la completa igualdad e independencia de los cónyuges durante el matrimonio en lo concerniente a la propiedad, administración y disposición de sus bienes, les permite participar en la mitad de los gananciales adquiridos por el otro.

“Es el régimen legal que existe actualmente en Suecia (ley 11 de junio de 1920), Costa Rica (Arts. 76 y 77 del código civil), y **Colombia Ley 28 de 12 de noviembre de 1932**. Es también el que se propone como régimen legal para Francia, a falta de contrato de matrimonio, en el proyecto que el gobierno de ese país presentó al Senado el 23 de junio de 1.932, y que es el que inspiró y sirvió de modelo a la ley colombiana citada.”

“Es de advertir que además de Suecia y Costa Rica, países citados por Alessandri, el régimen colombiano de separación de bienes y comunidad rige también en sus rasgos esenciales en las modernas legislaciones de Hungría, Noruega, Dinamarca, y tiende a implantarse de manera general en otros países como en Francia, donde ya existe desde el año de 1907 algo semejante para los llamados bienes reservados de la mujer. Ya se ha dicho que en Colombia, bajo las apariencias de una separación, subsiste la sociedad conyugal en la forma explicada. (lo resaltado y subrayado ajeno al texto)

Ahora, respecto a la relación de causa y efecto que puede darse entre el sujeto legalmente autorizado para administrar la sociedad conyugal por un lado; y por otro lado, la inclusión de los dineros, cosas fungibles y especies muebles de propiedad exclusiva de los cónyuges, ya sea porque los poseían con anterioridad al matrimonio o dentro de él fueron adquiridos por cada uno de los cónyuges a cualquier título, es pertinente

explorar un poco lo que sucede con regímenes de sociedad conyugal en algunos países latinoamericanos.

Es así como en Venezuela, Argentina, Panamá, Bolivia, Perú y Paraguay países en los que los dos cónyuges participan de la administración de bienes gananciales, comunes o sociales, carece totalmente de incidencia el si los bienes son inmuebles o son muebles, dineros o cosas fungibles, para según ello catalogarlos como privativos o gananciales, sino que la ley se refiere siempre sencillamente a los bienes. En Chile y Ecuador sucede lo opuesto; la administración de la sociedad es del marido o de uno solo de los esposos, y, correlativamente con esto se le da tratamiento diferente a la calificación de bienes propios o sociales, según sean inmuebles o sean dineros, cosas fungibles o especies muebles⁹.

Por último, otra reflexión, aplicada al caso de autos la conclusión del cargo segundo analizado en la sentencia C-278/14 **“El haber relativo de**

⁹ Según el art. Art. 1718. del Código Civil Chileno : *A falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título.*

Acorde con el Art. 1749. El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.

Consecuente con ese tipo de administración, el haber de la sociedad conyugal se compone : *3o Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; obligándose la sociedad a pagar la correspondiente recompensa;*

4o De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a pagar la correspondiente recompensa.

Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales; (Art.1725)

En la misma línea, administración única, el Art. 180 del Código Civil Ecuatoriano establece : *El cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales, tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal.*

El administrador se sujetará a las obligaciones determinadas en la ley y en las capitulaciones matrimoniales, de haberlas.

Por su parte el art. 157 que se refiere a la composición del haber de la sociedad conyugal de manera análoga dispone *3. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma;*

4. 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 de la adquisición;

la sociedad conyugal y el derecho a la propiedad privada”¹⁰, tendría el siguiente efecto la declaratoria de simulación absoluta y consecuente sanción del art.1824 respecto de la venta que hiciera el señor Carlos Humberto Garzón a su hermano del vehículo Mazda de placas BTC788, modelo 2006¹¹; de un lado, como formaría parte del haber relativo de la sociedad conyugal, toda vez que no fue excluido de ella a través de capitulaciones matrimoniales, el cónyuge, suponiendo, y a manera de ejemplo, que el valor fuera la suma de \$27.000.000 (según informó el demandado por este valor se hizo la venta) perdería su porción en él (\$13.500.000) y sería condenado a restituirla doblada, (\$27.000.000) y de otro como se generaría la recompensa a favor del señor Garzón Villarraga y cargo de la sociedad por el valor aportado, es decir por el de la adquisición que dijo en el interrogatorio de parte absuelto era de \$80.000.000 junto con la corrección monetaria la cual no pertenece la sociedad como si la valorización.

Y aún más, podría decirse que se torna compleja la situación, en razón a que el automotor, bien mueble adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio, por ende al surgimiento de la sociedad conyugal en comento, fue vendido a un tercero.

Fecha ut supra,

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Magistrada

¹⁰ En el numeral 6.4 se lee :”**Conclusión del Cargo** El deber de recompensa al cónyuge que ha aportado a la sociedad conyugal los bienes del haber relativo descritos en los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 1781 del Código Civil, comprende el valor aportado con la corrección monetaria correspondiente, la cual no pertenece a dicha sociedad. La valorización adicional del bien como resultado de las fluctuaciones económicas y del mercado pertenece a la sociedad conyugal y deberá ser divididas entre los cónyuges sin que lo anterior se configure en una violación del derecho a la propiedad privada, ya que no es el fin del matrimonio lucrarse ni enriquecerse a costa del otro. En todo caso, los cónyuges no están obligados a someter todos sus bienes al régimen de la sociedad conyugal, ya que cuentan con la posibilidad de excluirlos a través de las capitulaciones.

¹¹Las circunstancias que rodearon ese negocio son las misma de la venta del 50% de los bienes inmuebles sociales

Firmado Por:

**MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**400dcc7bbbd9245a5f95d0c96d117b12ad23a67accbe15bc497b74b9
cc3f6904**

Documento generado en 15/07/2020 01:42:25 PM