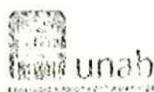


**DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO DE LA SOCIEDAD
CONYUGAL EN EL COMMON LAW PROVINCIAS DE CANADA Y
CIVIL LAW DE COLOMBIA**

IRMA JOHANNA MOSQUERA VALDERRAMA



SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB

ALACRANES

B. Tapa B. Bosque B. Cajas C. C. Precio \$ 20.000
Clasificación _____ Templat _____
Preceder _____
Compra _____ Donación Caje _____ UNAB _____
Fecha de ingreso: Di _____ Mi _____ Aa _____

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

AREA DE DERECHO PRIVADO

BUCARAMANGA

1998

**DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO DE LA SOCIEDAD
CONYUGAL EN EL COMMON LAW PROVINCIAS DE CANADA Y
CIVIL LAW DE COLOMBIA**

IRMA JOHANNA MOSQUERA VALDERRAMA

Monografía para optar al título de Abogada

**Directora
MONICA CORTES FALLA
Abogada**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE DERECHO PRIVADO
BUCARAMANGA**

1998

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

A Pim, la persona
con quien espero
compartir el resto
de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora Mónica Cortés Falla, por su esmerada orientación en el desarrollo de esta trabajo de investigación.

Al Doctor Carlos Saul Pérez, por su paciencia y apoyo para la realización del trabajo de campo que en esta Monografía se presenta.

A los Magistrados del Tribunal Superior Sala de Familia, Secretaria de la Sala, Jueces de Familia de Bucaramanga , Defensores de Familia y Notarios del Círculo de Bucaramanga, por la contribución que hicieron al trabajo de campo del presente trabajo.

A todos los que de uno u otra manera, prestaron su colaboración desinteresada.

CONTENIDO

| | pág |
|--------------------------------|-----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1. PRESENTACIÓN DEL TEMA | 1 |
| 2. JUSTIFICACION DEL TEMA | 3 |
| 2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 5 |
| 2.1.1 Descripción del problema | 5 |
| 2.1.2 Diagnóstico | 5 |
| 2.1.3 Pronóstico | 6 |
| 2.1.4 Control de pronóstico | 6 |
| 2.2 DELIMITACION DEL PROBLEMA | 7 |
| 2.2.1 Ciencia | 7 |
| 2.2.2 Características | 7 |
| 2.2.3 Temporal | 7 |
| 2.2.4 Espacio | 7 |
| 2.3 FORMULACION DEL PROBLEMA | 8 |

| | |
|---|----|
| 2.4 HIPÓTESIS | 8 |
| 3. OBJETIVOS | 9 |
| 3.1 GENERALES | 9 |
| 3.2 ESPECIFICOS | 9 |
| 3.2.1 Intrínsecos | 9 |
| 3.2.2 Extrínsecos | 10 |
| 4. ELECCIÓN DE METODOLOGÍA Y TÉCNICAS SOCIOJURIDICA A UTILIZAR | 11 |
| 5. FUENTES DE INFORMACIÓN SOBRE LOS FENÓMENOS DETECTADOS | 14 |
| 5.1 PRIMARIOS | 14 |
| 5.1.1 Libros | |
| 5.1.2 Publicaciones, periódicos. | 15 |
| 5.1.3 Archivos públicos y privados | 15 |
| 5.1.4 Tesis | 16 |
| 5.1.5 Normas | 16 |
| 5.2 SECUNDARIOS | 17 |

| | |
|--|-----|
| MARCO TEORICO JURIDICO | 17 |
| 6. MARCO TEORICO-JURIDICO | 18 |
| 6.1 SISTEMAS JURIDICOS <i>CIVIL LAW Y COMMON LAW</i> | 18 |
| 6.2 COLOMBIA | 23 |
| 6.2.1 Sociedad Conyugal | 23 |
| 6.2.2 Sociedad Patrimonial | 62 |
| 6.3 CANADA | 92 |
| 6.3.1 Provincias del <i>common law</i> | 92 |
| 6.3.2 Provincia de Québec | 157 |
| TRABAJO DE CAMPO | 161 |
| 7. TRABAJO DE CAMPO | 161 |
| 7.1 PROCESO DE OBSERVACION A JUZGADOS DE FAMILIA DE BUCARAMANGA | 161 |
| 7.2 PROCESO DE OBSERVACION A NOTARIAS DE BUCARAMANGA | 181 |
| 7.3 ENCUESTAS REALIZADAS EN LA CIUDAD DE BUCARAMANGA | 196 |

| | |
|--|-----|
| 8. INTERPRETACIÓN DE DATOS RECOPIADOS EN EL PROCESO DE OBSERVACIÓN Y EN ENCUESTAS | 201 |
| 8.1 JUZGADOS DE FAMILIA | 201 |
| 8.1.1 Información general sobre la población investigada | 201 |
| 8.1.2 Desarrollo de la etapa de inventarios y avalúos | 207 |
| 8.1.3 Distribución del activo líquido de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial en los procesos observados | 211 |
| 8.2 NOTARIAS DEL CIRCULO DE BUCARAMANGA | 213 |
| 8.2.1 Información general | 213 |
| 8.2.2 Diligencia de inventarios y avalúos | 216 |
| 8.2.3 Operación de la partición | 218 |
| 8.3 ENCUESTAS REALIZADAS EN LA CIUDAD DE BUCARAMANGA | 220 |
| 9. ANALISIS DE RESULTADOS | 226 |
| 10. CONCLUSIONES | 233 |
| GLOSARIO | 240 |
| BIBLIOGRAFIA | 246 |

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

EL Instituto Jurídico de la Sociedad Conyugal en Colombia no ha tenido mayores cambios en su esencia misma, se destaca solamente la Ley 28 de 1.932 que, cambió el régimen de comunidad de bienes por el de participación en gananciales, además, le dió a la mujer la capacidad de administrar sus propios bienes y los bienes sociales, ubicándola en un plano de igualdad respecto al cónyuge en lo que se refiere a la administración del patrimonio de la Sociedad Conyugal.

Dentro de las disposiciones que regulan la sociedad conyugal, se encuentra el artículo 1.830 del Código Civil que consagra la distribución por mitad entre los cónyuges del activo líquido social.

Paralelamente a esta legislación, existe en las provincias del Common Law de Canadá, una concepción del matrimonio, como *partnership*, donde cada

cónyuge contribuye a desarrollar los objetivos del matrimonio en iguales condiciones, por ello, existe como regla general la distribución por igual de los bienes sociales de los cónyuges, considerándose que se puede no aplicar esa distribución igualitaria, si la Corte encuentra que en el caso en particular sería *unconscionable* por la desproporcionalidad que existe en cada cónyuge en el matrimonio, por lo cual, se puede ordenar una distribución equitativa pero no igualitaria si se da alguno de los factores que autoriza una distribución de esa forma, consagrados en la Legislación de Derecho de Familia de cada provincia.

Con el desarrollo de este trabajo de investigación, se busca analizar y comparar dentro de un marco lógico la figura de la distribución de los bienes de la Sociedad Conyugal, en el sistema del Civil Law de Colombia y el Common Law de Canadá con el fin de determinar si en Colombia se cumplen los criterios de equidad al autorizar la distribución por igual del activo líquido de la Sociedad Conyugal.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Nuestro sistema jurídico normativo se ha centrado en la tradición romano-germánica generando lo anterior una codificación de las normas que rige al Estado Colombiano, entre otras consecuencias. En esta normatividad se encuentra una norma vigente desde la creación del Código Civil Colombiano consagrada en el artículo 1830 en el capítulo que habla de la sociedad conyugal, en el cual ordena distribuir el activo líquido restante hechas las deducciones, por mitad entre los cónyuges, sin que existan modificaciones posibles en búsqueda de una distribución diferente a la igualitaria que estipula el código.

En el Common Law aplicable en las provincias de Canadá, excepto en la provincia de Québec existe otro tratamiento diferente a esa distribución del activo líquido considerándose que no siempre lo igual significa equitativo, por lo cual es el juez quien debe determinar en cada caso en particular si es equitativo repartir por mitad, o si se debe aumentar a alguno de los cónyuges la

parte que le correspondería, teniendo en cuenta unos factores consagrados en la legislación de Derecho de Familia que rige a cada provincia en particular.

Por las diferencias que se presentan entre estos dos sistemas se considera que es conveniente investigar acerca de la aplicación que en Colombia se está dando al respecto, y a su vez hacer una comparación lógica con el sistema de Canadá, teniendo en cuenta que en Colombia se han presentado diferentes problemas al interior de la familia, en los que algunas veces uno de los cónyuges ha trabajado más que el otro, y ha aportado más a acrecer el activo líquido social, u, otros comportamientos que son de gran interés para llevar a cabo un análisis lógico de los dos sistemas.

Como estudiantes de derecho no es posible alejarse de la realidad, y de un análisis exhaustivo de la misma en relación con la normatividad, por lo cual es necesario llevar a cabo proyectos de investigación que replanteen problemas presentados en el pasado, y que busquen actualidad en cuanto a sus consecuencias; como resultado final de la investigación, propender por la realización de cambios si se considera que son necesarios para este derecho y esta sociedad.

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1.1 Descripción del problema

El régimen de partición de gananciales, está regido por el artículo 1830 del Código Civil en lo atinente al porcentaje del activo que se va a distribuir una vez se ha liquidado la sociedad conyugal, correspondiendo éste al 50% para cada uno de los cónyuges

2.1.2 Diagnóstico

En el sistema legal Colombiano, el activo líquido de la sociedad conyugal se distribuye por mitad entre los cónyuges en defensa de la labor de la esposa en el hogar correspondiente a crianza, educación y demás trabajos en sus labores al interior del hogar, porcentaje que no varía si uno de los cónyuges llegare a aportar más que el otro o, a contribuir al desarrollo intelectual, laboral y económico del otro cónyuge, por considerarse que el matrimonio lleva implícita las obligaciones de auxiliarse mutuamente, socorro y ayuda entre otras (1).

1 Crf. en LATORRE, Luis Fernando. Régimen patrimonial en el matrimonio. Bogotá : Imprenta Nacional, 1932. p. 43.

2.1.3 Pronóstico

En su aplicación se pueden distorsionar los principios de justicia y equidad dando como resultado un enriquecimiento injustificado para alguna de las partes, en la medida en que puede darse el caso de que uno de los cónyuges hubiese actuado negligentemente en el cumplimiento de los deberes y cargas matrimoniales.

2.1.4 Control de pronóstico

- Dar herramientas al juez, a fin de que se tengan en cuenta factores según los cuales se pueda cambiar la regla general de distribución consagrada en el artículo 1830, propendiendo por interpretaciones menos exegéticas, en relación con este artículo.

- Plantear soluciones legislativas concretas con las cuales se busque actualizar la aplicación de esta norma a la realidad colombiana.

Las provincias del Common Law en Canadá, especialmente la de Ontario, New Brunswick, British Columbia, Nova Scotia, Queen's Bench, Prince Edward Island.

La provincia de Québec en Canadá.

2.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La partición igualitaria del activo líquido de la sociedad conyugal en Colombia puede descartarse cuando es contraria a la equidad?.

2.4 HIPÓTESIS

Hi: Se mantiene el sistema vigente intacto, en lo que respecta al tema de investigación toda vez que hay diferencias culturales, económicas y morales entre Canadá y Colombia.

Ha: Se revisa el concepto de equidad e igualdad, para buscar condiciones más benéficas para la mujer, toda vez que es ella quien se vería perjudicada debido a la improductividad económica de su labor.

3. OBJETIVOS

3.1 GENERALES

Realizar un análisis comparativo lógico del sistema Common Law en las provincias de Canadá y el Civil Law de Colombia con respecto a los criterios que se tienen en cuenta en uno y otro país para la distribución del activo líquido de la sociedad conyugal.

3.2 ESPECÍFICOS

3.2.1 Intrínsecos

3.2.1.1 Analizar si el sistema que se aplica en Colombia, comprendido en el artículo 1.830 del Código Civil, cumple los criterios de equidad.

3.2.1.2 Investigar si para el caso de la mujer que labora y hace trabajos propios de dueña de casa se vería beneficiada si esta disposición fuera reformada.

3.2.2 Extrínsecos

Plantear esquemas lógicos descriptivos del Sistema Common Law y el Civil Law a través de un análisis comparativo, buscando determinar el que sea más equitativo para los cónyuges.

4. ELECCIÓN DE METODOLOGÍA Y TÉCNICA SOCIO JURÍDICA A UTILIZAR

Es necesario tener en cuenta que si se están analizando comparativamente dos sistemas jurídicos, diferentes entre sí, se debe tomar un método en el cual se analice la realidad social, jurídica, los planteamientos de nuestro derecho, y a su vez, las razones subjetivas que llevan al juez en el Common Law a aplicar la *equity*, por lo cual el método y técnica no puede limitarse simplemente a un análisis comparativo de normatividad, y casos jurisprudenciales, sino que se debe ir más allá, buscando analizar todos los factores sociales, culturales entre otros que, han influenciado para que se presente al interior de cada sistema jurídico una diferencia muy grande, en el porcentaje de distribución del activo líquido social en la sociedad conyugal.

Es por ello que la investigación socio-jurídica reviste importancia en el desarrollo de un proyecto como este, toda vez que la evolución de la sociedad conyugal y el criterio de por mitad al repartir los gananciales que surgen de la

liquidación de la misma, viene a estar unida a la sociedad misma y, a toda una serie de condiciones que llevaron a adoptar ese sistema igualitario. Por lo que se debe entrar a hacer un estudio de esas condiciones objetivas y subjetivas en la época en la cual se creó esa disposición normativa, tema de investigación y las circunstancias actuales que se viven para entrar a proponer o no cambios, porque no se puede entrar a suponer que el sistema que hoy rige no es el apropiado, sino se han revisado antes todas las circunstancias que han llevado a la expedición por parte del Estado de esas normas, y a su posterior aplicación.

Por tanto, se considera que el método a aplicar debe ser, sin lugar a dudas, el comprensivo debiéndose estudiar las condiciones en las cuales se reglamentó la distribución del activo líquido de la sociedad conyugal en Colombia y a su vez la constitución de una propiedad distribuida bajo un criterio de equidad en Canadá, son esas circunstancias las que permitirán hacer un análisis más objetivo, sin llegar a ser exégeticos, buscándo analizar los fenómenos concretos, las condiciones que rodean la aparición y las metas a seguir.

Esto solamente puede ser conseguido si se miran todos los factores sociales, culturales, económicos, políticos, legales desde la perspectiva del autor de las

disposiciones objeto de investigación. Pero para ello se debe desempeñar adecuadamente el papel de investigadores, para lo cual al hacer uso de lo holístico, se debe eliminar todo prejuicio o pre-concepto que lleve a una posición en particular, por lo que solo se debe limitar a hacer una investigación que tenga como punto de partida un marco teórico que contenga todos los conceptos de carácter epistemológico que servirán para plantear unas hipótesis buscando dar posibles respuestas a la formulación de un problema, obteniendo de todo ello un resultado final, cual es el establecer la posibilidad de desarrollar y aplicar una u otra hipótesis de acuerdo a las investigaciones realizadas.

5. FUENTES DE INFORMACIÓN SOBRE LOS FENÓMENOS DETECTADOS

5.1 PRIMARIOS

Contienen información no abreviada y en su forma original.

5.1.1 Libros

Canadá: Textos de estudio acerca del Derecho de Familia y de la distribución equitativa de la propiedad.

Colombia: Textos de estudio acerca de la sociedad conyugal, la unión marital de hecho y el concubinato

Además servirán como fuente textos acerca de los sistemas del common law, y el civil law.

5.1.2 Publicaciones, periódicos

Canadá: Revistas de Derecho (*Law Journal*)

Colombia: Revistas de derecho de las diferentes universidades.

5.1.3 Archivos públicos y privados

Colombia: Jurisprudencia y doctrina de 1.971 en adelante.

Gaceta Judicial de 1.928 a 1.970.

Canadá:

- *British Columbia Law Reports*.

- *Reports of Family Law*

- *New Brunswick Reports*

- *Nova Scotia Reports*

- *Law Reports Queen's Bench*

- *Recueil de Droit de la Famille*

- *New Foundland and Prince Edward Island Reports*

- *The Canadian Abridgment*.

5.1.4 Tesis acerca del patrimonio de los cónyuges, y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, entre otras.

5.1.5 Normas

COLOMBIA

- Constitución Nacional
- Código Civil, art. 1830. Antecedente el art. 1774 del Código de Andrés Bello.
- Ley 28 de 1.932
- Ley 54 de 1.990
- Ley 100 de 1.993
- Decreto Reglamentario 1160 de 1.989.

CANADA

- *Family Law Reform Act*
- *Family Law Act. 1986*
- *Uniform Marital Property Act*
- *Marital Property Act.*
- *Divorce Act*

5.2 SECUNDARIOS

Se considera que dentro de estas fuentes se utilizarán principalmente las referencias buscadas a través de Internet, sobre el tema de investigación, que son extractos de documentos o escritos de abogados.

6. MARCO TEÓRICO-JURÍDICO

6.1 SISTEMAS JURÍDICOS CIVIL LAW Y COMMON LAW

El análisis de dos sistemas jurídicos cuales son el *common law* o derecho anglosajón y el *civil law* o sistema romano-germánico requiere plantear las bases teóricas que permitan establecer claras diferencias entre ellos por medio de la determinación de sus características particulares.

El *Common Law* que se aplica actualmente en el Reino Unido, Estados Unidos y Canadá con excepción de la provincia de Québec, tuvo su origen en la costumbre sin que por ello se pueda clasificar como un Derecho costumbrista, pero si como jurisprudencial en cuanto establece el precedente judicial que surgía por las soluciones dadas por cada juez en particular, teniendo en cuenta casos similares anteriores ya decididos.

Este sistema además ha desarrollado un concepto de gran importancia para el derecho cual es el de la *equity* que ha sido definida por Maitland como “**ce corps de règles qui, si n’était pas intervenue la réforme des Judicature Acts, seraient appliquées de façon exclusive par des juridictions spéciales appelées Cours d’equity**”(1)

En el *common law* se desarrolla un aspecto jurisdiccional que da prevalencia al juez en la aplicación del derecho, además no se presenta una división entre derecho público y derecho privado a diferencia del sistema romano germánico. El *common law* tiene sus propios términos y significaciones, sin que sea posible traducirlo a otra lengua, toda vez que el significado será diferente, por lo que es imposible asimilar los términos, correspondiendo cada uno a un contexto completamente diferente.

La característica principal del *common law* radica en la no existencia de codificación, por lo cual no puede hablarse de que existan reglas de derecho como lo ha expresado René David al considerar que la *legal rule* “se

1 Trad. Ese conjunto de reglas que si no estuvieron intervenidas por la reforma de Actos Judiciales, serán aplicadas de manera exclusiva por las jurisdicciones especiales apelando a las cortes de equity. DAVID, René y SPINOSI Camille Jauffet. Les grands systèmes de droit contemporains. 10. Paris : Dalloz, 1992. p. 275

situe à un niveau de généralité moindre que notre règle de droit, avec la conséquence, comme nous verrons, que la distinction, pour nous élémentaire, des règles impératives et des règles supplétives n'est pas faite et qu'une codification du type qui nous est familier est à peu près inconcevable en Angleterre"(2) .

El *civil law*, tiene como principal instrumento para su aplicación la codificación de todas sus leyes, revistiendo un aspecto legislativo y doctrinal, debido a la importancia que tiene tanto el que crea la ley como el que la aplica e interpreta en la jurisprudencia, pero sin constituir este último elemento la base del derecho por cuanto lo más importante es que existe una regla de derecho considerada según David "**comme une règle de conduite, dotée d'une certaine généralité, se situant au-dessus des applications que les tribunaux ou les praticiens peuvent avoir à en faire**"(3) a diferencia del

2 Trad. Se ubica a un nivel de generalidad menor que nuestra regla de derecho, con la consecuencia como nosotros veremos, que la distinción, para nosotros elemental, de normas imperativas y normas supletivas no es hecha y que una codificación del tipo que a nosotros nos es familiar es casi inconcebible en Inglaterra.
Ibid., p. 274.

3 Trad. Como una regla de conducta dotada de una generalidad, que se sitúa por encima de las aplicaciones que los tribunales o los teóricos puedan tener que hacer.
Ibid., p. 72.

common law, en que esa regla de derecho solo se aplica a nivel de casos concretos en los cuales el abogado en el *common law* debe buscar las reglas que se le apliquen a cada situación específica. En el *civil law* la norma debe estar escrita, además que viene a ser general y abstracta, con carácter coercitivo, y dictada por un órgano competente para ello (el legislador), a la vez que tiene como objetivo principal mantener el orden y la justicia social, sin tener esa característica represiva que identifica al *common law*, toda vez que en este último sistema el Derecho sólo viene a nacer con el castigo que se le debe imponer a quien perturbó la tranquilidad social, buscando también la justicia, pero solo después de que se ha dado una alteración de ese orden social.

Según René David en su texto *Les grands systèmes de droit contemporains* “la différence est seulement que dans la famille romano-germanique on cherche à découvrir les solutions de justice du droit par une technique qui a comme point de départ la loi, alors que dans la famille de la *common law* on vise au même résultat en employant une technique qui prend en premier lieu en considération les décisions judiciaires” (4).

4 Trad. La diferencia es solamente que en la familia romano-germánica se busca para descubrir las soluciones de justicia de derecho por una técnica que toma como punto de partida la ley, a la vez que en la familia del *common law* se obtiene el mismo resultado empleando una técnica que toma en primer lugar en consideración las decisiones judiciales. Ibid., p. 82

Es así como en la comprensión de los alcances y características de estos dos sistemas jurídicos radica una de las razones que justifica el desarrollo del derecho. Concordante con el contexto social y cultural, que no se debe olvidar cuando se busca hacer comparaciones y cambios, se requiere tomar lo positivo de uno y otro, pero siempre con una adecuación total a la realidad que se vive y no tan solo por copia de otra legislación, que puede estar alejada de la realidad y el contexto al cual se pretende aplicar. Prueba de lo anterior ha sido la introducción en la legislación colombiana de Instituciones Jurídicas que no se adecuan a las necesidades del país resultando inoperantes. En este caso en particular se debe tener en cuenta que si es necesario aplicar en Colombia un sistema equitativo en la distribución de esos activos sociales, solamente se podrá hacer mediante normas e interpretaciones hechas en función de la realidad social del país.

6.2 COLOMBIA

6.2.1 Sociedad Conyugal

6.2.1.1 Normatividad

La familia colombiana ha sido objeto de grandes cambios que vienen hoy en día a implicar un replanteamiento de la normatividad vigente, buscando en alguna medida revolucionar las condiciones a las que se ha sometido el vínculo familiar, tanto desde el punto de vista religioso y social así como el legal para darle a esta Institución el status que se merece. Así, la Constitución Nacional consagra en su artículo 42(1) el papel preponderante de la familia y la protección que el Estado debe brindar a la misma.

Esta Institución de la familia ha evolucionado principalmente en la concepción

1 La familia es el núcleo fundamental de la sociedad... El estado y al sociedad garantizan la protección integral...
Constitución Nacional artículo 42.

de la mujer por cuanto a la misma se le limitaba a las tareas del hogar, siendo el hombre el encargado de trabajar y conseguir lo necesario para subsistir, discriminación que había originado la incapacidad absoluta de la mujer hasta antes de entrar en vigencia la ley 28 de 1.932(2) , conservándose aun así con la nueva Legislación según un criterio de igualdad, el reparto por mitad de todos los bienes adquiridos durante el matrimonio. Esta disposición no ha sido objeto de modificación alguna desde su aparición en el Código Civil redactado por Andrés Bello para la República de Chile, modelo tomado para la redacción del Código Civil Colombiano, por cuanto en el artículo 1774 del mismo(3) se consagra la distribución por mitad entre los cónyuges al término de la sociedad conyugal, se adoptó la norma chilena en el artículo 1830 del Código Civil Colombiano que expresa “ **Ejecutadas las anteriores deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los dos cónyuges**”(4) .

En este régimen matrimonial anterior a 1.932 llamado de comunidad de bienes se consideraba que eran bienes propios los que los cónyuges tenían antes del

2 Ley 28 de 1.932 Vigencia 1 Enero de 1.933

3 Obras completas de Andrés Bello : Código Civil de la República de Chile. 1. Caracas, 1995.. 3 T.

4 Código Civil Colombiano. Artículo 1830.

matrimonio y los recibidos dentro de el por herencia, legado o donaciones, y bienes comunes las adquisiciones hechas después del matrimonio, salarios, y los frutos de los bienes propios, siendo la gestión de ellos encomendada al marido, pues la mujer estaba sometida a la potestad del marido sin capacidad alguna para actuar o disponer de sus bienes, por lo cual se nombraba como representante legal al marido.

Se intentaron numerosas reformas mediante proyectos legislativos, pero, ninguno tuvo éxito debido a las costumbres del país en épocas pasadas, entre estos el proyecto sobre capitulaciones matrimoniales que **“establecía que ellas podían celebrarse antes y después del matrimonio y con ello se pretendía que la mujer pudiera defenderse aun después de casada con las capitulaciones matrimoniales”**(5)

Un proyecto posterior establecía la separación perfecta de patrimonios frente a lo cual se opuso la realidad social de que se **“olvidaba que la labor de la mujer, esa noble labor, pesada, dolorosa y callada de un día y otro día, de**

5 LATORRE, Luis Fernando. Régimen patrimonial en el matrimonio. Bogotá : Imprenta Nacional , 1932. p. 43

un año y otro año, de una vida entera, vale económicamente por lo menos tanto como la labor del hombre; y que si la esposa no tenía bienes propios, o no había adquirido algo durante el matrimonio con su trabajo, que en la casi totalidad de los casos no adquiría, quedaría al disolverse el matrimonio por muerte del esposo, o por otra causa, en la miseria más absoluta”(6).

Con la aparición de la ley 28 de 1.932, hay cambios, en lo que al régimen matrimonial se refiere, y se mantiene intacto lo atinente a la distribución igualitaria del activo líquido social.

La sociedad conyugal desde el momento en que se crea por el matrimonio, se considera como una ficción jurídica, en la que cada cónyuge tiene la libre administración de los bienes que se adquieren dentro del matrimonio, viniendo a cristalizarse esa ficción cuando se declara disuelta y pasa a su liquidación, momento en el cual los bienes sociales que se tienen en ese momento sobre los cuales el cónyuge había ejercido una libre administración se van a distribuir entre los cónyuges, reconociendo a cada uno el cincuenta por ciento de ese

6 Ibid., p. 43

valor, buscando con ello compensar al hombre que ha colaborado en la adquisición e incremento de esos bienes, y a la mujer por la cooperación que ha brindado ya sea directa o indirecta(7). Además de lo anterior, esta ley vino a dar capacidad a la mujer permitiéndole administrar sus bienes, en igualdad de condiciones que el hombre. Surgen tres patrimonios el de la esposa, el del esposo, y el social, que se suman, para después deducir el valor correspondiente a los bienes propios de cada esposo. Hechas las deducciones, la cifra resultante, son los bienes que se liquidan y distribuyen.

La citada ley regula la distribución del patrimonio de la sociedad si los cónyuges no han señalado el régimen a aplicar, existiendo en el Derecho según Genaro Muñoz (8) dos sistemas para ello, a saber:

- 1- Tomar una base aritmética para hacer las asignaciones teniendo en cuenta los beneficios alcanzados durante la sociedad conyugal.
- 2.- Señalar una cuota cierta para efectos de distribución.

7 Nota del autor: Hace referencia a la labor del hogar que la mujer realizaba como ama de casa, esposa y madre que en sí no daba beneficio económico alguno.

8 MUÑOZ OBANDO, Genaro. La sociedad conyugal ante el nuevo régimen. 2 Edición. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1993. p. 91.

La ley 28 de 1.932 adoptó este último criterio, teniendo como base las obligaciones adquiridas por el matrimonio de socorro, ayuda mutua y demás entre los cónyuges que permiten justificar la distribución igualitaria de los bienes sociales. Este es el régimen aplicable hoy en día.

6.2.1.2 Jurisprudencia

El tema de investigación en el presente trabajo, no ha sido desarrollado jurisprudencialmente toda vez que la mayoría de los temas que han llegado a la Corte Suprema de Justicia, tienen que ver con la aplicación del nuevo régimen consagrado por la ley 28 de 1.932.

El 20 de Octubre de 1.937 (9) se fijó el alcance y extensión de la reforma hecha por la ley 28 de 1.932 y su aplicación hacia el futuro. Durante el proceso se demostró que las partes casadas hacía más de veinte años a la fecha del fallo, habían adquirido con el trabajo y esfuerzo común una finca, que posteriormente fué vendida por el cónyuge a un tercero, recibiendo el precio de ésta a título

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. I. p. 116-137.

personal y para su propio beneficio; frente a esos hechos, la cónyuge demandó la simulación de ese contrato de compraventa, por versar el mismo sobre un bien perteneciente a la sociedad conyugal. El demandado fundamentó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia favorable a las pretensiones de la demandante, entre otras razones, en la carencia de personería jurídica de la cónyuge para demandar la invalidez del contrato, por cuanto cuando lo celebró y al iniciarse la demanda él obraba como jefe absoluto de todos los bienes de la sociedad conyugal.

La Corte al decidir, consideró que en el régimen anterior a la ley 28 de 1.932, llamado de comunidad se consideraba que el esposo era el administrador exclusivo de los bienes de la sociedad conyugal, y ante terceros dejaba de tener tal calidad, para adquirir la 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 éste como los bienes sociales(art. 1806)”*. El cónyuge administraba libremente los bienes sociales y los bienes de la cónyuge, con las limitaciones impuestas por la ley, debido a la incapacidad de la mujer por el hecho del matrimonio (art. 1504).

El nuevo régimen de la ley 28 de 1.932 llamado de partición de gananciales estableció la capacidad de la mujer y la libre administración de los bienes por parte de cada cónyuge sobre los bienes propios y los adquiridos con posterioridad al primero de enero de 1.933, existiendo en la sociedad conyugal tres clases de bienes, los bienes del cónyuge, los de la cónyuge y los bienes de la sociedad conyugal. La sociedad conyugal se formaba por el hecho del matrimonio, pero solamente salía del estado de latencia en el que se encontraba en el momento de la liquidación, por lo cual 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 exclusivamente al marido, 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”*.

De acuerdo a los fundamentos anteriores la Corte consideró que *“la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los*

contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver". Por esto se analizó el recurso de casación interpuesto por el demandado, y se mantuvo la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal por cuanto la cónyuge al recobrar su autonomía mediante la ley 28 adquirió el uso de las acciones atinentes a restaurar el daño que se le causa, afectando sus propios gananciales.

En sentencia del 9 de Diciembre de 1.948(10) se plantea que el mecanismo de la liquidación provisional consagrada por la ley 28 de 1.932 es susceptible de acción de revisión pero no así la partición de los bienes sociales que en desarrollo de la sentencia se realiza, por cuanto la revisión cabe sobre la liquidación no sobre la partición, toda vez que la aplicación de la misma es excepcional, además porque la ley ofrece diferentes maneras de controlar el cumplimiento de las normas de equidad, encontrándose entre ellas los recursos y la oportunidad para objetar la partición.

10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En: Gaceta Judicial. Bogotá. 1.948.

El primero de agosto de 1.979(11), la Sala de Casación Civil se pronunció al respecto de la adquisición de bienes durante la separación de hecho entre cónyuges y el carácter que ellos tenían, considerándose por la alta Corte que los mismos son sociales teniendo en cuenta que si el cónyuge quiso separarse de hecho, y no hizo las gestiones necesarias para la disolución de la sociedad conyugal, y su posterior liquidación, se considera que el prefería seguir bajo el régimen de esa sociedad, por lo que la sociedad conyugal siguió vigente acrecentándose su haber con todas las adquisiciones onerosas que hubieran hecho los cónyuges.

En sentencia del catorce de diciembre de 1.990 (12) , las partes se casaron en 1.955, separándose de cuerpos en 1.982. Posteriormente se inició el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal y en el transcurso de éste la cónyuge vendió un bien social, alegando una condición de casada con sociedad conyugal vigente, cuando ésta ya había sido disuelta y estaba en proceso de liquidación, por lo cual el cónyuge consideró que ella había ocultado o sustraído el bien a

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Gaceta Judicial. Bogotá. 1.979.

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. 1991. p. 433-441. T. I.

fin de apropiarse del mismo, buscando impedir que formara parte del activo bruto a repartir. Frente a lo cual la Corte consideró que existía una distracción del bien por cuanto lo había alejado de la masa partible, cometiendo un fraude a la sociedad conyugal recibiendo la sanción consagrada en el artículo 1.824 del Código Civil.

En sentencia del 30 de septiembre de 1.994 (13) se demandó la nulidad absoluta de la escritura contentiva de la liquidación de la sociedad conyugal, por cuanto en ella se distribuyeron bienes inmuebles propios de cada cónyuge quebrantándose así la prohibición del artículo 3 de la Ley 28 de 1.932. La Corte consideró que el artículo 3 de la citada ley solo afecta la capacidad de los cónyuges para celebrar, entre sí, contratos relacionados con bienes inmuebles, y al no ser la partición un acto jurídico que pueda calificarse como tal, sino una convención o acto jurídico bilateral que para su perfeccionamiento requiere la intervención de dos o más personas, en la cual se liquida la comunidad de bienes que se forma una vez disuelta la sociedad conyugal, no se le aplica dicha prohibición. Además, las reglas de nulidad de los contratos no se pueden aplicar por analogía a las convenciones. La inclusión de bienes propios no se

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En: Gaceta Jurisprudencial. Bogotá. 1994. p. 30-32.

considera un acto violatorio del artículo 3, por cuanto no se presenta contrato de compraventa entre los cónyuges, sino un acto dirigido a extinguir una comunidad de bienes, por lo cual ellos tienen otros caminos diferentes al de la nulidad, para recuperar los bienes propios incluidos indebidamente en una partición de bienes sociales.

El cuatro de marzo de 1.996 (14) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la partición de gananciales a favor de los cónyuges, se puede hacer en forma judicial y en forma voluntaria, en forma separada al acto de disolución o en el mismo acto, por cuanto el hecho de ser la disolución presupuesto de la partición, no significa que en un mismo documento no se puedan contener los dos. Por la disolución perfecta de la sociedad conyugal se genera la universalidad indivisa de gananciales y el derecho sobre ella en favor de cada uno de los cónyuges, así mismo en la renuncia de gananciales no es necesario que se haya realizado el inventario y avalúos de bienes y deudas sociales, ni la partición, pudiendo el cónyuge renunciar a ellos cuando aún no se han realizado, debiendo reunir solamente los requisitos de capacidad,

14 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. 1996. p. 555-558. T. Y.

consentimiento, objeto, causa y legitimación. Esto, por el carácter de irrevocable que tiene la misma renuncia, sin perjuicio de la posibilidad de rescisión consagrada en el art. 1838 del Código Civil.

6.2.1.3. Doctrina

En este acápite sólo se va a hacer referencia a los bienes que hacen parte de la sociedad conyugal y que constituyen el activo líquido que en últimas se va a repartir entre los cónyuges.

En primer lugar, es necesario dar una definición de patrimonio a fin de comprender mejor el concepto sobre el cual descansa la sociedad conyugal: La palabra patrimonio etimológicamente se deriva de patrimonium, conceptualizándose al respecto por los autores en diferentes sentidos, teniéndose entonces los siguientes conceptos de patrimonio:

Para José J. Gómez “ **Es una universalidad compuesta de elementos activos y pasivos de un valor pecuniario radicados en una persona**”(15) que

15 GOMEZ, José J. Bienes. Bogotá : Universidad Externado, 1981. p. 101.

significa “conjunto de bienes derivados del padre de un antepasado constituido como universalidad jurídica”(16).

Según Simón Carrejo “ Es el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de contenido económico que se consideran como integrantes de una universalidad jurídica que tiende a un mismo fin y corresponde a una misma persona” (17).

De estas definiciones se desprenden unos elementos que constituyen las bases sobre las cuales se ha elaborado cada concepto, teniendo en cuenta que cada autor tiene diferentes formas de definir un Instituto Jurídico, y por esto es necesario plantear los pilares básicos en búsqueda de una concepción integral teniendo entonces los siguientes:

- a) Es una universalidad por cuanto está compuesto por cosas presentes y futuras de carácter pecuniario radicadas en una persona.
- b) Esta noción de patrimonio es abstracta toda vez que se habla en general, sin

16 CARREJO, Simón. Derecho Civil : Bienes. Bogotá : Universidad Externado, 1967. p. 46.

17 Ibid., p. 15

llegar a desarrollarse un concepto de patrimonio líquido.

c) El patrimonio se encuentra compuesto de Derechos personales y reales.

d) Tiene un valor netamente pecuniario por lo cual se deduce que quedan excluidos de esta noción los siguientes derechos:

1- Derechos de la personalidad o bienes innatos que hace referencia a la personalidad física y moral del individuo entre los cuales encontramos la vida, la libertad, el honor, estado civil, entre otros.

2.- Los Derechos de potestad y dependencia de una persona con respecto a otros por cuanto el ejercicio de ésta no tiene valor pecuniario.

3.- Derechos llamados políticos como la nacionalidad y el domicilio que son inherentes a su papel como ciudadano de un Estado.

CARACTERISTICAS DEL PATRIMONIO

Tiene un activo que está conformado por todas las cosas corporales, derechos y acciones con valor pecuniario, y un pasivo que hace referencia a obligaciones y deudas con valor económico que gravan ese patrimonio. Es universal, por

cuanto es una garantía de carácter general, y porque incluye no solo los bienes presentes ya adquiridos, sino también los bienes futuros.

6.2.1.3.1 Patrimonio de la Sociedad Conyugal

Esta sociedad de bienes entre cónyuges se forma con la celebración del matrimonio, tal como lo dispone el artículo 13 del Decreto 2820 de 1.974.

El patrimonio de la sociedad conyugal se encuentra compuesto de activo o haber y pasivo social que se explican a continuación:

6.2.1.3.1.1 Activo o haber social

HABER ABSOLUTO

De acuerdo a Roberto Suarez Franco **“está compuesto de todos los bienes que ingresan al patrimonio pura y simplemente y sin contraprestación alguna social en razón de adquisiciones logradas por los esposos a título oneroso, de los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio, así como de los productos de los bienes**

propios y de los bienes sociales” (18).

Se requiere para que un bien sea parte del haber social y por supuesto sea ganancial que haya sido adquirido onerosamente en el matrimonio, con el esfuerzo del cónyuge respectivo, como por ejemplo la adquisición de la casa de habitación durante el matrimonio, que por ser adquirida con posterioridad al nacimiento del vínculo se presume que se hizo con dineros de la sociedad conyugal, y se toma como un bien que va a hacer parte del activo líquido social. Estos bienes se encuentran relacionados en el art. 1781 del Código Civil (19) así:

- a) De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio;

- b) De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios

18 SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. 6 Ed. Santafé de Bogotá : Temis , 1994. p. 337

19 CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 1781.

de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio;

c) De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso;

d) De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

HABER RELATIVO

Frente a este haber absoluto, se encuentra uno relativo que **“está formado por aquellos bienes que por una ficción de la ley ingresan al haber social, su ingreso causa una recompensa en favor del cónyuge empobrecido con el aporte y en contra de la sociedad enriquecida, disuelta la sociedad y en proceso de liquidación es menester reintegrar su valor al cónyuge que los aportó ”(20).**

Este haber relativo se encuentra compuesto según el art. 1781 No. 3 y 4:

a) Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante

20 SUAREZ, Op. cit., p. 345.

él adquire, 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 adquire (sic); quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición;

El haber relativo tiene una característica muy particular que la constituye el no ingreso de los bienes inmuebles adquiridos por alguno de los cónyuges con fecha anterior al matrimonio, a la sociedad conyugal, para que después causen recompensa; entonces solamente se tendrá como haber relativo de acuerdo a lo ya relacionado, los dineros y cualquier bien mueble que se aporte, como un sofá, la cama, etc.

ACTIVO PROPIO DE CADA CÓNYPUGE

Se considera que entran en esta categoría los bienes propios de cada cónyuge, que no forman parte de la sociedad conyugal y por tanto sobre cada bien su titular tiene el Derecho de disposición y administración.

Estos bienes propios son:

1) Bienes inmuebles de propiedad de cada cónyuge al surgimiento de la sociedad conyugal que se relacionan en el art. 1781 ordinales 5 y 6 en concordancia con los ordinales 3 y 4 del mismo artículo.

2) Bienes inmuebles con título anterior, según disposición del art. 1792 (21).

Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de la vigencia de la sociedad conyugal, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ésta;

3) Especies poseídas con títulos viciosos, art. 1792 numeral 2. Trata sobre los bienes que se poseían antes de la existencia de la sociedad conyugal con un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante la vigencia de la sociedad ya sea por ratificación o por otro remedio legal, esto solamente opera en el caso de los bienes inmuebles.

21 Artículo 1792 C.C. "La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella...."

4) Bienes provenientes de nulidad o resolución, numeral 3 art. 1792. Se considera que son bienes propios, aquellos bienes inmuebles enajenados antes de la conformación de la sociedad conyugal y que por sentencia de juez se ha declarado nula esa venta, por lo que el bien retorna a su dueño, el cónyuge, como bien propio; también por resolución del contrato o por haberse revocado una donación.

5) Derechos litigiosos: No ingresan los bienes litigiosos, ni aquellos cuya posesión pacífica haya adquirido uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal, art. 1792 numeral 4.

6) No hace parte el usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo, solo los frutos pertenecerán a la sociedad, numeral 5 del artículo 1.792.

7) Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de crédito constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor, numeral 6 art. 1792.

8) Bienes inmuebles adquiridos por donación, herencia o legado durante la vigencia de la sociedad conyugal siempre que en el título respectivo no se diga otra cosa .

9) Los bienes muebles reservados por los esposos en capitulaciones matrimoniales.

10) Los bienes de uso personal de cada uno de los cónyuges.

11) Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, art. 1783 numeral 3, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.

12) Los créditos que los cónyuges tengan contra la sociedad.

13) Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges en virtud de la subrogación, que es la sustitución de un bien por otro.

6.2.1.3.1.2 Pasivo social

Este pasivo está constituido por todos los créditos y obligaciones contraídas por los cónyuges, y que en forma definitiva o compensatoria debe pagar la sociedad conyugal, porque están destinados a satisfacer las necesidades de la misma, artículo 2 de la ley 28 de 1.932(22), consagrado en el artículo 1.796 así:

“La sociedad es obligada al pago:

- 1) De todas las pensiones e intereses que corra, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad;**
- 2) De las deudas y obligaciones contraídas durante su existencia por el marido o la mujer, y que no fueren personales de aquel o esta, como lo serían las que se contrajeran por el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.**

La sociedad por consiguiente es obligada con la misma limitación, al lasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por cualquiera de los cónyuges.

22 Artículo 2 de la Ley 28 de 1.932: “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”.

- 3) De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello;
- 4) De todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge;
- 5) Del mantenimiento de los cónyuges, del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia”.

El pasivo puede ser:

ABSOLUTO

Formado por las obligaciones que contrae el cónyuge, y que vienen a ir en contra de la sociedad conyugal, como por ejemplo la adquisición de un crédito hipotecario a favor de una entidad Bancaria, que ha dado un préstamo al cónyuge a fin de que se pueda comprar un terreno, o una casa de habitación que va a ser parte del activo de la sociedad conyugal, esa deuda la asumirá la sociedad conyugal y se descontará si no se ha cancelado en el momento del trámite liquidatorio.

RELATIVO

Obligaciones contraídas por cada cónyuge que van a beneficiarlo a él y que sin embargo, la sociedad conyugal debe pagar esa suma, posteriormente se constituirá en recompensa a favor de la sociedad conyugal y en contra del cónyuge. Es este el caso de una obligación adquirida con una empresa de remodelación, en la cual la misma se comprometió a arreglar un inmueble de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, y éste a pagar una suma de dinero, obligación que al ser pagada por la sociedad conyugal, da derecho para exigir su pago al cónyuge beneficiado.

6.2.1.3.1.3 Recompensas

Según Suarez Franco **“son créditos que el marido, la esposa o la sociedad pueden reclamarse entre sí en la liquidación de la sociedad conyugal por haber ocurrido desplazamiento patrimonial o pago de obligaciones en favor o en contra de la sociedad o de los cónyuges” (23)**

23 SUAREZ, Op. cit., p. 378

Teniendo en cuenta el texto de Suarez Franco, las recompensas pueden ser:

1- Sociedad conyugal debe a los cónyuges:

1.1. Por aporte de bienes muebles a la sociedad conyugal

1.2. Venta de un bien propio perteneciente a uno de los esposos

1.3 En el caso de la subrogación, cuando el valor del bien inmueble propio excede el valor del bien adquirido, por ejemplo se vende en \$ 10.000.0000, y se compra otro por valor de 7'000.000, quedando empobrecido el cónyuge en \$ 3'000.000, valor este último que debe pagar la sociedad conyugal al cónyuge, por cuanto se presume que esos \$3'000.000 entraron al activo de la misma.

1.4. Dinero que pertenece a uno de los cónyuges, con el que se satisfacen deudas comunes.

2- El cónyuge o cónyuges deben a la sociedad conyugal

2.1. Pago de deudas personales por la sociedad.

2.2. En la subrogación cuando el precio de la compra es mayor que el de la venta, se entiende que ese exceso fué pagado por la sociedad conyugal.

2.3. Toda donación que hiciere cualquier cónyuge de bienes pertenecientes al haber social

2.4. Erogación de la sociedad en gastos de uno de los cónyuges (art. 1801, 1802.)

3. Los cónyuges se deben entre sí.

3.1. Uno de los cónyuges con dinero propio paga la deuda del otro.

3.2. Daño que sufra uno de los cónyuges en sus bienes propios a consecuencia de una acción donde ha mediado dolo o culpa grave del otro.

3.3. Bienes propios de uno de los esposos que se destinan a pagar mejoras en los bienes del otro.

Al momento de la liquidación de las recompensas se puede dar el caso que el

cónyuge resulte deudor de la sociedad o la sociedad deudora del cónyuge, teniendo en este último caso el cónyuge plazo de un año para hacer efectiva la recompensa.

6.2.1.3.2 Disolución de la Sociedad Conyugal

La disolución implica el acaecimiento de un hecho jurídico que pone fin a la sociedad conyugal aunque las situaciones jurídicas existentes en razón de las mismas subsisten hasta que no se efectúe la liquidación de la sociedad conyugal.

Causales estipuladas en el art. 25 de la ley 1 de 1.976 (24) y recogidas en el artículo 1820 que son:

- 1- Por la disolución del matrimonio
- 2- Por la separación judicial de cuerpos.
- 3- Por la sentencia de separación de bienes
- 4- Por la declaración de nulidad del matrimonio salvo en el caso de que la nulidad se haya declarado con fundamento en lo dispuesto en el numeral 12 del

24 Ley primera de 1976 expedida en Diciembre 15 de 1.975

art. 140 del C.C(25) pues en este evento no se forma sociedad conyugal.

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

1) Por disolución del matrimonio

Las formas de disolución del vínculo matrimonial son diferentes según se trate de un matrimonio católico, que uno civil en el primero de estos solo se disuelve por muerte real de uno de los cónyuges, o por anulación.

En el matrimonio civil el art. 1 de la ley 1 de 1.976, en concordancia con el Decreto 1900 de 1.989 considera que son las siguientes las formas como se puede disolver ese vínculo:

1.1. Por muerte real, así como el matrimonio se forma por la unión de dos personas y con ella se da inicio a la sociedad conyugal (salvo que estén casados

25 Artículo 140 numeral 12 del Código Civil "Cuando respecto del hombre o de la mujer o de ambos estuviere subsistente un vínculo anterior".

en el exterior), el vínculo finaliza cuando muere uno de los cónyuges, por lo que es en la sucesión del fallecido en la cual se forma una comunidad de bienes o gananciales objeto de liquidación por mitad para cada cónyuge, a fin de proceder a hacer el sucesorio respectivo.

1.2. Por muerte presunta, se considera que existe tal cuando una persona desaparece por un término de dos años, caso en el cual se debe declarar la muerte por desaparecimiento, mediante el procedimiento consagrado en el art. 657 del C.P.C.(26)

1.3. Por divorcio judicialmente decretado, se considera que hay un rompimiento o destrucción del vínculo matrimonial por alguna de las causales de divorcio consagradas en el art. 6 de la ley 25 de 1.992, que puede ser de mutuo acuerdo o contencioso.

1.4. Por divorcio ante Notario, hace relación a la posibilidad de un divorcio para aquellos matrimonios que estén separados de cuerpos por dos años o más,

26 Artículo 657 del C.P.C. consagra el proceso de jurisdicción voluntaria de presunción de muerte por desaparecimiento.

ya sea por vía judicial o formalizado ante notario, teniendo los mismos efectos del divorcio relacionado en el acápite anterior.

2) Por la separación judicial de cuerpos

Tiene como consecuencia no disolver el vínculo matrimonial, pero si suspender la vida en común de casados, disuelve la sociedad conyugal mediante un procedimiento adelantado ante el juez de familia.

3) Por la sentencia de separación de bienes

Según el artículo 197 del Código Civil es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial y por disposición de la ley, siempre que se demuestre alguno de los hechos que dan lugar a las causales previstas en el artículo 26 de la ley 1 de 1.976.

4) Por declaración de nulidad del matrimonio

En este caso la sociedad conyugal se entiende disuelta a partir de que la

sentencia queda en firme, por cuanto el matrimonio nulo da origen a la sociedad conyugal a excepción de que su declaración haya sido hecha con fundamento en el art. 12 del artículo 140 del C.C., pues en ese evento no se forma sociedad conyugal.

5) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces

Debe ser elevado a escritura pública, incorporándose en su cuerpo el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

Esta escritura debe ser registrada para efectos de oponibilidad y la disolución por esta causal no exime de que los cónyuges respondan solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de esa escritura.

6.2.1.3.2.1. Efectos de la disolución de la Sociedad Conyugal

El primero y más importante de los efectos es que se forma una comunidad de bienes, que viene a ser administrada por todos los comuneros, esa comunidad

se va a conformar de todos los activos y pasivos sociales y frente a los bienes propios de los cónyuges cesa el derecho de usufructo sobre ellos y se hacen exigibles las recompensas.

La sociedad conyugal pasa del Estado de latencia a una realidad jurídica incontrovertible, toda vez que con la realización del matrimonio, los cónyuges pueden administrar libremente los bienes sociales, sin que existan limitaciones, considerándose que es el momento de la liquidación el apropiado para hacer efectiva esa sociedad. Se procede entonces, a distribuir los bienes existentes al momento de la liquidación pues se considera que hacen parte de la sociedad conyugal.

6.2.1.3.3. Liquidación

“Es el conjunto de operaciones que debe hacer el liquidador para llegar a obtener la masa partible y adjudicarla por partes iguales a los cónyuges”. (27). La liquidación no fué reformada por la ley 28 de 1.932, consagrándose en su artículo cuarto con las mismas características del régimen

27 GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia. Santafé de Bogotá : Temis, 1992. p. 440

anterior, señalando: “En caso de liquidación de que trata el artículo primero de esta ley, se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente el pasivo respectivo”.(28). Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo código.

ETAPAS, según Suarez Franco

- 1- Facción o confección de un inventario
- 2- Determinación del avalúo de los bienes inventariados.
- 3- Formación de activo bruto social
- 4- Determinación del pasivo social
- 5- Establecimiento del haber líquido social
- 6- Liquidación de recompensas
- 7- Fijación de gananciales y su distribución.

En primera instancia se considera necesario hacer un inventario en el cual se relacionan todos los bienes tanto muebles como inmuebles, así como los

28 SUAREZ, Op. cit., p. 418.

activos y pasivos que tenga la sociedad conyugal. Posteriormente se determina el avalúo de los bienes que puede ser presentado por los cónyuges, si la disolución de la sociedad conyugal se realiza de mutuo acuerdo, o si es por el juez a través del perito constituido para tal fin.

Seguidamente se forma el haber bruto inventariado, que resulta de una operación aritmética consistente en sumar los valores de los bienes muebles e inmuebles valuados previamente, para después determinar el pasivo de la sociedad.

Estos valores se toman para que al activo bruto se le reste el pasivo quedando en últimas el haber líquido social, al cual se le suman o restan las recompensas, según el caso de que un cónyuge le deba al otro, o la sociedad conyugal le deba al cónyuge, o viceversa, surgiendo el activo a repartir.

Ese valor va a constituir los gananciales, y por tanto, si los hay se va a distribuir, por partes iguales entre los cónyuges, y posteriormente esa suma es pagada adjudicando bienes de la sociedad conyugal.

EJEMPLO DE LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL

José Ortiz y Marina Rangel contraen matrimonio el 15 de noviembre de 1.985, separándose de bienes el 5 de febrero de 1.998.

Anterior al matrimonio José Ortiz poseía una casa ubicada en el barrio Los Naranjos la cual había sido heredada de su padre, y a su vez Marina Rangel tenía en una cuenta de ahorros la suma de 1'000.000 producto de sus ahorros de toda la vida.

Durante el matrimonio:

José Ortiz:

Adquiere una casa por valor de 30'000.000, de los cuales pagó 20'000.000, quedando sobre los 10'000.000 restantes una deuda con una entidad Bancaria sobre la cual se constituyó garantía hipotecaria.

Hereda de la sucesión de su madre una finca denominada "Los Remolinitos" cuyo valor es de \$ 60'000.000.

Marina Rangel:

Compra un vehículo por valor de \$ 5.000.000.

Tiene cuentas bancarias por valor de \$30'000.000, incluyendo en este valor la suma de \$1'000.000 que ella tenía al momento del matrimonio.

Al momento de liquidarse la sociedad conyugal como consecuencia de la separación de bienes decretada por el juez, los cónyuges poseen lo siguiente:

José Ortiz:

La casa adquirida la conserva con la deuda disminuida a un valor de 5'000.000, siendo hoy en día el valor del inmueble la suma de 60'000.000, y conserva la finca que recibió por herencia con el mismo valor.

Marina Rangel:

Posee solamente cuentas bancarias por valor de \$15'000.000.

Liquidación

1. Inventario y avalúo:

1.1. Activo social

| | | |
|-------------------------------------|------------|--|
| 1.1.1. Casa ubicada en los Naranjos | 60'000.000 | |
|-------------------------------------|------------|--|

| | | |
|--------------------------|------------|--|
| 1.1.2. Cuentas bancarias | 15'000.000 | |
|--------------------------|------------|--|

| | | |
|-------------------|--|------------|
| Suma activo bruto | | 75'000.000 |
|-------------------|--|------------|

1.2. Pasivo social

| | | |
|---------------------|-----------|-----------|
| Crédito hipotecario | 5'000.000 | 5'000.000 |
|---------------------|-----------|-----------|

| | | |
|-----------------------|--|------------|
| Activo líquido social | | 70'000.000 |
|-----------------------|--|------------|

2. Liquidación de recompensas

2.1. A favor de la sociedad conyugal

No existen.

2.2. En contra de la sociedad conyugal

| | | |
|-------------------------------------|--|------------|
| A favor de Marina Rangel la suma de | | -1'000.000 |
|-------------------------------------|--|------------|

| | | |
|-----------------------|--|------------|
| Suman los gananciales | | 69'000.000 |
|-----------------------|--|------------|

3. Distribución de gananciales

| | | |
|------------|------------|--|
| José Ortiz | 34'500.000 | |
|------------|------------|--|

| | | |
|---------------|------------|--|
| Marina Rangel | 34'500.000 | |
|---------------|------------|--|

4. Adjudicaciones

| | | |
|-----------------------------------|------------|------------|
| José Ortiz | | |
| Por gananciales | 34'500.000 | |
| Marina Rangel | | |
| Por gananciales | 34'500.000 | |
| A título de recompensa | 1'000.000 | |
| Suma | 35.500.000 | |
| Valor total de las adjudicaciones | | 70'000.000 |

Nota: La finca "Los Remolinitos" que recibió por herencia José Ortiz, no ingresa en la sociedad conyugal, por ser un bien propio.

6.2.2 Sociedad Patrimonial

6.2.2.1 Normatividad

Desde la época de la colonia, se hablaba de una unión extramatrimonial de hecho, considerándose que la misma no podía tener efecto alguno, por lo cual la legislación española se limitó en su labor a adjudicar consecuencias de carácter religioso a esas uniones, consagrándose en la Real Cédula de Felipe II (29) la excomunión a quienes vivían en concubinato.

Posteriormente, vino una época de codificación en la cual la ley 26 de Mayo de 1.873 que constituyó el Código Civil de la Unión en el artículo 329 hace relación a la concubina, diciendo que *“era la mujer que vivía con un hombre públicamente como si fueran casados, siempre que uno y otro estuvieren solteros o fueren viudos”*, esta figura no enunciada en el Código Civil de Chile inspirador del Código Civil Colombiano viene a ser una innovación en la normatividad.

29 Real Cédula de Felipe II. Citado por: LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia. Santafé de Bogotá : Librería del Profesional, 1992. p. 17.

El concubinato fué posteriormente castigado llamandosele amancebamiento en materia penal que se definía para efectos del Código de 1.890, como el hecho de que dos personas de diferente sexo, sin ser casadas, hicieren vida como tales, de una manera pública y escandalosa; esto se reforma en parte por la ley 45 de 1.936(30) en relación a los hijos producto de las relaciones concubinarias dándoles un reconocimiento por la ley.

La ley 90 de 1.946 que estableció el seguro obligatorio constituyó un gran avance en materia del concubinato, toda vez que se dió la posibilidad de la concubina de ser beneficiaria de las prestaciones e indemnizaciones causadas por la muerte o invalidez del concubino considerándose que la concubina entraba a falta de la viuda a reclamar ese derecho, siempre y cuando se tratara de un concubinato perfecto es decir aquellas personas que sin limitaciones para casarse no lo quisieran hacer, y prefirieran vivir libremente. Esta consagración de Derechos se reafirman y amplían con la ley del 12 de Diciembre de 1.975.

Posteriormente se expidieron varias leyes que trataban factores de gran importancia en el concubinato, sin que existiera una ley exclusiva que lo

30 Ley 45 de 1.936 de fecha febrero 21 de 1.936.

regulara, surge por ello la necesidad de reglamentar esas uniones libres que poco a poco se iban haciendo más comunes en el territorio, promulgándose la ley 54 de 1.990 (31) que le dió una nueva denominación a esa relación como unión marital de hecho y a las personas que la componían los llamó compañero y compañera permanente, se estableció además, una nueva figura en la legislación cual era la sociedad patrimonial. Esta ley contiene una reglamentación de la Sociedad Patrimonial desde su constitución hasta la disolución, dejándose atrás la concepción de sociedad de hecho entre concubinos que se había desarrollado anteriormente.

Esta nueva ley, trajo consigo la posibilidad de declarar judicialmente la sociedad patrimonial, a partir de la presunción de la misma toda vez que se estuviera en las circunstancias enumeradas por el artículo segundo de la misma, cuales eran:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

31 Ley 54 de 1.990 de fecha Diciembre 28 de 1.990

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

6.2.1.2 Jurisprudencia

Antes de la reglamentación de la ley 54 de 1.990, en la jurisprudencia se trató de llenar los vacíos que se producían en cuanto al concubinato, y las consecuencias jurídicas y económicas que se podían derivar de esa figura.

Es por ello que en Jurisprudencia de Octubre primero de 1.953(32) se retoman los planteamientos que ya se habían desarrollado en la sentencia del 30 de Noviembre de 1.935(33), que es la base de la regulación del régimen patrimonial

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Gaceta Judicial. Bogotá. T. 76. p. 481-486.

33 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Gaceta Judicial. Bogotá. T. 42. p. 151-158, 476-485. conc. 30 de Marzo de 1.954 .T. 77. p. 154-159, 26 de Marzo de 1.958. T. 87 p. 490-503. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. Siete de Febrero de 1.990. T. I. p. 250-260, Auto de Julio 16 de 1.992. T. II. p. 790-791.

entre concubinos en la que se plantean las bases de la interpretación hacia el futuro sobre sociedad de hecho entre concubinos, considerándose por la Corte Suprema de Justicia que si la sociedad de hecho entre amancebados tiene por objeto fomentar o prolongar el concubinato, habría causa ilícita.

Se requiere que el concubinato forme una sociedad de hecho que se pruebe, para que se distinga entre lo que es el simple resultado de una común actividad de los concubinos en una empresa con ánimo de lucro, de lo que es una común vivienda e intimidad extendida al manejo, conservación, y administración de los bienes de uno y otro, siendo entonces necesario demostrar esa colaboración a través de los diferentes medios de prueba.

Este criterio es tomado por la Corte varias veces⁽³⁴⁾ a fin de acreditar la sociedad de hecho entre concubinos, toda vez que en una sociedad de hecho, no es necesario que exista un capital inicial para las actividades a desarrollar y menos cuando se trata de concubinos, pues los aportes pueden consistir en una asociación de servicios, por lo cual debe entrarse a reconocer en la existencia

34 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Gaceta Judicial. Bogotá. T. 42. p. 151-158, 476-485.

de una sociedad de hecho, que el ánimo de asociarse no es expreso, sino que se deduce de una serie de operaciones realizadas por cada uno de los concubinos.

Es por esto que la Corte ha considerado que una simple colaboración transitoria, en cuanto que un concubino ayude al otro en las labores de la casa, preparándole los alimentos, arreglándole la ropa, entre otros, sin que exista una común actividad de negocios conjuntos entre los concubinos, ni intervención por parte de uno en los negocios del otro, no genera la existencia de una sociedad de hecho entre ellos.

En sentencia del 18 de Octubre de 1.973(35) que reviste gran importancia por cuanto la Corte hace referencia a los efectos que tiene la vida en común tanto en la sociedad conyugal como en la sociedad de hecho, las partes hicieron vida marital por cuarenta años aproximadamente hasta la muerte del concubino, por lo cual la concubina solicitó que se reconociera la existencia de una sociedad de hecho entre ellos, porque además de hacer vida marital, adquirieron bienes

35 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. En : Gaceta Judicial. Bogotá. T. 147 p. 87-95.

producto del esfuerzo y trabajo de ambos, que figuraban a nombre del hombre por la natural tendencia a considerar que sólo el hombre es apto para desarrollar labores de administración y disposición, entre otras. La Corte consideró que en el único caso en el cual surge una comunidad de bienes por ministerio de la ley es en el matrimonio, dándose origen a la llamada sociedad conyugal, la cual al disolverse se *“procederá a su liquidación y aunque uno de los consortes probare que el otro en nada colaboró a la formación del haber social, ambos tendrán derecho igual para que el acervo social líquido se les adjudique por mitades, como expresamente lo establece el artículo 1.830 del Código Civil”*, la sociedad conyugal no surge por la voluntad de los casados, por tanto ella es engendrada del matrimonio sin el cual no puede existir, porque no tiene vida autónoma, basta entonces con probar estar unidos en legítimas nupcias, a diferencia de las uniones que surgen por un hombre y una mujer no casadas entre sí por cuanto estas como lo ha reiterado la Corte requieren tener todos los elementos constitutivos del contrato social, es decir la *affectio societatis*, los aportes recíprocos, y el propósito de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resulten.

Así, se requiere probar todos esos aspectos, y en el caso sub examine la Corte

consideró que se encontraban probados todos esos elementos por cuanto la concubina había contribuido en la formación de ese activo, además que había tenido la intención de asociarse, buscando obtener un beneficio con ello.

Con la ley 54 de 1.990, le basta probar al compañero permanente la prolongación de las relaciones concubinarias en el tiempo para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial, por lo que mientras para el régimen anterior que podría llamarse jurisprudencial las relaciones concubinarias no eran aptas para denotar la existencia de la sociedad de hecho, para éste nuevo régimen, esas relaciones son la fuente misma de la comunidad patrimonial, llamada unión marital, siendo esta la nueva posición de la Corte(36)

En sentencia de la Corte Constitucional, Sala plena de marzo 21 de 1.996(37) , se establecieron las distinciones que debían hacerse entre la sociedad conyugal, y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, existiendo entonces diferencias en cuanto al trámite procesal de la liquidación judicial de uno y otro

36 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Civil. Auto de Agosto 25 de 1.992. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. II. p. 917-918.

37 CORTE CONSTITUCIONAL : Sala Plena. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. I. p. 753-761 concordante con T. I. 27 de Marzo de 1.976 p. 762-771.

tipo de sociedad, que no implica discriminación contraria a la igualdad, toda vez que la igualdad consagrada en la Constitución no debe entenderse como absoluta sino como relativa, por lo que el art. 42, solamente hace referencia es al matrimonio, sin prever nada en relación con la unión marital de hecho.

En sentencia de la Corte Constitucional del 12 de agosto de 1.992(38), en virtud de una acción de tutela por la compañera permanente quien había convivido con un señor durante aproximadamente 24 años, ejerciendo además posesión sobre el 50% del inmueble que había sido adquirido por su compañero y habitado por ambos, solicitó que se reconociera el derecho que ella tenía sobre ese bien, frente a lo cual la Corte consideró que en lo referente a la posesión se le vulneraban sus derechos al debido proceso y de defensa, viéndose despojada de un bien, sin haber podido actuar en procurar de evitar esa actuación.

En relación a la sociedad de hecho, la Corte consideró (en referencia a) las afirmaciones de la compañera permanente que durante ese tiempo desempeñó las labores domésticas del hogar, colaboró en actividades comerciales, cuidó

38 CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera de Revisión. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. II. p. 984-993

permanentemente la salud del compañero debiendo trabajar fuera de la casa para contribuir a su sostenimiento. La sala reconoció especialmente el trabajo doméstico que realizó, dándole a ello un valor, por cuanto de acuerdo a tratadistas expertos en el tema, debe tenerse en cuenta, por estar ligada esta labor a la economía de la Nación, se decidió con base en lo anterior, que se había vulnerado el derecho de no discriminación a la mujer consagrado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, al no habersele dado el valor que tiene el trabajo de la mujer en la casa. Decidiendo la Corte además de lo anterior que: *“En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que exista realmente trabajo doméstico en las relaciones entre hombre y mujer, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá CARÁCTER OBLIGATORIO para las autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2591 de 1.991”*.

En mayo 12 de 1.993 (39) la Corte Constitucional consideró en relación a la

39 CORTE CONSTITUCIONAL : Sala Segunda de Revisión. Febrero 6 de 1.997. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. I. p. 468-473. Sala Tercera de Revisión Mayo 12 de 1.993. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. I. p. 698-700. Sala Quinta de Revisión Diciembre 2 de 1.994. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. I. p. 213-215.
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA : Sala de Casación Laboral. Julio 1 de 1.993. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. II. p. 739-740. Sala de Casación Laboral. Marzo 27 de 1.995. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. I. p. 510-511. Sala de Casación Laboral. Marzo 6 de 1.995. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. II. p. 580-510. Sala de Casación Laboral. Diciembre 13 de 1.996. En : Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. T. I. p. 133-139.

modificación en materia de pensiones a favor de la compañeras permanentes que *“La Ley 190 de 1.946 consagró el derecho de pensión de invalidez o muerte en favor de la concubina, en ausencia de la viuda, siempre que se demostrara que la mujer había hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a la muerte del trabajador. Posteriormente, la Ley 12 de 1.975 creó una pensión especial para sobrevivientes consistente en reconocer a la cónyuge o a la compañera permanente la pensión del trabajador que teniendo derecho a esta prestación falleciere antes de cumplir la edad requerida por la ley. El legislador extendió a la compañera permanente la protección antes restringida a la viuda (L. 33 de 1.973) y colocó al cónyuge legítimo y a la compañera permanente en un mismo pie de igualdad respecto del derecho a la pensión de jubilación, pero en un orden de precedencia excluyente, de manera que a falta de la primera - por muerte o abandono atribuible a la cónyuge - la segunda pasa a ocupar su lugar para efectos de la sustitución pensional. Finalmente, la ley 113 de 1.985 extendió a la (el) compañera(o) permanente el derecho a la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado o con derecho a jubilarse. De esta forma se puso fin a la discriminación en materia prestacional contra las personas que conviven en unión de hecho y sobre esta realidad erigen una familia”*.

El 19 de mayo de 1.994, la Corte Constitucional (40) dijo que antes de la expedición de la Ley 54 de 1.990 existía un vacío en la normatividad referente a las uniones maritales de hecho, por cuanto la época en la cual se adoptó el Código en Colombia existía una moral que rechazaba todas aquellas uniones que no devinieran del rito católico, encargándose entonces la Corte Suprema de Justicia a través de la jurisprudencia de hacer justicia en el caso de las uniones libres, consagrando la teoría de la sociedad de hecho entre concubinos que rigió hasta la ley 54 de 1.990.

Con la expedición de la citada ley se le dan consecuencias económicas a la unión marital de hecho, haciendo de esta unión el supuesto de hecho de la presunción simplemente legal que permite declarar judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, viniendo a regir simplemente hacia el futuro, sin tener efectos retroactivos, y por ende no se aplica a relaciones concubinarias anteriores a la vigencia de la misma, sin violarse con ello el principio de igualdad del artículo 42 de la Constitución Nacional, por cuanto la Constitución no consagra la absoluta igualdad entre el

40 CORTE CONSTITUCIONAL. En: Gaceta Jurisprudencial. Bogotá. p. 108-112.

matrimonio y la unión marital de hecho, limitándose la aplicación de dicho artículo solamente al matrimonio.

Es al juez al que le corresponde en cada caso concreto, determinar la aplicación de la ley 54 de 1.990, siendo este asunto de interpretación de ley, sin tener nada que ver con la inexecutableidad.

En sentencia de abril 29 de 1.996(41), el demandante pretendía que la Corte Constitucional reformara una serie de normas que se refieren a los cónyuges, a la sociedad conyugal, a la porción conyugal, etc., y dispusiese que ellas versaran además, sobre los compañeros permanentes para que le sean aplicables a estos últimos también, basando su petición en que la Constitución consagró la igualdad entre el matrimonio y la unión libre. Frente a lo cual la Corte expresó que la Constitución no ha establecido dicha igualdad pues considera que son dos Instituciones diferentes, difiriendo las situaciones jurídicas de los cónyuges y de los compañeros permanentes, razón por la cual el juez constitucional no puede crear una igualdad entre quienes la propia Constitución consideró de diversa forma.

41 CORTE CONSTITUCIONAL. En : Gaceta Jurisprudencial. Bogotá. p. 94-98.

El cuatro de febrero de 1.998 (42) la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz resolvió dos demandas de inconstitucionalidad acumuladas, siendo importante el estudio de la demanda presentada por Cecilia Navarro Reyes quien demandó la inconstitucionalidad del párrafo (parcial) del artículo tres de la Ley 54 de 1.990 por considerarlos violatorios de los artículos 13 y 58 de la Constitución Política.

La actora considera que esas disposiciones vulneran el derecho de igualdad por cuanto en el artículo tercero de la Ley 54 señala que los bienes que entren a formar aporte de la sociedad patrimonial son “exclusivamente los provenientes del trabajo, ayuda y socorro mutuos”, contradiciéndose ello con el párrafo del artículo tercero que señala el mayor valor de los bienes sociales y de los propios de cada cónyuge entran a formar parte de la sociedad patrimonial, planteándose condiciones desiguales en relación a la sociedad conyugal por cuanto la misma no estipula en su articulado que ese mayor valor de los bienes propios también acrezca la sociedad conyugal, se concluye entonces que, se establece un régimen distinto para las dos clases de sociedades.

42 CORTE CONSTITUCIONAL. En : Unidad de Formación e Información Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

La Corte consideró que el texto acusado señala es "que a la sociedad patrimonial ingresará el mayor valor que produzcan los bienes propios durante la unión marital de hecho. Empero, la mera actualización del precio de un bien, como resultado de la tasa de devaluación de la moneda, no constituye un producto de la cosa, pues de esa valorización monetaria no se deduce que el poseedor del bien haya acrecentado realmente su patrimonio. Para poder hablar de que un bien ha producido un mayor valor es necesario que se pueda constatar un incremento material de la riqueza de su propietario. Evidentemente, esa situación no se presenta en este caso".

Por tanto se declara la constitucionalidad de la norma acusada toda vez que la valorización de los bienes propios de los convivientes, por causa de la corrección monetaria, no ingresa a la sociedad patrimonial.

6.2.2.3 Doctrina

6.2.2.3.1 Patrimonio de la Sociedad Patrimonial

La ley 54 de 1.990, considera que la unión marital de hecho, "es la formada

entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”(43), noción que se ha tenido en cuenta para definirla como “Aquella unión de hecho voluntaria de un hombre y una mujer que con fines heterosexuales y de ayuda mutua, hacen una comunidad de vida permanente y singular.(44)

Antes de la expedición de la ley 54, no existía una definición clara acerca del concubinato como tal, aventurándose muchos doctrinantes a establecer sus propias definiciones y clasificaciones de acuerdo al criterio personal.

6.2.2.3.2 Efectos que surgen por la unión marital de hecho

EFFECTOS JURÍDICOS

Al tener la unión marital de hecho un reconocimiento legal , surgen efectos relacionados con las personas y los bienes.

43 LAFONT, Op. cit., p. 92.

44 Ley 54 de 1.990.

Efectos de orden personal

Principalmente estos efectos radican en el nacimiento de un vínculo marital en la medida en que los compañeros se unen en una comunidad de vida marital, que a diferencia del vínculo matrimonial que une a los cónyuges es independiente de la comunidad doméstica matrimonial.

Cada integrante de esa unión marital de hecho, adquiere un status jurídico de compañero, que no requiere registro toda vez que no se origina un nuevo estado civil por su calidad de compañero.

A pesar de ello, surgen consecuencias jurídicas de la vida marital de hecho, entre estos es necesario resaltar el débito marital, la fidelidad marital, vida común, respeto entre sus integrantes, socorro y ayuda mutua, traduciéndose esto último en dos campos a saber;

a) Moral

Buscando el mantenimiento de la unión y la superación de dificultades y

problemas familiares, quedando entre estos el amor, tolerancia, solidaridad, atención y colaboración, educación o instrucción, etc.

b) Material

Hace referencia al deber de contribuir mancomunadamente al sostenimiento siempre que subsista esa unión.

Efectos de orden económico:

El principal efecto que se genera por la unión marital de hecho es la existencia de una sociedad patrimonial que afecta los bienes pertenecientes a esa unión, similitud con la sociedad conyugal que se origina por el hecho del matrimonio, por cuanto ninguna de las dos son personas jurídicas y ambas están conformadas por una masa común, distinta del patrimonio propio de los compañeros y de los cónyuges respectivamente.

6.2.2.3.3 Sociedad Patrimonial

DEFINICIÓN

Es un conjunto de bienes, “**activos y pasivos que por fundarse en el esfuerzo comunitario hacia las ganancias, la ley los define para que los compañeros permanentes por partes iguales participen en esta última**”(45).

La ley 54 de 1.990 en el artículo tercero consagra expresamente las circunstancias en las cuales se presume la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por tanto la posibilidad de que se le declare judicialmente estableciendo lo siguiente:

“a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer, sin impedimento legal para contraer matrimonio.

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos

45 Cfr. Lafont, Op. cit., p.193, 267-275.

años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”

6.2.2.3.3.1 Activo Social

Según Lafont Pianetta (46) es la masa de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes que difiere del activo propio o exclusivo de ellos, y está conformado por activo bruto e imaginario.

ACTIVO ABSOLUTO o bruto, llamado así por Lafont.

“Se encuentra representado por el conjunto de bienes que realmente existen al momento de la disolución de la sociedad patrimonial, pertenecientes a cada uno de los compañeros permanentes y con carácter social”(47)

46 Cfr. LAFONT, Op. cit., p.323.

47 Ibid., p. 323

Este activo se encuentra conformado por:(48)

- a) Adquisiciones en virtud de trabajo o esfuerzo personal, consagrado en el artículo 3 de la ley 54 de 1.990.
- b) Frutos y rendimientos de bienes, parágrafo artículo 3 de la ley 54 de 1.990.
- c) Adquisiciones a título oneroso que haga cualquier compañero.
- d) Incrementos materiales (accesión) o inmateriales (good will) de los bienes sociales.
- e) Muebles en poder de los compañeros al momento de la disolución.
- f) Bienes que debieron adquirirse durante la sociedad, y que por diferentes causas su adquisición se hizo posteriormente a su disolución.
- g) Bienes aportados en capitulaciones con la obligación de restituirse al momento de disolverse la sociedad patrimonial.

ACTIVO RELATIVO o imaginario

“Lo componen aquella serie de bienes que realmente no existen a la

48 Cfr. LAFONT, Op. cit., p.324

disolución, sino que imaginariamente, son reemplazados por derechos de recompensa o acumulaciones, que se efectúan al momento de la liquidación correspondiente". (49)

La regulación de la ley 54 de 1.990 en lo que hace referencia a los componentes de la sociedad patrimonial presenta vacíos, que se han llenado con las normas aplicables a la sociedad patrimonial basándonos en la remisión que hace la misma ley en su artículo 7 a que se tenga en cuenta los artículos del Código Civil en lo que no regula expresamente dicha ley 54 .

Es por ello que el activo relativo en este caso, se desarrolla dentro del concepto que se tiene para la sociedad conyugal, dándose la posibilidad en la sociedad patrimonial de que existan recompensas en los casos en que alguno de los compañeros logra un enriquecimiento de sus bienes personales, o que la sociedad patrimonial se enriquece a cambio del empobrecimiento, en el primer caso de la sociedad misma, y en el segundo de uno o los dos compañeros permanentes.

49 LAFONT, Op. cit., p.326

ACTIVO PROPIO

Según lo consagrado en el artículo tercero, parágrafo único **“no formarán parte del haber de la sociedad los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho”**(50).

De este activo propio el compañero permanente tendrá completa administración y disposición de los mismos, y no se tiene en cuenta al momento de liquidarse la sociedad patrimonial, al igual que ocurre para el activo propio de los cónyuges. El cuestionamiento que se debe hacer radica en, si en el artículo tercero, parágrafo único que consagra lo que viene a ser activo propio, tiene aplicabilidad alguna todas las disposiciones que hizo el legislador en lo que hace referencia al activo propio en la sociedad conyugal? La respuesta queda a la interpretación del juez mismo, quien es el que podrá determinar si esas normas se aplican o no a la sociedad patrimonial en el momento de decidir una

50 LAFONT, Op. cit., p.327

situación en particular.

6.2.2.3.3.2 Pasivo social

PASIVO ABSOLUTO o externo

Compuesto por todas las obligaciones sociales de los compañeros permanentes con terceros.

Según Lafont Pianetta⁽⁵¹⁾ está conformado por:

a) Las cargas familiares que hace referencia al mantenimiento de los compañeros permanentes, mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda otra carga de familia, de acuerdo a la remisión expresa que hace el artículo 7 de la ley 54 de 1.990 a la normatividad de la sociedad conyugal.

b) Deudas para adquisiciones legales sociales, en cuanto la misma sólo

51 LAFONT, Op. cit., p.329-330

conlleve beneficios para la sociedad patrimonial. (arts. 7 de la ley 54 de 1.990 y 1.796 numeral 2 C.C.)

c) Cargas usufructuarias, refiriéndose a las obligaciones que surjan para poder usufructuar la cosa.

PASIVO RELATIVO o interno

“Se integra por las deudas sociales que asume la sociedad frente a uno o ambos compañeros permanentes, por concepto de las recompensas que aquellas salen debiendo en favor de estos últimos, debido al enriquecimiento que aquélla obtiene a costa del patrimonio exclusivo de los compañeros tal como pueden surgir (arts. 7 Ley 54 de 1.990) de las subrogaciones reales (art. 1790 C.C.), de la apropiación de dineros de venta de bienes propios (art. 1797 C.C.) del pago del pasivo social con bienes propios”(52).

52 LAFONT, Op. cit., p.330

6.2.2.3.4 Disolución de la Sociedad Patrimonial

El artículo quinto de la ley 54 de 1.990, establece unas causas específicas por las cuales se puede disolver la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y estas son:

1) Muerte real

2) Muerte presunta

3) Matrimonio de los compañeros con terceros, toda vez que se requiere que los compañeros permanentes no estén casados, a fin de poder hablarse de unión marital de hecho.

4) Matrimonio subsiguiente entre los compañeros.

Teniendo en cuenta el art. 2 de la ley 54 , que exige que las personas no estén casadas, pero si están casadas entre sí **“a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio entre terceros, cuando el matrimonio es entre la misma pareja no hay la necesidad de que se liquide anterior sociedad patrimonial porque**

precisa la comunidad de vida continua bajo el matrimonio y será a la disolución de la sociedad conyugal cuando realmente aparezca la firme necesidad de que se liquide la sociedad conyugal subsiguiente”(53). La liquidación de esas sociedades puede darse por separado o conjunta.

5) Mutuo consentimiento

Es un negocio solemne que requiere pre-existencia social cierta, es decir que la sociedad patrimonial esté declarada mediante sentencia.

6) Sentencia judicial

7) Separación de hecho

Ruptura fáctica de la comunidad de vida marital en sus manifestaciones esenciales. Pero el sólo hecho de esa separación no conlleva necesariamente una separación patrimonial, porque esta supone la pre-existencia de una sociedad patrimonial. Entonces, aquella unión marital de hecho que no ha alcanzado a generar una sociedad patrimonial, podrá extinguirse mediante la

53 LAFONT, Op. cit., p.354

separación de hecho, pero sin que ésta tenga incidencia económica alguna.

6.2.2.3.5 Liquidación de la Sociedad Patrimonial

De acuerdo al artículo séptimo de la ley 54, “ *A la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se aplicarán las normas contenidas en el Libro 4 Título XXII, Capítulo I a VI del Código Civil*”, siendo esta la reglamentación que el Código Civil hace en relación a la liquidación de la sociedad conyugal. A pesar de esta reglamentación, el legislador teniendo en cuenta la sociedad patrimonial con sus características especiales, ha establecido ciertos parámetros que deben ser tenidos en cuenta al momento de liquidarse esa sociedad, por ello es que el artículo 3 de la citada ley, establece expresamente que “*el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes*”, con lo cual establece que en materia de distribución de gananciales maritales llamados así por Lafont Pianetta (54), la norma general a la cual se debe someter el juez, en su aplicación de la ley, salvo acuerdo en

54 LAFONT, Op. cit., p.354

contrario de las partes, será del cincuenta y el cincuenta por ciento para cada compañero.

Se establece además en el artículo sexto, que están facultados para solicitar la liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes como consecuencia de ello, cualquiera de los compañeros permanentes o los herederos de ellos, dándose así libertad en búsqueda de garantizar la posibilidad a todos los que resulten beneficiados por esa sociedad patrimonial a solicitar su liquidación, teniendo en cuenta obviamente la especial restricción que hace en lo atinente a los compañeros permanentes o a sus herederos, por cuanto la liquidación se puede hacer dentro del respectivo proceso de sucesión del compañero o compañeros fallecidos, siempre que exista prueba de la unión marital de hecho en la forma exigida por el artículo segundo de la ley 54.

Frente a esta petición en la sociedad patrimonial, el legislador con el objeto de regular la buena aplicación de la normatividad, y evitar que se constituyera un sin número de sociedades patrimoniales, en razón a uniones de uno o de otro compañero permanente, con persona diferente a la inicialmente prevista, se establece que **“las acciones para obtener la disolución y liquidación de la**

sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros” .(55)

Esos gananciales que se van a recibir al momento de la liquidación de la sociedad patrimonial, pueden o no tener certeza jurídica, a diferencia de los provenientes de la sociedad conyugal que siempre tendrán esa característica, toda vez que **“tienen certeza jurídica aquellos gananciales cuya sociedad patrimonial precedente ha sido declarada judicialmente y además su disolución se produjo ipso jure o judicialmente, caso en el cual se tienen todas las facultades propias de dicho derecho (incluso a la partición, etc.)” .(56)**

55 Cfr. LAFONT, Op. cit., p.393.

56 LAFONT, Op. cit., p. 393.

6.3 CANADA

6.3.1 Provincias del *CommonLaw*

6.3.1.1 Normatividad

En la Sociedad canadiense según Eleonora A. Cebotarev(1) han surgido grandes cambios desde la década de los 20, cuando se inició la industrialización del país. Es así como empezó, a pesar de mantenerse el matrimonio como status de vida, a darse un gradual ascenso en el divorcio, especialmente desde 1.983, siendo sus protagonistas, los artífices de nuevos matrimonios que dieron origen a un nuevo tipo de familia, las recompuestas(2).

1 Ph. D. Sociología. Profesora Universidad de Guelph. Canadá. En : Familia y desarrollo. Seminario Taller Internacional. Manizales. Noviembre 1 de 1.991. Universidad de Guelph-Universidad de Caldas.

2 Nota del autor: Son aquellas que se forman por la unión de un hombre y una mujer que en la mayoría de los casos han tenido matrimonios anteriores.

Hoy en día, de acuerdo a lo expuesto por ella, los miembros de la familia han cambiado en su número al igual que en sus roles, se opta por tener uno o dos hijos a lo sumo, y el papel de la mujer deja de ser exclusivamente el de ama de casa, para participar activamente en la economía, buscando trabajo, educándose en aras de ayudar para la supervivencia de la familia misma y sus miembros. Este cambio se vislumbra en las investigaciones realizadas toda vez que la anterior tipología de la familia (la mujer como ama de casa exclusivamente), **“representaba en 1.961 el 63% de las familias, y a mediados de los ochenta ya solo representa el 24%”**. (3). Con el nuevo rol que asume la mujer vienen cambios que afectan el ritmo de vida de la familia, se hace necesario contratar personas que cuiden de los hijos, y la mujer se abstiene de ser madre a una edad temprana en aras de no obstaculizar su propia superación personal.

La familia dentro del sistema federal que políticamente tiene Canadá, se ha regulado como una Institución acorde con la diversidad de personas y culturas presentes en el territorio (4), es por ello que frente al divorcio existe una ley

3 CEBOTAREV, Eleonora. La familia en Canadá: Abordajes Teóricos y su realidad, condición legal y futuras posibilidades. En : Op. cit., p. 32.

4 Nota del autor: Canadienses de ascendencia francesa, descendientes británicos y grupos nativos.

Federal aplicable a toda Canadá, cual es la de el *Divorce Act*(5) cuya última reforma fué en 1.985, dándose libertad a cada provincia para que se procure su propia legislación matrimonial. Por esto, existen diversas regulaciones por provincia (6), siendo materia de estudio para este trabajo el *Family Law Act* 1.986 de la provincia de Ontario y el *Code Civil du Québec* sin dejar de mencionar las reglamentaciones en materia de familia que tienen las otras Provincias de Canadá en el análisis de casos que posteriormente se hará.

Es en la provincia de Ontario, donde “se inicia una serie de reformas al matrimonio en 1.978 que servirán para romper el modelo patriarcal hasta entonces dominante, estableciendo así la igualdad de posición, status de los cónyuges y la identidad separada y distinta para el esposo y la esposa”(7) .

5 Divorce Act Canada. R.S., 1985, c3 (2nd Supp.) [Unofficial Chapter No. D-3.4] 1986, c.4. Royal Assent February 13th, 1986.

6 KRONBY C, Malcom. *Canadian Family Law : Comparative Analysis of Family Property Legislation*. 6 de. Ontario : Stoddart. 1996. p. 232 a 242. Anexo No. 1.

7 Crf. CEBOTAREV, Op. cit., p. 32-34.

6.3.3.1.1 *Divorce Act*

El *Divorce Act* de Canadá, reglamenta solo lo que tiene que ver con el divorcio, por medio de la distribución en treinta y seis secciones de las cuales se tomarán para su estudio, las relievantes en el desarrollo del presente trabajo. En la sección dos, establece esta Ley las definiciones que deben ser tenidas en cuenta para efectos de aplicación de la misma, encontrándose lo siguiente:

CORTE

“in respect of a province, means

(a) for the Province of Ontario, the Ontario Court (General Division),

(a.1) for the Province of Prince Edward Island or Newfoundland, the trial division of the Supreme Court of the Province,

(b) for the Province of Quebec, the Superior Court,

(c) for the Provinces of Nova Scotia and British Columbia, the Supreme Court of the Province,

(d) for the Province of New Brunswick, Manitoba, Saskatchewan or Alberta, the Court of Queen’s Bench for the Province, and

(e) for the Yukon Territory or the Northwest Territories or Nunavut, the Supreme Court thereof,(8) .

ESPOSO

También se incluye la definición de esposo, que significa **“either of a man or woman who are married to each other”**(9).

CAUSAS DEL DIVORCIO

En la Sección 8 (2), se establecen las causas de divorcio que modificaron el régimen anterior estableciendo ahora lo siguiente:

“(2) Breakdown of a marriage is established only if

(a) the spouses have live separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or

8 Divorce Act Canada. Op. cit., sección 2, (1)

9 Trad. Cualquier hombre o mujer que estén casados entre sí. Ibid., sección 2, (1).

(b) the spouse against whom the divorce proceeding is brought has, since celebration of the marriage,

(i) committed adultery, or

(ii) treated the other spouse with physical or mental cruelty of such a kind as to render intolerable the continued cohabitation of the spouses.”(10)

En cuanto a la distribución de los bienes que hacen parte de la comunidad que se forma por el hecho del matrimonio, se deja al arbitrio de cada provincia la regulación de esta como ya se explicó anteriormente, buscando que a través de una Ley, se den los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por la Corte de cada provincia, pudiendo hacerse la misma bajo criterios de equidad o de igualdad.(11) Siendo la reglamentación en las provincias del common law, con

10 Trad.

El rompimiento del matrimonio se presenta solamente si:

a) Los esposos han vivido separados y aparte por lo menos un año inmediatamente anterior a la determinación del divorcio, y estuvieron viviendo separados y aparte al iniciarse el proceso.

b) El esposo a quien en el procedimiento, se le considera que desde la celebración del matrimonio:

(i) Ha cometido adulterio, o

(ii) Ha tratado al otro esposo con crueldad mental y física de una forma tal que es

intolerable para continuar la cohabitación de los esposos.

Ibid., sección 8, (2).

11 KRONBY, Op. cit.

respecto al derecho de familia la que ha generado cambios de gran trascendencia en la sociedad canadiense en general, se busca con ello adaptar la legislación a las circunstancias actuales de la familia, propendiendo así por su mejor desarrollo, con un criterio de justicia y equidad.

6.3.3.1.2 *Family Law Act*

En este análisis merece especial importancia el *Family Law Act* (12) Ontario, por cuanto es esta provincia la propulsora de reformas en el matrimonio en Canadá.

Anteriormente se consideraba que existían dos clases de propiedad, a saber:

La que surgía en el desarrollo mismo del matrimonio, en el cual los esposos tenían unos activos considerados bienes sociales o *marital property*, que estaba compuesto por todas las cosas compradas y usadas por el núcleo familiar, como por ejemplo la casa, muebles, vehiculos, etc, siendo este tipo de bienes sobre

12 *Family Law Act*, 1986 Ontario.

los cuales cada esposo iba a tener derecho por igual, por lo que al momento de la división esta se hacía por partes que tuvieran el mismo valor para cada uno. Paralela a la existencia de esa propiedad social se encontraba una propiedad independiente de cada esposo sobre aquellos activos tales como las pensiones, acciones y bonos, entre otros, que no iban a ser divididos por igual entre los esposos, toda vez que no eran considerados propiedad de la familia, por lo que cada esposo tenía autonomía para administrar esos bienes, con derechos de propiedad independientes de los originados en el patrimonio. Siendo entonces labor del esposo no titular de tales bienes el demostrar que había hecho contribuciones económicas para la adquisición del bien, si buscaba que este entrara a la propiedad social.

Evidentemente estas reglas resultaban injustas, frente a la situación del matrimonio como tal, por cuanto muchas veces un esposo podía tener modestos activos familiares, e independientemente de ello acumular dinero, en cuentas bancarias, en pensiones o en otros activos no sociales, y al final del matrimonio el esposo que no había obtenido este tipo de ingresos, tendría menos que el otro compañero, siendo esto prácticamente inaceptable, teniendo en cuenta que muchas veces la situación en el matrimonio era la que había

coadyuvado a que uno de los esposos se enriqueciera, toda vez que alguno de los esposos no había aumentado enriquecido su patrimonio personal y propio, por estar dedicado a diferentes actividades con el fin de colaborar en el incremento de los activos del otro esposo.

Se encontró que muchas veces era ese esposo el que contribuía exclusivamente en favor de las actividades económicas o al desarrollo intelectual del otro, o simplemente con su labor en el cuidado y administración de la casa, labores estas que habían permitido que uno de los cónyuges fuera adquiriendo más ganancias, viéndose entonces relegado el otro, que casi siempre era la mujer, a desempeñar labores del hogar, sin poder aprovechar oportunidades de trabajo o educación que le permitieran adquirir sus propios bienes, u obtener sus propios ingresos.

En estas circunstancias se debe considerar también cuando el esposo o esposa trabajaba, invirtiendo todos sus ingresos en los gastos de la casa, a la vez que el otro colocaba su dinero en activos no familiares, que en últimas lo beneficiarían a él al momento de hacer la distribución de los bienes.

Es por esto que en 1.986, se produjo una reforma al *Family Law Act*, que busca evitar injusticias y regula todo lo que tenía que ver con el Derecho de Familia en seis partes, así:

“Preamble

Part I Family property

Part II Matrimonial Home

Part III Support Obligations

Part IV Domestic Contracts

Part V Dependants’ claim for damages

Part VI Amendments to the common law”. (13)

Esta ley contiene en sus principios, postulados que van a tener gran importancia en el desarrollo del Derecho de Familia, toda vez que en el mismo preámbulo reconoce la posición igualitaria de los esposos como personas individuales, reconociendo además el matrimonio como una forma de relación de

13 Trad. Preámbulo

Parte I Propiedad familiar

Parte II Obligaciones de sostenimiento

Parte III Contratos domésticos

Parte IV Solicitud por daños

Parte V Reparaciones al common law.

Ibid.

compañeros *partnership* siendo por ello necesario proveer una ley para una distribución acorde y equitativa de los negocios de los esposos hasta el rompimiento de esa relación. Lo anterior reviste gran importancia porque se establecen los postulados de una repartición equitativa, igualitaria o no. La ley, introduce en sus reglamentaciones definiciones de especial interés de términos que se van a utilizar a lo largo de ella, siendo importantes para este trabajo los siguientes:

“cohabit means to live together in a conjugal relationship whether within or outside marriage.....

spouse means either of a man and woman who,

(a) are married to each other, or

(b) have together entered into a marriage that is voidable or void, in good

faith on the part of the person asserting a right under this Act.

(“conjoint”)(14)

Además de lo anterior una de las mayores preocupaciones al redactar esta ley,

14 Trad. cohabitar, significa vivir juntos en una relación conyugal dentro o fuera del matrimonio. esposo, es cualquier hombre o mujer que

a) estén casados entre sí, o

b) estén juntos dentro de un matrimonio nulo de buena fé, en cuanto a una persona que tiene

derecho bajo este acto.

Ibid., sección 1 (1)

fué la de regular lo que tiene que ver con la propiedad, a la cual se le dedica todo un capítulo, que empieza por definir activos de la propiedad familiar, el valor de toda la propiedad, excepto la propiedad descrita en la subsección dos, que un esposo tiene en el fecha de evaluación o inventario, después de deducir:

“(a) the spouse’s debts and other liabilities, and

(b) the value of property, other than a matrimonial home, that the spouse owned on the date of the marriage after deducting the spouse’s debts and other liabilities, calculated as of the date of the marriage; (“biens familiaux nets”)(15)

El *Family Law Act* consagra que bienes tienen el carácter de sociales y por consiguiente establece parámetros para la división de los mismos.

6.3.1.2. Casuística

En cuanto a los casos se seleccionaron los que podían aportar una mayor

15 Trad.

a) Las deudas del esposo y otros pasivos, y

b) El valor de la propiedad diferente al hogar matrimonial que el esposo posee a la fecha del matrimonio después de deducir las deudas de los esposos y otros pasivos, calculados desde la fecha del matrimonio.

Ibid.. sección 4 (1)

información al proyecto de investigación, se relacionaron varios por cada factor específico o razón por la cual el Juez falló distribuyendo igualitariamente o equitativamente los bienes familiares.

Estos corresponden principalmente a los pronunciados en las cortes de:

- a) British Columbia Supreme Court
- b) New Brunswick Court of Queen's Bench
- c) Prince Edward Island Supreme Court
- d) Nova Scotia Supreme Court
- e) Ontario Court of Justice (General Division)
- f) Saskatchewan Court of Queen's Bench
- g) Alberta Queen's Bench
- h) Saskatchewan Court of Appeal

Es así como en los casos tomados para su análisis se encuentra que, en primera medida los que a continuación se relacionan, contienen en sus decisiones, distribuciones hechas por igual a cada uno de los cónyuges, es decir un cincuenta y cincuenta por ciento para cada una de las partes que ha sido hecha

por la jurisdicción competente atendiendo a las razones específicas de cada caso.

1. STITES v STITES(16)

Las partes se casaron en 1.971, llevando diecinueve años en esa unión, en la cual desde 1.982 el esposo estuvo sin empleo viviendo los primeros tres años de los ahorros que él mismo tenía; posteriormente la esposa empezó a trabajar contribuyendo así económicamente al hogar, hasta la separación en 1.987.

El esposo solicita una división desigual de los activos toda vez que él contribuyó económicamente al bienestar del matrimonio, aportando el dinero de su trabajo, hasta tanto lo tuvo, además que aportó bienes tales como carro y muebles, y la mujer solamente aportó un viejo carro y unas acciones de mínimo valor.

La esposa solicita también que se apliquen las reglas de una división equitativa

16 Stephen Robert Stites v. Miyako Myra Stites. New Brunswick. Court of Queen's Bench. Family Division Judicial District of Saint John Guérette, J. February 8, 1990. 105 N.B.R. (2d)- 105 R.N.- B (2e) p. 98-117.

pero no igualitaria, a su favor, ella fué quien cuidó los hijos, la casa y especialmente después de 1.985, incrementó su responsabilidad al tener que salir a trabajar con el objeto de mantener a la familia, tiempo durante el cual el esposo rehusaba colaborar en las actividades del hogar.

Frente a estas peticiones con sus argumentaciones la Corte consideró que en cuanto el esposo, no hay mérito para que él tenga una división desigual, porque los activos que fueron traídos al matrimonio durante dieciseis años se usaron y gastaron para ese fin, quedando actualmente poco de ello, sólo unas pocas piezas de muebles viejos. Se hubiera aplicado otro tipo de distribución cuando la propiedad hubiere sido adquirida solamente o en su mayor parte por uno de los esposos con sus esfuerzos sin hacer el otro una significativa contribución dirigida a la casa, cuidado de los hijos, o provisión financiera, y sólo en este caso una división desigual hubiera sido justificada.

En respuesta a las peticiones de la mujer, la Corte consideró que el esposo fué un buen proveedor hasta 1.982, e inclusive hasta 1.985, porque se usaron los activos que él tenía en inversiones para proveer las necesidades de la familia.

La conducta desde 1.985 a la fecha de separación puede no ser ejemplar, pero no es suficiente para que se ordene una distribución desigual.

2. FUHRMAN v FUHRMAN(17)

Las partes se conocieron en 1.953 y se casaron en 1.954, conformando un matrimonio estable hasta tanto los problemas aparecieron.

El esposo manejaba el dinero en el matrimonio, haciendo buenas inversiones, prefiriendo la mujer estar fuera del mundo de los negocios, desarrollando cada uno sus roles de una manera admirable. El esposo hizo más que una contribución mínima a la vida de la familia, él fué un buen padre, a la vez que la esposa además de ser buena madre trabajaba fuertemente en la organización de la casa, siendo muy cuidadosa en el manejo financiero, lo que contribuyó sin ninguna duda a incrementar el dinero acumulado por el esposo.

La Corte considera que ninguna de las partes ha hecho algo, que merezca o

17 Williams v. Williams. Prince Edward Island Supreme Court. Trial Division. McMahon, J. March 8, 1990. 83 Nfld. & P.E.I.R. and 260 A.P.R. p. 20-28.

desmerezca a él o ella más o menos que una división igual de la propiedad, por lo que se divide de por mitad todos los activos familiares.

3. BENSON V BENSON(18)

Las partes al principio cohabitaron libremente, casándose posteriormente en 1.987, y separándose dos años después. Durante ese tiempo los padres de Frederick, dieron regalos a las partes en dinero además de unas tierras; el esposo solicita que esos activos sean considerados como bienes propios y por tanto, se exceptúen de la distribución, toda vez que fueron sus padres quienes dieron esos obsequios.

El Tribunal consideró que la generosidad de los padres fué con intención de beneficiar a ambas partes, por lo cual la distribución de todos los bienes, incluyendo los regalos hechos debe ser por igual, sin tener en cuenta consideraciones de equidad, porque sería injusto exceptuar esa propiedad de dicha distribución.

18 Frederick Allinson Benson v. Linda May Benson. Saskatchewan Court of Appeal. Heard September 17, 1993. Judgment April 8, 1994. 3.R.F.L. (4th) p. 293-337.

La Corte considera en primer lugar que durante el tiempo de cohabitación antes y después del matrimonio de las partes, ellos se mostraron a la comunidad como personas casadas, dividieron el trabajo sobre la tierra, decidieron acerca de construir una casa, además que adquirieron más tierra y maquinaria. En segundo lugar, es necesario determinar si esa transferencia hecha por los padres del esposo es un regalo, por lo que **“a gift is defined as an intervivos transfer of property without consideration from the owner and the donee that he property will not be returned to the donor and the will remain as the donee’s own”**(19) . Frente a esto se debe tener en cuenta que los padres del esposo trataron a las partes como una pareja casada, por lo cual ese regalo fue otorgado con la intención de beneficiarlos a ambos, no debiendo interferirse con ese querer, dividiéndose por igual entre ellos ese valor.

4. SHAVER v SHAVER(20)

Las partes se casaron en Septiembre 18 de 1.976, después de haber vivido

19 Trad. Un regalo es una transferencia intervivos de la propiedad sin consideración del dueño, en la que el beneficiario no devolverá al donante esa propiedad manteniéndola como suya.

20 Lorna Shaver v. Terry Shaver. Ontario Unified Family Court, Mendes da Costa U.F.C.J. Judgment - December 6, 1991.

durante cinco años, se separaron en 1.989 por problemas familiares que llevaron a la cónyuge a abandonar el hogar. La cónyuge solicita la división por igual de los bienes sociales a la vez que el cónyuge, solicita una división desigual a su favor toda vez que si se hace en otro sentido sería *unconscionable*.

El cónyuge era propietario de una casa adquirida con anterioridad al matrimonio que en 1.987 la transfirió a él mismo y a su esposa como propiedad en común, deduciendo de ese hecho la intención de él de hacerle un regalo a ella de su propio patrimonio. Posteriormente, vendieron esa propiedad y adquirieron otra sobre la cual constituyeron hipoteca para garantizar el crédito que quedaba en su contra por la compra de la misma, deuda que fué pagada por el cónyuge de un dinero que recibió a título de indemnización en un accidente de tránsito que había sufrido. La cónyuge trabajaba como empleada en un restaurante a la fecha del juicio y el cónyuge estaba desempleado desde el año anterior a la separación de las partes.

En este caso la Corte consideró en primer lugar que la esposa adquirió un interés en la casa por medio de un regalo, que ocurrió cuando el esposo pagó la

hipoteca en 1.988, revelando las pruebas la no existencia de razones que pudieran invalidar ese regalo y que **“the equalization regime cannot be challenged where the circumstances relied upon as “unconscionable” have arisen merely from the application of the statutory scheme.**

In this context I refer to the inability of Mr. Shaver to deduct from his net family property the value of the matrimonial home, calculated as at the date of marriage, and also the non-deductability of the damages for pain and suffering that are traceable to the matrimonial home. Nor is it unconscionable for a party to retain the value of property acquired by gift... What is require dare circumstances such as to schock the conscience of the court, whereby the party seeking redress has been placed in a position so unfair as to cry out of relief”(21).

21. Trad. El régimen igualitario no puede ser cambiado donde las circunstancias que alivian lo *unconscionable* proceden nada más que de la aplicación del esquema legal. En este contexto me refiero a la inhabilidad de Mr. Shaver para deducir del activo de la propiedad familiar el valor de la casa matrimonial, calculado a la fecha del matrimonio, y también la no deducción de los daños por el padecimiento que quedaron como vestigios a la casa. Ni es esto *unconscionable* para una persona de retener el valor de la propiedad adquirida por un regalo. Se requieren circunstancias que escandalizen la consciencia de la Corte, por medio de la cual a la persona debe repararsele el haber sido colocada en una posición tan injusta como para solicitar ayuda.

5. KELLY v. KELLY (22)

En este caso el esposo solicitó una división desigual de la propiedad bajo las consideraciones del *Family Law Act*, sección 5 (6) en vista del hecho que el valor real de la propiedad había disminuído desde la fecha de separación en Diciembre de 1.983 hasta la fecha del juicio en Marzo de 1.986. Según el actor, la cónyuge había obtenido una orden del juez para preservar la propiedad por lo que él se vió en la obligación de retener la propiedad sufriendo un decrecimiento en el valor de la misma, a la vez que la esposa había estado obteniendo todos los beneficios de tener una orden de esa clase sin sufrir ningún riesgo de pérdida en el valor de la propiedad desde la fecha de la separación.

La corte para decidir tuvo en cuenta en forma especial lo dicho en *Mazurenko v Mazurenko*(23) **“The court must, in my view, look at the relevant facts under s. 8 (Matrimonial Property Act, 1078 (Alta.), c. 22; now R.S.A. 1.980, C. M-9) and then ask itself if it would be unjust or inequitable to**

22 *Kelly v. Kelly*. Ontario Supreme Court [High Court of Justice], Potts J. Heard - April 8,9 and 10, 1986. Judgment - May 7, 1986. 50 R.F.L. (2d).

23 *Mazurenko v. Mazurenko* (1981), 23 R.F.L. (2d) 113 15 Alta L.R. (2D) 357.

divide the property equally. That conclusion would not be lightly reached. There must be some real imbalance in the contribution having regard to what was expected of each or attributable to the other factors in s.8. In establishing the presumption I take the legislature to have decided that in ordinary cases equality is the rule”(24).

Por lo anteriormente expuesto la corte decidió dividir la propiedad por igual al considerar que “in other circumstances, the fact that the husband was prevented from selling these properties by virtue of the action of the wife in obtaining the order for preservation might be considered to be unconscionable. However, in the circumstances of this particular case, there was no evidence that the husband at any time had any desire to sell any of the properties to in effect anticipate the market. It is conceivable that the husband might have made application for variation of Ross L.J.S.C.’order. He did not do that. In any event, having regard to all the evidence I have heard, the possibility, even if this order had never existed,

24 Trad. La Corte debe, en mi opinión, mirar los factores relevantes bajo la sección 8 (*Matrimonial Property Act, 1078 (Alta), c. 22; now R.S.A 1.980, C. M-9*) y entonces preguntarse a si misma si sería injusto o inequitativo dividir la propiedad por igual. Esa conclusión podría no obtenerse rápidamente. Ello debe ser algo real carente de proporción en la contribución hecha respecto de lo que se esperaba de cada uno o atribuido a los otros factores de la sección. Estableciendo la presunción que la legislatura ha decidido que en casos ordinarios, la igualdad es la regla general.

of the husband wishing to sell one or more of these properties is so remote that I have no difficulty finding that I am not shocked and, as far as I am concerned, it would not be unconscionable to leave matter as they stand (25).

En relación con lo anteriormente expuesto es necesario hacer el análisis de casos jurisprudenciales en los cuales la distribución no fué ordenada bajo un criterio igualitario, sino que se tuvo en cuenta que una división así, sería injusta e inequitativa, por lo cual es el esposo o la esposa, quien solicita que se aplique la distribución equitativa de la propiedad.

En los casos jurisprudenciales, es indispensable relacionar aquellos que conllevan decisiones en las cuales se aplica la "equity" y que por tanto se distribuye en la propiedad marital en una forma equitativa pero no igualitaria,

25 Trad. en otras circunstancias, el hecho que el esposo fuera advertido de vender las propiedad en razón a la acción de la esposa de obtener la orden de preservación, debe ser considerado *unconscionable*. De cualquier forma, en las circunstancias particulares de este caso, no hay evidencia que el esposo tuvo en algún momento el deseo de vender alguna de las propiedad anticipadamente en el mercado. Es concebible que el esposo debería haber actuado pra variar la orden de *Ross L.J.S.C. 'order*. El no hizo eso. En ningún evento, teniendo en cuenta toda la evidencia yo he escuchado, la posibilidad, aún si la orden jamás hubiera existido, los deseos del esposo de vender uno o más propiedades, por lo que yo no tengo dificultad de encontrar que yo no he sido escandalizado y, de acuerdo a lo concerniente, no sería *unconscionable* dejar el asunto como ellos lo dejaron.

bajo las precisiones de la legislación de cada provincia.

1. WILLIAMS v WILLIAMS(26)

Durante veinticuatro años de matrimonio dos circunstancias merecen consideración, siendo la primera la situación generada por el hombre al usar violencia física contra la esposa, echándola de la casa; a pesar de ese trato ella, cumplió sus deberes de esposa y ama de casa, recibiendo muy poca ayuda por parte del esposo en el cuidado de los niños. La segunda fué que ella trabajó en la finca que él había heredado, plantando, regando, cultivando y cuidando los animales, preparando comida, etc, además desempeñaba sus labores de casa, y realizaba otras labores productivas fuera de la misma, contribuyendo así con el trabajo y dinero en la adquisición, mantenimiento, operación y desarrollo del activo no familiar (finca).

La Corte teniendo en cuenta la contribución hecha y el hecho que el esposo ha usado ese activo desde la fecha de separación, decidió que la esposa tiene

26 Williams v. Williams. Prince Edward Island Supreme Court. Trial Division. McMahon, J. March 8, 1990. 83 Nfld. & P.E.I.R. and 260 A.P.R. P. 20-28.

derecho a la mitad de esos activos no familiares, compuesto por 300 acres de tierra, construcción, y maquinaria de la finca.

2. KRUG v KRUG (27)

Las partes casadas desde 1.969 y separadas 12 años después debido a la infidelidad del esposo presentaban la siguiente situación: La esposa no tenía empleo, ni educación, toda vez que se casó a una temprana edad, por lo que al tiempo del trámite se encontraba adelantando un curso de comercio en el local del colegio comunitario y estudiando el Grado XII, a la vez que se ocupaba del cuidado de los hijos quienes estaban en una edad que sólo le permitía a ella trabajar medio tiempo, además tenía que cocinar, mantener la casa y supervisar las actividades de los hijos; teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto la Corte, y con el objeto de darle una independencia económica, se le otorgó al esposo el 35 por ciento y a la esposa el 65 por ciento del valor de todos los bienes que hacían parte de la propiedad social de los cónyuges.

27 Krug v. Krug. British Columbia Supreme Court. Gansner L.J.S.C. Judgment - August 24, 1982. 30 R.F.L. (2d) and 282 A.P.R.

3. HERRING Y WILLIAMS (28)

Ellos se conocieron por medio de un aviso en el periódico, casándose al poco tiempo y realizando después un viaje alrededor del país, durante el cual ella insistía en mantener a su hijo de 17 años consigo, y atenderlo todo el tiempo, por lo que el esposo decidió separarse. Esta unión duró aproximadamente 29 días según el cónyuge.

Por ello, y atendiendo a que el matrimonio es de muy corta duración, la Corte consideró que no había activos en el matrimonio para dividir por lo cual una división igual sería inequitativa e injusta.

4. SPINELLI v SPINELLI(29)

Las partes se separaron después de 13 meses de cohabitación, debido al abuso físico por parte del hombre, según la versión de la esposa. En el *Family*

28 Herring v. Williams. Nova Scotia Supreme Court. Trial Division. Grant, J. April 30, 1991. 103 N.S.R. (2d) and 282 A.P.R.

29 Giulio Spinelli v. Betty Virginia Spinelli - Supreme Court. Tysoe J. Heard - September 16-18, 1992. Judgment- September 30, 1992. 73 B.C.L.R. (2d) p. 204-211.

Relations Act no se menciona esa como una causa que deba ser tenida en cuenta en la división de los activos, pero si puede indirectamente darse si a la conducta del esposo se debe la brevedad del matrimonio. En este caso, la respuesta a la pregunta de por qué la esposa abandonó a su esposo, no se demostró plenamente por lo cual no hay explicación al matrimonio demasiado corto, y por consiguiente no hay división de la propiedad.

5. KESSEL v KESSEL(30)

El matrimonio duró cuatro años y seis meses, antes habían cohabitado durante dos años, tiempo en el cual las partes adquirieron activos en forma conjunta.

Ambos cónyuges solicitaron por ambos una división desigual de la propiedad familiar bajo el *Family Law Act* para lo cual, según el esposo se debe tener en cuenta:

“1. That the parties cohabited less than five years

30 Eva Wanda Kessel v. Brian Douglas Kessel. Ontario Court of Justice (General Division) Dilks J. Heard - May 2-5, 15-19, 1993. Judgment- December 16, 1993. 1 R.F.L. (4th) p. 234-339.

2. That the amount to be paid otherwise is disproportionately large in relation to that period of cohabitation.

3. That equalization the net family properties would be unconscionable”(31).

Frente a ello, la Corte consideró que la cohabitación no se centra en el período del matrimonio, por lo cual incluyendo la etapa anterior se deduce que cohabitaron por seis años y cuatro meses. También es necesario determinar si la cantidad que la esposa de alguna manera recibiría es desproporcionadamente grande, teniendo en cuenta el período de cohabitación dentro del matrimonio. Análisis que realizó la Corte, y consideró que el concepto de desproporcionalidad puede ser medido sólo en relación a la duración de la cohabitación dentro del matrimonio. Comparando ese tiempo de cuatro años y seis meses, frente a los cinco años, es evidente que esta provisión está claramente diseñada para superar la obvia inequidad de una división igual de activos después de un matrimonio de muy corta duración, teniéndose que un *equalization payment* de más de treinta mil dólares canadienses a la esposa era

31 Trad. 1. Que las partes cohabitaron menos de cinco años.

2. La cantidad que se debe pagar tiene una gran desproporción en relación al período de cohabitación.

3. Que igualar los activos sociales es excesivo.

desproporcionada a la duración de cohabitación

Se tiene en cuenta que el esposo hizo la mayor contribución financiera al tiempo que la esposa colaboró en las labores de la casa y cuidado de los niños, además que ayudó en los negocios de los caballos, una división igual sería unconsionable, por lo cual él pagará a ella un *equalization payment* menor a la cantidad solicitada.

6. PERKOWITSCH v PERKOWITSCH⁽³²⁾

Las partes se casaron en 1.974 después de cuatro años de convivencia y se separaron en 1.989. Al principio del matrimonio, él fué el que contribuyó al mantenimiento de la familia, pero posteriormente el empezó a tener problemas con las apuestas, lo que causó la disipación de los activos familiares, por lo que la esposa se vió en la necesidad de tomar dos trabajos para mantener la familia y contribuir a pagar las acreencias ocasionadas por el vicio al juego de su esposo, quedando el poco dinero que él había ganado con su trabajo, destinado

32 Frances Rose Perkwitsch v. Frank Joseph Perkwitsch. Saskatchewan Court of Queen's Bench. Archambault J. Judgment November 21, 1995. 18 R.F.L. (4th). p. 257-267.

al pago de las mismas. Debido a esto el continuó viviendo en la casa hasta 1.994, sin prestar ninguna colaboración. Según la Corte hay básicamente tres razones por las cuales debería hacerse una distribución desigual:

1- Como resultado de lo que el hombre mismo se infligió, volviéndose improductivo y disipando sus activos, razón por la cual hay menos disponible para la distribución de lo que debería haber.

2- Durante, los años, el recibió y disipó su parte de los activos familiares, y se benefició del pago que hizo la esposa de sus deudas.

3- Él se benefició de renta gratis en alojamiento, desde la separación hasta 1.994, por lo que cada parte debe conservar para él o ella respectivamente para su uso y beneficio, las cosas ahora en posesión de cada uno. Además el único activo de distribución que es la casa, no será dividida, sino que se le adjudica enteramente a la esposa.

7. BODOR v BODOR(33)

Se casaron en 1.957 y se separaron en 1.985. La esposa disipó sus activos,

33 Bodor v. Bodor. Alberta Queen's Bench. Rowbotham, J. Judgment. February 24, 1988. 12 R.F.L. (3d). p. 425-435.

contrajo deudas y no tuvo empleo fijo, además tuvo dificultades emocionales y mentales para lo cual ella no buscó asistencia. En 1.973 el esposo estableció un negocio llamado “*Bodor Drillin Ltd.*”, en el cual la esposa no tuvo papel alguno, y su éxito se debe enteramente a los esfuerzos del esposo.

A la fecha, toda la propiedad matrimonial con excepción de la compañía ha sido dividida igualmente entre las partes, considerándose que no es justo y equitativo que el valor de la misma se distribuya por igual, en cuanto a las respectivas contribuciones de los esposos y al hecho de que el esposo deseó continuar el negocio para sí mismo y su familia.

El esposo trabajó como ingeniero y mantuvo a su joven familia mientras la Señora Bodor permaneció en casa y cuidó de los niños. Posiblemente ella haya animado a su esposo para formar esa compañía, pero su contribución es sólo esa, por lo que la Corte atendiendo a la sección 7(4) del *Marital Property Act*, que dice que la Corte puede distribuir la propiedad igualmente entre los esposos a menos que aparezca a la Corte que eso no sería justo y equitativo. Se consideró que bajo ese criterio, no se pueden distribuir los activos de la compañía por igual entre las partes. La adquisición, crecimiento, operación y

administración se deben al largo tiempo, esfuerzos y al duro trabajo del señor Bodor, labor que será reconocida, otorgándole a él un 75 por ciento y a la esposa un 25 por ciento del activo de la compañía.

8. DAY v DAY(34)

Las partes se casaron en 1.957, separándose en 1.974. En el curso del matrimonio el esposo comenzó a beber excesivamente, siendo esa la mayor causa de sus dificultades financieras, de otra parte la mujer trabajaba cuidando de la casa y los niños. La esposa tuvo que vender los activos de la familia para pagar las deudas del esposo, además ayudó a sus dos hijos a completar la educación secundaria y contribuyó a su educación profesional. Posteriormente el esposo abandonó la casa, dejando de contribuir al mantenimiento de la esposa e hijos.

La Corte consideró que no hay duda que el esposo con su excesivo uso del alcohol durante el curso de su matrimonio contribuyó a los desastres

34 Day v. Day. British Columbia Supreme Court. Proudfoot J. Heard - May 28-29, 1981. Judgment. - June 12, 1981. 23 R.F.L. (3d). p. 93-101.

financieros de la familia. Además, que perdió su trabajo, la casa, y su licencia de conducir, siendo esto último motivo por el cual la esposa tuviera que manejar para él, toda vez que así lo requería para no perder el trabajo. También se debe tener en cuenta que los costos relativos a la casa de habitación, fueron pagados totalmente por la esposa, pues ella necesitaba de esa casa para mantener su independencia económica y su auto-suficiencia porque ella no ganaba el suficiente dinero para pagar una renta por un tipo similar de acomodación, si la casa fuere vendida.

Según la Corte sería totalmente injusto, poner a la esposa en este momento en una posición en la que no podría permanecer en esa casa, por lo que se previó pago al esposo de cien dólares, y dejar la casa para ella.

9. WELLS v WELLS and Cormack(35)

Las partes se casaron en 1.960 y se separaron en 1.981, durante este tiempo con la ayuda de la esposa, él dejó su trabajo en 1.962 y retornó a la universidad

35. Wells v. Wells and Cormack. Ontario Supreme Court.[High Court of Justice], Pennell J. Judgment. - November 25, 1983. 36 R.F.L. (2d). p. 121-136.

a terminar sus estudios de medicina, por lo que la mujer tuvo que trabajar como profesora buscando sostener a la familia, asumiendo entre 1.962 y 1.972, la mayor carga en la administración de la casa y cuidado del niño.

Al tiempo del juicio, los ingresos del esposo son de 94.000 dólares canadienses por año, y la esposa a pesar de haber tomado un curso de periodismo, no tiene empleo, ni prospectos inmediatos de obtenerlo.

La Corte considera que es necesario tomar la definición de bienes sociales como **“family assets means a matrimonial home as determined under part III and property owned by one spouse or both spouses and ordinarily used or enjoyed by both spouses or one or more of their children while the spouses are residing together for shelter or transportation or for household, educational, recreational, social or a esthetic purposes and includes.”**(36)

En este caso los activos fueron divididos por igual a excepción de la casa,

36 Trad. La vivienda familiar como se determina en la sección tercera y las propiedades que pertenecen a un esposo o a ambos esposos y ordinariamente usados y disfrutados por ambos o sólo por uno, o los hijos de ellos mientras los esposos estén residiendo juntos para transporte, educación, recreación social o estética u otras razones.

considerándose que es inequitativo dividirla por igual por cuanto ella le dió a él su soporte financiero, para que él adelantara sus estudios médicos. Además, se encargó del cuidado de la familia, la casa y las responsabilidades familiares, colocando todo lo anterior en primer lugar sobre sus propios planes de estudiar una carrera, razones suficientes para asignar a la esposa el 60 por ciento de la casa, y a él el 40 por ciento restante.

10. McLELLAN J v McLELLAN(37)

Se casaron en 1.965, separándose en 1.983 a raíz de los abusos de los cuales era objeto la hija mayor por parte del padre, por lo que la esposa abandonó la casa con sus hijos, teniendo que recurrir a dos empleos de medio tiempo, además del trabajo que ya tenía en los servicios sociales, con el objeto de procurar el sostenimiento de ella y sus hijos.

La mujer antes y después de la separación ha sido responsable por el cuidado y atención de los niños, colaborando en esta labor el hombre sólo hasta el momento de la separación, por lo cual la Corte dijo que sería injusto e

37 McLellan J. v. McLellan. Saskatchewan Queen's Bench. 28th July 1986. 3.r.f.l. (3d) p. 350-358.

inequitativo ordenar una distribución por igual, ya que la esposa ha mantenido desde 1.983, tres trabajos para proveer el sostenimiento de sus hijos sin ayuda alguna del esposo. Se concedió el sesenta por ciento de los activos de la familia a la esposa.

11. ROBINSON v ROBINSON(38)

Las partes empezaron a cohabitar en mayo de 1.977, casándose dos meses después y separándose en octubre del mismo año. Anteriormente al matrimonio la mujer fué una excelente ama de casa, ella compraba todo lo necesario para la casa, preparaba buenas comidas y mantenía la residencia en un estado limpio y pulcro, cambiando todo eso pocas semanas después del matrimonio pues frecuentemente fallaba en la preparación de las comidas para el esposo y las que se daban eran muy pobremente preparadas, además que pocos meses después ella abandonó el hogar. .

La esposa solicita la mitad del valor de la finca, que pertenecía a su esposo antes del matrimonio. Frente a lo cual considera la Corte,

38 Robinson v. Robinson. Saskatchewan Queen's Bench. Gerein J. Judgment. Jly 19, 1982. 28 R.F.L. (2d). p. 342-347.

que el *Matrimonial Property Act* de la provincia en su sección 2 “states that the purpose of the Act is to recognize that there is inherent in the marital relationship a joint contribution by the spouses to the assumption of the marital responsibilities.

The Act assumes that each spouse will make a contribution whether financial or otherwise. This being so, the matrimonial property should be divided equally”(39).

Los esposos cohabitaron por nueve meses, estando casados siete de ellos, siendo toda la propiedad adquirida antes del matrimonio, por lo que la Corte expresó que ella deseaba el estado del matrimonio, pero no estaba preparada para aceptar ninguno de los deberes o responsabilidades inherentes a ese estado, ella ingresó en la forma pero no en el espíritu de una relación de pareja, por lo que se deduce que ella no hizo contribución alguna, y por lo tanto se le negó el derecho a una distribución de los activos familiares.

39 Trad. La sección 22 establece que la razón de este *Act* es reconocer que es inherente a la relación que surge por el matrimonio, una contribución conjunta de los esposos en la toma de responsabilidades. El *Act* asume que cada esposo hará una contribución ya sea financiera o de otro tipo. Esto lleva a que la propiedad adquirida dentro del matrimonio sea dividida por igual.

12. WOLVERTON v WOLVERTON⁽⁴⁰⁾

Las partes se casaron en 1.952, separándose en 1.978, al principio ella trabajaba y posteriormente dentro del matrimonio adelantó una carrera de artes, continuando con el cuidado de los hijos y de la casa, a la vez que él desempeñaba su profesión como odontólogo desde 1.952 haciendo además varias inversiones en propiedades.

Frente a ello la Corte consideró que de acuerdo al *Family Relations Act*, se puede hacer una división de la propiedad, diferente a la de por mitad, si hay **“any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse”**⁽⁴¹⁾. En las circunstancias del presente caso se dió una distribución diferente a la igualitaria donde el esposo debió pagarle a la mujer cien mil dólares canadienses que fué menos de lo que se debía pagar como *equalization payment* que era 124.000.

40 *Wolverton v. Wolverton*. Supreme Court. Trainor J. Heard - January 28-31 and February 1-7 and 8, 1980. Judgment. July 28, 1980. 24 B.C.L.R. p. 33- 42.

41 Trad. Alguna circunstancia relativa a la adquisición, preservación, mantenimiento, mejoramiento o uso de la propiedad o las obligaciones o deudas de un esposo.

13. PRESTON v PRESTON(42)

Las partes estuvieron casados desde 1.960, tiempo durante el cual al principio él trabajaba, sin vicios de ninguna clase, posteriormente se volvió adicto al alcohol gastando sus fines de semanas en dormir y tomar, en tanto que la esposa estuvo dedicada a la familia, teniendo posteriormente que trabajar.

En las consideraciones de la Corte, se tiene en cuenta en primera medida el hecho que el matrimonio fué de veinte años de duración y además de que la propiedad que adquirieron fué en su mayoría resultado de los esfuerzos de la esposa quien procuró tener un empleo y en la buena administración de las finanzas que esta hizo, limitándose la contribución del esposo a ser financiera.

Los factores que se deben considerar para hacer una división desigual de la propiedad según el **Matrimonial Property Act** en la sección 12 son la conducta de las partes y las necesidades de las mismas, siendo el último de estos el de más trascendencia para el análisis de este caso toda vez que el

42 Preston v. Preston Nova Scotia Supreme Court. Trial Division. Hallet, J. March 17, 1981. 45 N.S.R. (2d) and 86 A.P.R. p. 497-503.

esposo tiene una pensión satisfactoria de la que podrá disfrutar dentro de cinco años, después de treinta años de servicio, y, en contraste la esposa solamente ha trabajado de tiempo completo por cinco años, tiene cuarenta y un años, y aún asumiendo que continúe trabajando en la misma compañía, ella no puede tener una pensión hasta la edad de sesenta y cinco años. goza de buena salud en general, pero está sufriendo de artritis por su trabajo como empacadora, por lo cual su futuro financiero no es muy seguro.

Siendo esta situación en particular, la que permitió decidir que sería injusto dividir los activos por igual teniendo en cuenta los factores referidos, por lo que se hizo una división desigual de los bienes sociales, considerando la seguridad financiera del hombre en contraste con la de la mujer, razón suficiente por la se le asignó a ella el valor total de la casa.

14 PEAKE v PEAKE (43)

Se casaron en 1977, empezando a vivir en el apartamento de la esposa, por

43 Peake v. Peake, Ontario Supreme Court [High Court of Justice], Smith J. Judgment - June 15, 1989. 21 R.F.L. (3d) 364. (U. F. Ct).

cuanto él estaba desempleado. El esposo realizó mejoras a una casa que había recibido de parte de su padre, ella coadyuvó en esa labor, y pagó además las hipotecas que versaban sobre ese inmueble, a la vez que él pagaba todos los gastos necesarios para el mantenimiento del inmueble.

La casa fué vendida por el cónyuge durante un período de separación entre ellos, sin la intervención de la cónyuge, sin embargo, el producto de la venta se dividió por igual. Además de ello, el esposo continuó en un empleo que le permitía recibir altos ingresos anuales, sin embargo, la mujer era más apta para el ahorro de lo que él lo fué, aunque no hay evidencia de extravagancia o descuido por parte de él.

La mujer, quien es la actora, alega que su contribución al mantenimiento y manejo de las finanzas de la casa fué más grande y que sería *unconscionable* permitir al esposo bajo la figura de una división igual, tener acceso a los ahorros de ella acumulados durante el matrimonio, considerando que los ahorros del esposo eran más modestos.

La Corte decidió “**based upon a total absence of evidence to support a**

finding that an equal division is unconscionable in the customary sense of the word.

The difference, if any, in the contributions of the parties in this case does not qualify as I have already indicated. Neither, in my view, does the deduction of the Manotick property. I am unable to appreciate how its sale followed by an equal of the proceeds can be a "circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance or improvement of property"(44). Como consecuencia de ello se ordenó un *equalization payment* al esposo por parte de la esposa en la cantidad de \$ 26.122.23 dólares canadienses.

15. CARATUN v. CARATUN(45)

Las partes se conocieron en Rumania cuando él estaba terminando su carrera

44 Trad. basada en una total ausencia de evidencia de sustento en cuenta que una división por igual es *unconscionable* en el acostumbrado sentido de la palabra.

La diferencia, si hay alguna, en las contribuciones de las partes en este caso no califica como se ha indicado. Tampoco, en mi opinión, para la deducción de la propiedad de Manotick. No considero como esa venta seguida de una ganancia por igual puede ser una "circunstancia relativa a la adquisición, disposición, preservación, mantenimiento y mejoramiento de la propiedad.

45 Caratun v. Caratun. Ontario High Court of Justice, Van Camp J. September 21, 1987. 43 D.L.R. (4th) 398.

de medicina, al tiempo que la familia de ella había conseguido autorización para vivir en Israel, manteniendo a pesar de su residencia en ese país una relación con él hasta noviembre de 1.976, fecha en la cual se casaron, partiendo al año siguiente a Norteamérica por cuanto ella había sido autorizada para dejar Rumania.

Al llegar a Canadá el esposo realizó un curso de Inglés de seis meses y empezó sus estudios para conseguir la licencia como dentista, consiguiéndola posteriormente, empezando a trabajar en un Hospital, a la vez que ella desarrolló todo tipo de trabajos en orden a colaborar en el sostenimiento del hogar y a la educación de él. Una vez él consiguió su licencia para trabajar como dentista, él le dijo a su esposa que quería el divorcio, compró posteriormente un consultorio, y en 1983 conoció a una mujer, con quien estaba viviendo en el momento del juicio.

Con el objeto de conseguir la custodia de su hijo, el cónyuge visitó frecuentemente a la actora, a la vez que tuvo relaciones sexuales con ella, postergando la reconciliación por una serie de exigencias diferentes cada vez, encontrando la Corte que en ningún momento él tuvo intención de volver con

ella.

La Corte consideró que la licencia profesional es un bien social, por cuanto no se debe tener en cuenta los conceptos convencionales de propiedad personal, si la definición de propiedad en s. 4(11) del *F.L.A.* debe ser construída sobre la base de activo social, incluyendo ese tipo de bienes.

Existen cuatro métodos para reconocer a un esposo la contribución al otro de una licencia profesional que son:

1) *Equalization*

“Where a license is the product of a joint effort to educate one spouse in order to ensure a higher standard of living for the family in the future, it may be equitable to require the value of that license to be shared equally. The contributing spousee may have financed the other’s education, shouldered the bulk of household responsibilities, forgone the chance to pursue his or her own education, delayed the acquisition of other assets

and put up with a lower standar of living than the couple could have enjoyed if both were working”(46).

Será equitativo la *equalization* del valor de la licencia o grado obtenido cuando el otro esposo ha hecho una contribución muy importante, pero es difícil justificar este resultado cuando la contribución fué mínima.

2) Distribución desigual de activos

En el cual se consideraría la contribución a la obtención de la licencia por parte del esposo como “**circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance or improvement of property**”(47) consagrado lo anterior en la sección 5(6) del *Family Law Act*.

46 Trad. Donde una licencia es el producto de una unión de esfuerzos a la educación de un esposo para asegurar un alto nivel de vida de la familia en el futuro, será equitativo exigir que el valor de la licencia sea dividida por igual. La contribución del esposo puede haber financiado la educación del otro, asumiendo todas las responsabilidades de la casa, olvidando la oportunidad de seguir su propia educación, retrasando la adquisición de otros activos y conservando un nivel de vida más bajo del que la pareja hubiera podido disfrutar si ambos hubieran trabajado.

47 Trad. circunstancia relativa a la adquisición, disposición, preservación, mantenimiento o mejoramiento de la propiedad.

3) *Support* de acuerdo a la sección 33 del *F.L.A.*

Compensando a un cónyuge por la contribución a la licencia del otro cónyuge, con una orden de *support*. Esta orden se debe basar en la necesidad y en la capacidad para pagar, y un cónyuge que ha financiado la carrera profesional del otro cónyuge puede ser financieramente independiente y no tener necesidad de *support*.

4) *Constructive trust*

La otra solución al problema de la licencia adquirida en conjunto es adjudicar a la contribución del cónyuge un interés a través de un *constructive trust*. **“By contrast, the imposition of a constructive trust would create an equitable proprietary interest in the license or degree based upon the contribution of one spouse and the unjust enrichment of the other”**(48).

Considera la Corte que cuando **“where one spouse contributes substantially**

48 Trad. En contraste, la imposición de *a constructive trust* podría crear un interés equitativo en la licencia o grado basado en la contribución de un esposo y el injusto enriquecimiento del otro.

to the other's acquisition of a professional licence or degree, expecting to share in the increased earning capacity and financial security conferred by that training, the professional spouse would be unjustly enriched if permitted to enjoy those benefits without compensating the contribution spouse"(49).

Según la Corte, *the constructive trust* es el primer método que debe considerarse para compensar a un cónyuge por su contribución a la licencia profesional del otro, por lo cual en este caso la contribución de ella le permitió a él usar esa preparación para obtener una licencia en Ontario, y sin la ayuda de la cónyuge, él no hubiera podido conseguir esa licencia, a la vez que él no hubiera tenido la oportunidad de partir de Rumania para obtener esa licencia si no hubiera sido por la posibilidad que ella tenía de abandonar ese país e ir a Canadá. La contribución de la cónyuge es financieramente pequeña pero suficiente para pagar los costos de su educación mientras vivían juntos. La oportunidad que tuvo ella de ganar más dinero fué demorada por la necesidad que tenía él de estudiar Inglés y posteriormente, de tener un empleo para

49 Trad. Donde un esposo contribuye sustancialmente a la adquisición de la licencia o grado profesional del otro, esperando compartir el incremento en lo que devenga y seguridad financiera conferida por esa instrucción, el esposo profesional estaría enriqueciéndose injustamente si se le permite disfrutar de esos beneficios sin compensar al otro esposo.

financiar la educación de el cónyuge. La Corte decidió que si existió una contribución, la valoró económicamente en la suma de treinta mil dólares canadienses y ordenó al cónyuge el pago de la misma.

16. GRANT-HOSE v. GRANT- HOSE(50)

Las partes se casaron en 1977, separándose en 1987 debido a dificultades en el matrimonio, obteniendo el divorcio en 1989. El cónyuge solicita exclusiva posesión de la vivienda familiar.

En el transcurso del trámite de divorcio las partes habían firmado un acuerdo en el cual el cónyuge había permitido que ella viviera en la casa por un período de cinco años, antes de ser vendida. Considerando el cónyuge que esté acuerdo **“should be set aside for unconscionability”**(51).

Considera la Corte que él sabía que el documento firmado era un acuerdo de separación. Además que si se hubiera aceptado **“the proposition that the**

50 Grant-Hose v. Grant-Hose. Ontario Unified Family Court, Mendes da Costa U.F.C.J. Judgment - February 22, 1991. 32 R.F.L. (3d).

51 Trad. podría ser puesto aparte por *unconscionability*

separation agreement may be set aside if it is unconscionable in the substantive law sense, in that its provisions are such as to shock the conscience of the court and to have provisions are such as to shock the conscience of the court and to have place under the applicant in a position so unfair as to cry out for relief”(52). Considerando en este caso que no existe *unconscionability* por cuanto él tenía pleno conocimiento de lo que estaba firmando y haciendo, sin hacerlo bajo presión de ninguna clase, teniendo en cuenta que este acuerdo es un contrato, un acto voluntario.

6.3.1.3 Marital property

RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES

Este régimen de comunidad de bienes(53) , regulado en Estados Unidos vino a

52 Trad. La proposición de que el acuerdo de separación puede no tomarse en cuenta por *unconscionable* en el sentido sustantivo de la ley, en ese las estipulaciones escandalizan la conciencia de la Corte y tienen lugar para que el solicitante al encontrarse en una posición tan injusta solicite una compensación.

53 “The roots of the system of equitable distribution of property in the United States are found in the systems of community property introduced into the Western Hemisphere from France and Spain”. Lay Community Property: Its Origin and importance to the Common Law Attorney, 5J. Fam. Law. 51,52 (1965) (hereinafter Lay).

influenciar a las provincias del Common Law en Canadá en cuanto a la división de la propiedad marital, toda vez que se consideró a cada esposo como un miembro que contribuía por igual al matrimonio a través de su trabajo haciéndolo prosperar, por esto cada uno tenía igual derecho a la propiedad al disolverse el matrimonio. Es por ello que se tomó la concepción del matrimonio como una relación de compañeros *partnership*, donde los esposos son compañeros en negocios o transacciones futuras, como en una empresa dando cada uno su tiempo y capacidades en beneficio de la misma.

Adoptándose esta teoría en Canada, como se muestra en Caratun v. Caratun⁽⁵⁴⁾ al exponer que **“the Family Law act, 1986 (Ont), c.4, recognizes marriage as a partnership and each spouse is presumed to make an equal contribution to that partnership and is therefore entitled to an equal share of the value of property acquired during the marriage. Property is broadly defined and should be construed in light of the partnership theory”**⁽⁵⁵⁾ se

54 Caratun v. Caratun. Caso cit.

55 Trad. *The Family Law Act, 1986 (Ont), c. 4*, reconoce el matrimonio como una *partnership* y cada esposo se presume hace una contribución por igual a esa *partnership* que da derecho por consiguiente a una división por igual del valor de la propiedad adquirida durante el matrimonio. La propiedad es plenamente definida y debe ser construida a la luz de la teoría de *partnership*.

desarrolló este concepto de vital importancia para este trabajo, diversos tratadistas de Derecho de Familia también lo tratan, diciendo que el matrimonio se toma como **“as a partnership where the parties contribute in different ways, but whose contributions are recognized as having equal value and importance to the marriage”**(56).

6.3.1.3.1 Regulación del *Family Law Act* para la provincia de Ontario

Es este Acto de Derecho de Familia el que viene a reparar todos los casos de injusticia que se encontraban en el régimen anterior, se consagró el principio de la división por igual de los bienes sociales, y se eliminó la distinción entre bienes sociales y no sociales, siendo todos ellos entregados a los esposos al momento de repartirse el valor de lo adquirido en el matrimonio cuando este termina por separación, divorcio o muerte.

1) Aplicación:

“(1) This part applies to property owned by spouses

56 Trad. como una *partnership* donde las partes contribuyen en diferentes formas, siendo reconocidas esas contribuciones como de igual valor e importancia en el matrimonio.
Hainsworth, T. W. Ontario Family Law Act Manual. 2nd. Edition . Ontario : Canadá Law Book Inc., 1992. p. 5-7.

- a) Whether they were married before or after this Act comes into force and
- b) Whether the property was acquired before or after this Act comes into force.”(57)

Excepciones en su aplicación:

- 1) Las personas que no están legalmente casadas. Ellos no tienen derecho a la propiedad según el *Family Law Act*, sin importar cuanto tiempo han cohabitado. Por fuera de esta legislación, a ellos solamente se les da derecho a pedir soporte económico, uno al otro, si las relaciones se terminan.
- 2) Los esposos cuya división de la propiedad ya se encontraba dividida en el momento de entrar en vigencia el acto, por una sentencia de la corte.
- 3) Los esposos que han firmado un acuerdo de separación, donde se ha dividido la propiedad antes de Junio 4 de 1.985.

57 Cfr. con *Family Law Act* para la provincia de Ontario, Parte I, Sección 16 (1).

144

4) El esposo que ha muerto, si el deceso ha ocurrido antes del primero de marzo de mil novecientos ochenta y seis.

2) Propiedad marital:

Según el *Family Law Act* constituyen propiedad marital **“all property owned by either spouse individually or by both spouses together regardless of location of the property in the world, is considered within the meaning of the act and therefore its value must be divided. This may include businesses, farms, pensions, saving, RRSPs, furniture, cottages and so on, regardless of the way in which they were acquired or in whose name they were acquired”**. (58)

3) Propiedad exenta de la división igualitaria:

Se consideran que los siguientes bienes no entran a diviirse por igual al

58 Trad. Todos los bienes adquiridos durante el matrimonio por el esposo individualmente o por ambos, sin consideración a la ubicación de los mismos. Hacen parte de este concepto las fincas, negocios, ahorros, pensiones, muebles, cabañas, etc, sin atención a la forma como fueron adquiridos o en nombre de quien se adquirieron.

terminar el matrimonio si son de propiedad de uno de los esposos, a la fecha de la separación o del divorcio, o en caso de muerte, el día anterior al que el esposo ha muerto, que son:

- “1. Property, other than a matrimonial home, that was acquired by gift of inheritance from a third person after the date of the marriage;**
- 2. Income from property referred to in paragraph 11, if the donor or testator has expressly stated that it is to be excluded from the spouse’s net family property.**
- 3. Damages or a right to damages for personal injuries, nervous shock, mental distress or loss of guidance, care and companionship, or the part of a settlement that represents those damages.**
- 4. Proceeds or a right to proceeds of a policy of life insurance, as defined in the Insurance Act, that are payable on the death of the life insured.**
- 5. Property other than a matrimonial home, into which property referred to in paragraphs 1 to 4 can be traced.**
- 6. Property, that the spouses have agreed by a domestic contract is not to be included in the spouse’s net traced.”(59)**

59 Family Law Act. Part I. Family Property. Subsection 4 (1).

4) División de la propiedad

La propiedad marital solamente se determina a la fecha de la separación.

La regla general es que se divide por igual el valor de todo lo adquirido por los esposos durante el matrimonio y a cada esposo se le da la mitad del total del valor neto de los activos del matrimonio, y si uno de los activos de un esposo tienen más valor, él o ella deben compensar al otro esposo.

5) Cálculo de la división de la propiedad marital.

5.1 Cada esposo debe calcular el valor de su propiedad familiar adicionado por el valor del aumento que el bien haya tenido a la fecha de la disolución.

5.2 Deudas y obligaciones que existieron al tiempo de la separación podrán ser deducidas de esa cantidad. La diferencia será aproximadamente el valor neto de los bienes de cada esposo a la fecha de la separación.

5.3 El esposo entonces añade el valor de la propiedad traída dentro del matrimonio. Deudas y obligaciones que existieron a la fecha del matrimonio serán deducidas de esa cantidad. La diferencia será el valor neto de los bienes de propiedad de cada esposo a la fecha del matrimonio.

5.4 El esposo deduce el valor neto de la propiedad adquirida a la fecha del matrimonio del valor neto de la propiedad el día de la separación, y esa diferencia mostrará el valor de lo adquirido a través del matrimonio.

5.5 Como un último paso, cada esposo deduce el valor de la propiedad incluida en los cálculos que califique como una de las excepciones a hacer parte de los bienes sociales.

El resultado de estos cálculos es el activo neto de cada esposo *spouse's net family property*(60).

El cónyuge con el más bajo activo lo deduce del valor del activo neto del otro esposo que tiene el más alto, y se divide la diferencia correspondiéndole a cada uno la mitad, el pago de la diferencia es conocido como el *equalizing payment*, toda la operación anterior asegura que cada esposo sale del matrimonio exactamente con el mismo valor de propiedad; se adicionan además algunos activos que fueron exceptuados de esa división, como regalos o herencias.

60 Net family property means the value of all the property, except property described in subsection(2) that a spouse owns on the valuation date, after deducting
(a) the spouse's debts and other liabilities, and
(b) the value of property, other than a matrimonial home, that the spouse owned on the date of the marriage, after deducting the spouse's debts and other liabilities, calculated as of the date of the marriage (biens familiaux nets). Family Law Act. Part I. Family Property. Subsection 4(1).

Si un esposo tiene un valor negativo porque las deudas u obligaciones exceden el valor de los bienes sociales, entonces el valor de la propiedad del esposo es cero.

6) Tiempo para aplicar la división de una propiedad

Un esposo debe solicitar una división de la propiedad dentro de los seis años siguientes a la separación, dos años después de un divorcio y seis meses después de la muerte de un esposo, si la muerte ocurre después de marzo primero de mil novecientos ochenta y seis.

EJEMPLO DE LIQUIDACION DE LOS BIENES SOCIALES

| | ESPOSO A | ESPOSO B |
|--|--------------------------|-------------------------|
| -Valor total de la propiedad adquirida al tiempo de la separación | \$ 47.000 | \$ 12.000 |
| - Total de deudas y obligaciones al tiempo de la separación. | - \$ 8.000 | - \$ 2.000 |
| - Valor total de la propiedad al tiempo de la separación. | \$ 39.000 | \$ 10.000 |
| - Valor total de la propiedad adquirida al inicio del matrimonio | \$ 22.000 | \$ 7.000 |
| - Total de deudas y obligaciones al inicio del matrimonio. | \$ 4.000 | - \$ 1.000 |
| - Total del valor de la propiedad al inicio del matrimonio. | \$ 18.000 | \$ 6.000 |
| - Valor de incremento de la propiedad durante el matrimonio | \$ 39.000 - \$ 18.000 | \$ 10.000 - \$ 6.000 |
| | <hr/> | <hr/> |
| | \$ 21.000 | \$ 4.000 |
| - Bien recibido por herencia (excluido) | - \$ 4.000 | |
| - Seguro de vida recibido por la muerte de la madre (excluido) | | - \$ 2.000 |
| - <i>Net Family Property Value</i> | \$ 17.000 | \$ 2.000 |
| <p>El esposo B deduce del <i>Net Family Property Value</i> del esposo A, dándole derecho a la mitad de la diferencia de ese valor.</p> <p>\$ 17.000 - \$ 2.000</p> <hr/> <p>\$ 15.000 x 50%</p> <hr/> <p>\$ 7.500 <i>Equalization Payment</i> para el esposo B, además de conservar los \$2000 provenientes del seguro recibido.</p> | | |

6.3.1.4 *Equitable distribution of the Marital Property*

Esta Institución se creó con base en dos premisas principales:

En primer lugar el matrimonio es considerado entre otras cosas, como una relación económica de compañeros, en el cual ambas partes contribuyen como esposo, padre, *wage, earner* o en el cuidado de la casa, entre otras actividades.

En segunda instancia, se tiene que si la Corte o el juez determina que una división por igual no es equitativa, puede dividir los bienes sociales en una forma diferente a la igualitaria.

El *Family Law Act* para la provincia de Ontario reemplazó la palabra *inequitable* por la palabra *unconscionable* buscando el cuerpo legislativo proporcionar al régimen de *equalization* protección de la interferencia por parte de los jueces originada en la interpretación de lo *inequitable* a fin de distribuir los bienes en una forma desigual, cuando la realidad de los hechos mostraba que se debía distribuir bajo el régimen de *equalization*, es decir por igual. *Unconscionable* puede ser equivalente a la palabra *shocking*. Se

considera que "It requires circumstances such as to shock the conscience of the court whereby the party seeking redress has been placed in a position so unfair as to cry out for relief.....Accordingly, the word unconscionable must mean more than a mere consideration of "fairness" or "reasonableness". The use of the word creates a threshold whereby unequal division may be ordered where, to do otherwise, would be patently unfair or inordinately inequitable." (61)

The Concise Oxford Dictionary define *unconscionable* como " "having no conscience; contrary to the dictates of conscience; not guided or controlled by conscience; excessive; unreasonable; shockingly unfair or unjust". I view the usage of this word by the legislature as creating a threshold whereby unequal division may be ordered where to do otherwise would be patently unfair or inordinately inequitable. The test is a subjective test and one must be applied to all the factor that involve the three contained

61 Trad. Se requieren circunstancias que escandalizen la consciencia de la Corte, por medio de la cual a la persona debe repararse el haber sido colocada en una posición tan injusta como para solicitar ayuda.... De acuerdo a eso la palabra *unconscionable* debe significar más que una mera consideración de injusticia o de sin razón. El uso de la palabra crea una razón donde la división desigual puede ser ordenada, si en el caso en que no se hiciera, sería abiertamente injusto u ordinariamente inequitativo. Hainsworth, Op. cit., p. 5-7 . 5-8.

in s. 5(7) and the six factors in s. 5(6), i.e., (a) to (h) inclusive. (62)

Se considera que "unconscionability test may be equated with contract analysis which maintains a "grossly unfair" or "shock the conscience" of the court test. This appears to have been the test applied in *Kelly*. In addition, courts may adopt an unjust enrichment based test. In the latter case, the question to be addressed would be whether the recipient is unjustly enriched at the expense of the other spouse" (63).

The Random House Dictionary define la palabra *unconscionable* como "not guided by conscience, not in accordance with what is just and reasonable".

The Court must look at the relevant facts under s. 8 (Matrimonial Property act, 1978 (Alta.), c. 22; now R.S.A. 1980, c. M-9) and then ask

62 Trad. "No tener consciencia, contrario a los dictados de la consciencia; no guiados o controlados por la consciencia; excesivo; irrazonable; escandalosamente injusto". Yo veo que el uso de esta palabra por la legislatura crea una razón donde la división desigual puede ser ordenada, si en el caso en que no se hiciera, sería abiertamente injusto u ordinariamente inequitativo. El examen es subjetivo y debe ser sobre todos los factores que envuelve los tres contenidos en sección. 5(7) y en los seis factores en sección 5(6), desde el a hasta el h. En: Grant-Hose v. Grant-Hose, Caso cit.

63 Trad. *unconscionability test* debe ser considerado equivalente con el análisis del contrato que mantiene una injusticia grande o escandaliza la consciencia de la Corte que hace el examen. Esto parece haber estado en el examen hecho en *Kelly*. Además, la court debe adoptar un examen de enriquecimiento injusto. En último caso, la pregunta será dirigida de todas maneras al que se enriqueció injustamente a expensas del otro esposo. McLeod G, James. Faculty of Law. University of Western Ontario. En: *Kelly v. Kelly*, Caso cit.

itself it would be unjust or inequitable to divide the property equally”.(64)

Este sistema de distribución equitativa deja a discreción de la Corte o el juez, el asignar a los esposos propiedad adquirida durante el matrimonio, sin tener en consideración el título, tomando en cuenta las circunstancias del particular caso, reconociendo el valor de las contribuciones de un esposo a aumentar el capital familiar, o simplemente al progreso del otro esposo.

Se ve el matrimonio como una empresa, o unión de esfuerzos con la naturaleza de una relación de compañeros al cual ambos esposos contribuyen directamente o indirectamente, económicamente o no, siendo los frutos de esa unión los que se distribuyen al terminar el matrimonio, se considera que cada esposo hace una diferente pero importante contribución.

Para poder dividir los bienes sociales, se requiere que el esposo que se sienta afectado, solicite a la Corte ordene que el valor de la propiedad no sea dividido

64 Trad. “no guiado por la consciencia, en desacuerdo con lo justo y razonable”, la Corte debe mirar los factores relevantes de la sección 8 (*Matrimonial Property Act, 1978 (Alta.), c. 22; now R.S.A. 1980, c. M-9*) y entonces preguntarse a si misma si sería injusto e inequitativo dividir la propiedad por igual. En : Kelly v. Kelly, Caso cit.

igualmente siempre que al efectuarse una división por igual sea excesivo el beneficio que recibe uno, frente a los aportes del otro, por esto el *Family Law Act* considera justo y equitativo que los activos sociales sea dividido teniendo en cuenta que las contribuciones de los esposos puedan ser consideradas financieramente desiguales.

6.3.1.4.1 Factores que permiten ordenar una desigual división de los bienes sociales

A pesar de que el sistema del *common law*, tiene como uno de sus pilares la *equity*, considerada en este caso como el criterio de lo equitativo y justo, los parámetros que estimará la Corte al momento de aplicarla tendrán en cuenta los factores consagrados en el *Family Law Act* de Ontario, que son:

- “a) a spouse’s failure to disclose to the other spouse debts or other liabilities existing at the date of the marriage;**
- b) the fact that debts or other liabilities claimed in reduction of a spouse’s net family property were incurred recklessly or in bad faith;**

- c) the part of a spouse's net family property that consists of gifts made by the other spouse;
- d) a spouse's intentional or reckless depletion of his or her net family property;
- e) the fact that the amount a spouse would otherwise receive under subsection (1), (2) or (3) is disproportionately large in relation to a period of cohabitation that is less than five years;
- f) the fact that one spouse has incurred a disproportionately larger amount of debts or other liabilities than the other spouse for the support of the family;
- g) a written agreement between the spouses that is not a domestic contract; or
- h) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance or improvement of property.

(7) The purpose of this section is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint responsibilities of the spouses and that inherent in the marital relationship there is equal contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities, entitling each spouse to the

equalization of the net family properties, subject only to the equitable considerations set out in subsection (6). 1986, c. 4, s. 5." (65)

Estas son las bases generales que gobiernan la distribución de los bienes al terminar el matrimonio, pero teniendo en cuenta que cada provincia tiene autonomía, encontramos que se han dictado disposiciones que complementan o reafirman los factores mencionados anteriormente, como se ha podido deducir de la presentación de los casos jurisprudenciales de diferentes provincias.

65 Trad

- a) La existencia de un error cometido por un esposo al ocultar deudas u otras obligaciones al inicio del matrimonio.
- b) Si un esposo temerariamente o con mala fé ha incurrido en deudas que puedan reducir el activo familiar.
- c) Si un esposo declara regalos del otro esposo como parte de su propio activo.
- d) Cuando un esposo intencionalmente o temerariamente disminuye sus activos en la propiedad familiar.
- e) Si el esposo recibe una gran cantidad de derechos considerando que han cohabitado por un tiempo inferior a cinco años.
- f) El esposo que contraiga desproporcionadas deudas u otras obligaciones familiares en relación al otro, con el objeto de mantener la familia.
- g) Si hay un acuerdo entre esposos o cualquier otro tipo de contrato.
- h) La existencia de otras circunstancias relativas a la adquisición, disposición, preservación, mantenimiento o mejoramiento de la propiedad.

El propósito de esta sección es reconocer que el cuidado de los niños, la administración de la casa y el aporte financiero son responsabilidades conjuntas de los esposos, inherentes a la relación del matrimonio por lo que se da la distribución por igual, debido a que financieramente o de otra manera, el asumir cada esposo estas responsabilidades le dan derecho a la equalization de los activos netos sociales, sujeto solamente a consideraciones de equidad de la subsección(6). 19886, c.4, s. 5. Family Law Act. Part I Family Property. Subsection 6,7.

Aunque el objetivo principal de estas reformas en Familia, fué el proteger a la mujer toda vez que por su desempeño en las labores de casa, le era difícil obtener ingresos económicos, se consideró entonces que el cuidado de los niños, las labores de la casa en su administración, eran responsabilidad de los dos esposos, por lo que al momento de dividirse los bienes adquiridos, que venían a constituir el activo líquido, se hacía por partes iguales; también, se tuvo en cuenta un criterio de equidad, en cuanto a otro tipo de aportes que un esposo podía hacer a la empresa del otro esposo, o su contribución al desarrollo personal e intelectual del otro. En fin una serie de factores que han sido considerados por los jueces, desarrollándose así una gran variedad de casuística, de mucho contenido, y con casos muy particulares, lo que ha permitido que el juez o la Corte al momento de aplicar la ley, se mueva dentro de un terreno de libertad y autonomía en búsqueda de una mejor distribución de los activos netos que hacen parte de los bienes adquiridos durante el matrimonio por cada uno de los esposos.

6.3.2 Provincia de Québec

La provincia de Québec posee un sistema jurídico diferente a los de las demás

provincias en Canadá, aplicándose en ella el *civil law*, adquiriendo por lo tanto las mismas características del sistema colombiano.

En el Código Civil vigente desde el 1 de enero de 1.994, expedido por el Decreto 712 de 1.993, se reglamenta en su libro décimo de la Familia, título primero, capítulos cuatro y cinco lo referente a la regulación del régimen de bienes que surge por el hecho del matrimonio.

En el capítulo cuatro, sección tres, *Du patrimoine familial*, subsección uno, se hace referencia a la partición de ese patrimonio, consagrando en su artículo 416 lo siguiente: **“En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur du patrimoine familial des époux, déduction faite des dettes contractées pour l’acquisition, l’amélioration, l’entretien ou la conservation, des biens qui le constituent, est divisée à parts égales, entre les époux ou entre l’époux survivant et les héritiers, selon le cas”**(66).

Consagrándose así la regla general de partición de los bienes sociales entre los

66 Trad. En el evento de una separación de cuerpos, de disolución o nulidad del matrimonio, el valor del patrimonio de los esposos, después de deducir las deudas contraídas por la adquisición, mejoramiento, mantenimiento o preservación de la propiedad que la constituye esto, es igualmente dividido entre los esposos o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, según el caso. Code Civil du Québec: 5e édition. Québec : Les Editions Yvon Blais Inc., 1997-1998. p. 93.

cónyuges, pero estableciendo una excepción al respecto estipulada en el artículo 422 así: **“Le tribunal peut, sur demande, déroger au principe du partage égal et, quant aux gains inscrits en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents, décider qu’il n’y aura aucun partage de ces gains, lorsqu’il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l’un des époux ou encore de la mauvaise foi de l’un d’eux”**(67).

Concediéndose por parte de la Legislatura, la posibilidad para la Corte de aplicar una división diferente a la igualitaria, consagrada como regla general, en razón a ciertas circunstancias especificadas en la misma ley, por lo cual se permite manejar en términos de equidad y justicia la distribución de ese bien social constituido por el plan de pensión a que puede tener derecho uno y otro cónyuge.

67 Trad. La Corte puede, si se le solicita, hacer una excepción a la regla de partición en partes iguales, y decidir que no habrá partición de las ganancias registradas de acuerdo a la Ley respecto del Plan de Pensión de Québec o de otros planes similares donde resultara injusto considerando, en particular, la brevedad del matrimonio, la dilapidación de ciertos bienes por uno de los esposos, o la mala fé de uno de ellos.
Ibid., p. 95.

Es importante para el presente trabajo resaltar la existencia de este último artículo referenciado, por cuanto da pautas para ser aplicado en otros países que poseen el sistema jurídico del *civil law*, con el fin de desarrollar parámetros de equidad que le permitan al juez salir de ese esquema predominantemente exegético, y en su lugar entrar a analizar circunstancias sociales y económicas entre otras que se pueden dar en un matrimonio, y que originan muchas veces el derecho de cualquiera de los cónyuges, a una cantidad menor a la mitad del total del activo líquido social a repartir.

7. TRABAJO DE CAMPO

7.1. PROCESO DE OBSERVACION A JUZGADOS DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

I. DATOS PERSONALES

Cuadro 1. Tipo de procesos de distribución del activo líquido social tramitados ante los Juzgados de Familia.

| PROCESO | PORCENTAJE |
|---|------------|
| Separación de bienes | 7.14 |
| Separación de cuerpos | 19.04 |
| Divorcio | 23.81 |
| Liquidación de sociedad propiamente dicha | 47.62 |
| Liquidación de sociedad patrimonial | 2.38 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 2. Juzgados en los que se adelanta la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial.

| JUZGADOS | PORCENTAJE |
|--------------------|------------|
| Primero de Familia | 38.1 |
| Segundo de Familia | 19.05 |
| Tercero de Familia | 30.95 |
| Cuarto de Familia | 11.9 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 3. Fecha de inicio de los procesos de liquidación del activo social.

| FECHA DE REALIZACION | PORCENTAJE |
|----------------------|------------|
| 1.987- 1.989 | 7.14 |
| 1.990-1.992 | 33.33 |
| 1.993-1.995 | 50 |
| 1.994-1.998 | 9.52 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 4. Tipo de demandante en liquidación de la sociedad.

| DEMANDANTE | PORCENTAJE |
|----------------|------------|
| Hombre | 35.7 |
| Mujer | 61.9 |
| Hombre y mujer | 2.39 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 5. Clase de unión que dió origen a la sociedad conyugal o patrimonial.

| CLASE DE UNION | PORCENTAJE |
|---------------------|------------|
| Matrimonio católico | 92.85 |
| Matrimonio civil | 4.76 |
| Unión libre | 2.39 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 6. Edad del hombre a la fecha de iniciación del proceso de liquidación

| EDAD DEL HOMBRE | PORCENTAJE |
|-----------------|------------|
| 18-25 | 0 |
| 26-33 | 9.5 |
| 34-41 | 26.2 |
| 42-49 | 16.66 |
| 50-57 | 11.9 |
| Más de 58 | 2.39 |
| No datos | 33.33 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 7 Edad de la mujer a la fecha de la iniciación del proceso de liquidación

| EDAD DE LA MUJER | PORCENTAJE |
|------------------|------------|
| 18-25 | 4.76 |
| 26-33 | 14.29 |
| 34-41 | 33.33 |
| 42-49 | 14.29 |
| 50-57 | 4.76 |
| Más de 58 | 0 |
| No datos | 28.57 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Juzgados de familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 8. Número de hijos en las uniones que son objeto de liquidación del activo social en los Juzgado de Familia.

| NUMERO DE HIJOS | PORCENTAJE |
|-----------------|------------|
| 0-3 | 61.90 |
| 4-6 | 19.05 |
| 7-9 | 0 |
| No datos | 19.05 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 9. Duración de la unión que dió origen a la sociedad conyugal o patrimonial

| TIEMPO DE DURACIÓN EN AÑOS | PORCENTAJE |
|----------------------------|------------|
| 1-5 | 7.14 |
| 6-10 | 16.66 |
| 11-15 | 21.42 |
| 16-20 | 23.81 |
| Más de 20 | 30.95 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

II DILIGENCIA DE INVENTARIOS Y AVALÚOS

Cuadro 1. Presentación de inventarios y avalúos en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial.

| PRESENTA INVENTARIOS | PORCENTAJE |
|----------------------|------------|
| Demandante | 54.76 |
| Demandado | 11.90 |
| Ambos | 28.57 |
| No hubo | 4.76 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

ACTIVOS

Cuadro 2. Valor de inmuebles a distribuir entre los cónyuges o compañeros permanentes.

| VALOR DE INMUEBLES EN MILLONES | PORCENTAJE |
|--------------------------------|------------|
| CERO | 40.47 |
| 0-5 | 7.14 |
| 6-10 | 26.19 |
| 11-15 | 4.76 |
| 16-20 | 0 |
| Más de 20 | 21.43 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 3. Valor de bienes muebles a distribuir entre los cónyuges o compañeros permanentes.

| VALOR DE MUEBLES EN MILLONES | PORCENTAJE |
|------------------------------|------------|
| CERO | 59.52 |
| 0-5 | 28.57 |
| 6-10 | 7.14 |
| 11-15 | 0 |
| 16-20 | 4.76 |
| Más de 20 | 0 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

PASIVOS

Cuadro 4. Pasivo con título por pagar en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial.

| PASIVO CON TITULO EN MILLONES | PORCENTAJE |
|-------------------------------|------------|
| CERO | 80.95 |
| 0-5 | 14.28 |
| 6-10 | 2.38 |
| 11-15 | 0 |
| 16-20 | 0 |
| Más de 20 | 2.38 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 5. Pasivo sin título por pagar en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial.

| PASIVO SIN TITULO EN MILLONES | PORCENTAJE |
|-------------------------------|------------|
| CERO | 83.33 |
| 0-5 | 11.90 |
| 6-10 | 2.38 |
| 11-15 | 0 |
| 16-20 | 0 |
| Más de 20 | 2.38 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 6. Valor de recompensas existentes en la sociedad conyugal o patrimonial.

| VALOR DE RECOMPENSAS EN MILLONES | PORCENTAJE |
|----------------------------------|------------|
| NO HUBO | 88.09 |
| 0-3 | 7.14 |
| 4-6 | 2.38 |
| Más de 7 | 2.38 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga

Cuadro 7. Valor en millones del activo líquido social a repartir.

| VALOR EN MILLONES ACTIVO LIQUIDO SOCIAL | PORCENTAJE |
|---|------------|
| CERO | 23.81 |
| 0-7 | 35.71 |
| 8-14 | 16.66 |
| 15-21 | 4.76 |
| 22-28 | 2.38 |
| Más de 28 | 16.66 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 8. Objeción a los inventarios y avalúos en proceso liquidatorio de sociedad conyugal o patrimonial.

| OBJECION | PORCENTAJE |
|------------|------------|
| Demandante | 14.28 |
| Demandado | 4.76 |
| No hubo | 80.95 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

III. PARTICION

Cuadro 1. Iniciativa para designar al partidor en trámite de liquidación de sociedad conyugal.

| DESIGNACION DE PARTIDOR | PORCENTAJE |
|-------------------------|------------|
| Demandante o demandado | 2.38 |
| Demandante y demandado | 4.76 |
| Juez | 73.81 |
| No hubo partición | 19.05 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

OPERACION DE LA PARTICION

Cuadro 2. Distribución del activo líquido social entre los cónyuges o compañeros permanentes en el proceso según sea el caso.

| DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO SOCIAL | PORCENTAJE |
|--|------------|
| Igual | 73.81 |
| Desigual | 4.76 |
| No hubo | 21.43 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

Cuadro 3. Objeción a la partición del activo líquido de la sociedad conyugal.

| OBJECION A LA PARTICION | PORCENTAJE |
|-------------------------|------------|
| SI | 9.52 |
| NO | 69.05 |
| No hubo | 21.43 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga.

7.2 PROCESO DE OBSERVACION A NOTARIAS DE BUCARAMANGA

I. DATOS PERSONALES

Cuadro 1. Trámite adelantado para la distribución del activo líquido social ante las Notarias.

| TRAMITE | PORCENTAJE |
|-------------------------------------|------------|
| Liquidación de sociedad conyugal | 96.66 |
| Liquidación de sociedad patrimonial | 1.11 |
| Liquidación de sociedad de hecho | 2.22 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 2. Fecha de realización de escrituras de liquidación de activo social.

| FECHA DE REALIZACION | PORCENTAJE |
|----------------------|------------|
| 1.990- 1.992 | 14.44 |
| 1.993-1.995 | 55.55 |
| 1.996-1.998 | 30 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 3. Clase de unión que dió origen a la sociedad conyugal, patrimonial o de hecho.

| CLASE DE UNIÓN | PORCENTAJE |
|---------------------|------------|
| Matrimonio católico | 86.64 |
| Matrimonio civil | 10 |
| Unión libre | 3.3 |
| TOTAL | 99.9 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 4. Edad del hombre a la fecha de iniciación del trámite notarial de liquidación.

| EDAD DEL HOMBRE | PORCENTAJE |
|-----------------|------------|
| 18-25 | 4.44 |
| 26-33 | 12.22 |
| 34-41 | 30 |
| 42-49 | 24.44 |
| 50-57 | 5.55 |
| Más de 58 | 13.3 |
| No datos | 10 |
| TOTAL | 99.9 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 5. Edad de la mujer a la fecha de iniciación del trámite notarial de liquidación.

| EDAD DE LA MUJER | PORCENTAJE |
|------------------|------------|
| 18-25 | 11.11 |
| 26-33 | 22.22 |
| 34-41 | 32.22 |
| 42-49 | 20 |
| 50-57 | 3.33 |
| Más de 58 | 5.55 |
| No datos | 5.55 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 6. Número de hijos en las uniones que son objeto de liquidación del activo social por el trámite notarial.

| NUMERO DE HIJOS | PORCENTAJE |
|-----------------|------------|
| 0-3 | 42.22 |
| 4-6 | 4.44 |
| 7-9 | 1.11 |
| No datos | 52.22 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 7. Duración de la unión que dió origen a la sociedad conyugal o patrimonial

| TIEMPO DE DURACIÓN EN AÑOS | PORCENTAJE |
|----------------------------|------------|
| 1-5 | 13.33 |
| 6-10 | 17.77 |
| 11-15 | 22.22 |
| 16-20 | 20 |
| Más de 20 | 30.95 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Notarias del círculo de Bucaramanga.

II DILIGENCIA DE INVENTARIOS Y AVALÚOS

ACTIVOS

Cuadro 1. Valor de inmuebles a distribuir entre los cónyuges o compañeros permanentes.

| VALOR DE INMUEBLES EN MILLONES | PORCENTAJE |
|--------------------------------|------------|
| CERO | 11.11 |
| 0-5 | 22.22 |
| 6-10 | 32.22 |
| 11-15 | 20 |
| 16-20 | 3.33 |
| Más de 20 | 5.55 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 2. Valor de muebles a distribuir entre los cónyuges o compañeros permanentes.

| VALOR DE MUEBLES EN MILLONES | PORCENTAJE |
|------------------------------|------------|
| CERO | 14.44 |
| 0-5 | 64.44 |
| 6-10 | 12.22 |
| 11-15 | 1.11 |
| 16-20 | 2.22 |
| Más de 20 | 5.55 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

PASIVOS

Cuadro 3. Pasivo con título por pagar en el trámite de liquidación notarial del activo social.

| PASIVO CON TITULO EN MILLONES | PORCENTAJE |
|-------------------------------|------------|
| CERO | 60 |
| 0-5 | 21.11 |
| 6-10 | 6.66 |
| 11-15 | 3.33 |
| 16-20 | 4.44 |
| Más de 20 | 4.44 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 4. Pasivo sin título por pagar en el trámite de liquidación notarial del activo social.

| PASIVO SIN TITULO EN MILLONES | PORCENTAJE |
|-------------------------------|------------|
| CERO | 87.77 |
| 0-5 | 6.66 |
| 6-10 | 3.33 |
| 11-15 | 0 |
| 16-20 | 1.11 |
| Más de 20 | 1.11 |
| TOTAL | 99.98 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

RECOMPENSAS

Cuadro 5. Valor de recompensas existentes en la sociedad conyugal o patrimonial.

| VALOR DE RECOMPENSAS EN MILLONES | PORCENTAJE |
|----------------------------------|------------|
| NO HUBO | 100 |
| 0-3 | 0 |
| 4-6 | 0 |
| Más de 7 | 0 |
| TOTAL | 100 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga

Cuadro 6. Beneficiario de las recompensas.

| BENEFICIARIO DE LAS RECOMPENSAS | PORCENTAJE |
|---------------------------------|------------|
| Demandante | 0 |
| Demandado | 0 |
| Sociedad conyugal | 0 |
| TOTAL | 0 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

Cuadro 7. Valor en millones del activo líquido social a repartir.

| VALOR EN MILLONES ACTIVO LIQUIDO SOCIAL | PORCENTAJE |
|---|------------|
| CERO | 1.11 |
| 0-10 | 72.22 |
| 11-21 | 16.6 |
| 22-32 | 3.33 |
| Más de 33 | 6.66 |
| TOTAL | 99.9 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

III. OPERACION DE LA PARTICION

Cuadro 1. Distribución del activo líquido social entre los cónyuges o compañeros permanentes en el trámite notarial.

| DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO SOCIAL | PORCENTAJE |
|--|------------|
| Igual | 88.88 |
| Desigual | |
| A favor del hombre | 1.11 |
| A favor de la mujer | 10 |
| TOTAL | 99.99 |

FUENTE: Notarias del Círculo de Bucaramanga.

7.3 ENCUESTAS REALIZADAS EN LA CIUDAD DE BUCARAMANGA

Cuadro 1. Magistrados del Tribunal Superior, Sala de Familia y Jueces de Familia de Bucaramanga.

| AFIRMACIONES | ACTITUD |
|--|---------------------|
| 1. La aplicación del artículo 1.830 del Código Civil Colombiano que consagra la distribución igualitaria de los bienes de la sociedad conyugal se estableció en favor de la mujer ama de casa. | INDECISO |
| 2. Al repartir por igual los bienes de la sociedad conyugal no existe equidad. | TOTAL DESACUERDO |
| 3. El juez debería valorar la actividad realizada por cada cónyuge para distribuir los bienes sociales. | DESACUERDO |
| 4. Los bienes de la sociedad conyugal se deben repartir proporcionalmente de acuerdo a los aportes de cada cónyuge. | DESACUERDO |
| 5. Hay enriquecimiento sin justa causa a favor del cónyuge que ha contribuido en menor proporción al otro. | TOTAL DESACUERDO |
| 6. Para la distribución de los bienes sociales se debería tomar en cuenta la edad de uno de los cónyuges en relación a la del otro. | TOTAL DESACUERDO |
| 7. El tiempo de duración del matrimonio debería influir en la distribución de los bienes sociales. | DESACUERDO |
| 8. El que uno de los cónyuges se dedique a trabajar debiendo dejar su propia formación intelectual para contribuir en el desarrollo intelectual del otro, debería influir en el porcentaje que le correspondería a cada cónyuge. | DESACUERDO |
| 9. Si uno de los esposos se dedica a trabajar para el sostenimiento de la familia y el otro a desarrollar una actividad intelectual se deben distribuir los bienes equitativamente. | TOTAL ACUERDO |

Fuente: Magistrados del Tribunal Superior, Sala de Familia y Jueces de Familia de Bucaramanga.

Cuadro 2. Abogados en su condición de apoderados de procesos de liquidación de Sociedad Conyugal

| AFIRMACIONES | ACTITUD |
|--|---------------------|
| 1. La aplicación del artículo 1.830 del Código Civil Colombiano que consagra la distribución igualitaria de los bienes de la sociedad conyugal se estableció en favor de la mujer ama de casa. | INDECISO |
| 2. Al repartir por igual los bienes de la sociedad conyugal no existe equidad. | INDECISO |
| 3. El juez debería valorar la actividad realizada por cada cónyuge para distribuir los bienes sociales. | DESACUERDO |
| 4. Los bienes de la sociedad conyugal se deben repartir proporcionalmente de acuerdo a los aportes de cada cónyuge. | INDECISO |
| 5. Hay enriquecimiento sin justa causa a favor del cónyuge que ha contribuido en menor proporción al otro. | DESACUERDO |
| 6. Para la distribución de los bienes sociales se debería tomar en cuenta la edad de uno de los cónyuges en relación a la del otro. | TOTAL DESACUERDO |
| 7. El tiempo de duración del matrimonio debería influir en la distribución de los bienes sociales. | INDECISO |
| 8. El que uno de los cónyuges se dedique a trabajar debiendo dejar su propia formación intelectual para contribuir en el desarrollo intelectual del otro, debería influir en el porcentaje que le correspondería a cada cónyuge. | DESACUERDO |
| 9. Si uno de los esposos se dedica a trabajar para el sostenimiento de la familia y el otro a desarrollar una actividad intelectual se deben distribuir los bienes equitativamente. | ACUERDO |

Fuente: Abogados litigantes en la ciudad de Bucaramanga

Cuadro 3. Abogados que actúan como auxiliares de la justicia, siendo partidores en el trámite de liquidación de sociedad conyugal y patrimonial.

| AFIRMACIONES | ACTITUD |
|--|---------------------|
| 1. La aplicación del artículo 1.830 del Código Civil Colombiano que consagra la distribución igualitaria de los bienes de la sociedad conyugal se estableció en favor de la mujer ama de casa. | ACUERDO |
| 2. Al repartir por igual los bienes de la sociedad conyugal no existe equidad. | TOTAL DESACUERDO |
| 3. El juez debería valorar la actividad realizada por cada cónyuge para distribuir los bienes sociales. | TOTAL ACUERDO |
| 4. Los bienes de la sociedad conyugal se deben repartir proporcionalmente de acuerdo a los aportes de cada cónyuge. | ACUERDO |
| 5. Hay enriquecimiento sin justa causa a favor del cónyuge que ha contribuido en menor proporción al otro. | TOTAL ACUERDO |
| 6. Para la distribución de los bienes sociales se debería tomar en cuenta la edad de uno de los cónyuges en relación a la del otro. | TOTAL DESACUERDO |
| 7. El tiempo de duración del matrimonio debería influir en la distribución de los bienes sociales. | TOTAL ACUERDO |
| 8. El que uno de los cónyuges se dedique a trabajar debiendo dejar su propia formación intelectual para contribuir en el desarrollo intelectual del otro, debería influir en el porcentaje que le correspondería a cada cónyuge. | TOTAL ACUERDO |
| 9. Si uno de los esposos se dedica a trabajar para el sostenimiento de la familia y el otro a desarrollar una actividad intelectual se deben distribuir los bienes equitativamente. | TOTAL ACUERDO |

Fuente: Abogados auxiliares de la justicia.

Cuadro 4. Defensores de Familia que laboran en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

| AFIRMACIONES | ACTITUD |
|--|---------------------|
| 1. La aplicación del artículo 1.830 del Código Civil Colombiano que consagra la distribución igualitaria de los bienes de la sociedad conyugal se estableció en favor de la mujer ama de casa. | ACUERDO |
| 2. Al repartir por igual los bienes de la sociedad conyugal no existe equidad. | INDECISO |
| 3. El juez debería valorar la actividad realizada por cada cónyuge para distribuir los bienes sociales. | ACUERDO |
| 4. Los bienes de la sociedad conyugal se deben repartir proporcionalmente de acuerdo a los aportes de cada cónyuge. | ACUERDO |
| 5. Hay enriquecimiento sin justa causa a favor del cónyuge que ha contribuido en menor proporción al otro. | INDECISO |
| 6. Para la distribución de los bienes sociales se debería tomar en cuenta la edad de uno de los cónyuges en relación a la del otro. | TOTAL DESACUERDO |
| 7. El tiempo de duración del matrimonio debería influir en la distribución de los bienes sociales. | TOTAL DESACUERDO |
| 8. El que uno de los cónyuges se dedique a trabajar debiendo dejar su propia formación intelectual para contribuir en el desarrollo intelectual del otro, debería influir en el porcentaje que le correspondería a cada cónyuge. | INDECISO |
| 9. Si uno de los esposos se dedica a trabajar para el sostenimiento de la familia y el otro a desarrollar una actividad intelectual se deben distribuir los bienes equitativamente. | TOTAL ACUERDO |

Fuente: Defensores de Familia del ICBF.

Cuadro 5. Asesores Jurídicos de las Notarías y Notarios del Círculo de Bucaramanga.

| AFIRMACIONES | ACTITUD |
|--|------------------|
| 1. La aplicación del artículo 1.830 del Código Civil Colombiano que consagra la distribución igualitaria de los bienes de la sociedad conyugal se estableció en favor de la mujer ama de casa. | TOTAL ACUERDO |
| 2. Al repartir por igual los bienes de la sociedad conyugal no existe equidad. | INDECISO |
| 3. El juez debería valorar la actividad realizada por cada cónyuge para distribuir los bienes sociales. | INDECISO |
| 4. Los bienes de la sociedad conyugal se deben repartir proporcionalmente de acuerdo a los aportes de cada cónyuge. | INDECISO |
| 5. Hay enriquecimiento sin justa causa a favor del cónyuge que ha contribuido en menor proporción al otro. | INDECISO |
| 6. Para la distribución de los bienes sociales se debería tomar en cuenta la edad de uno de los cónyuges en relación a la del otro. | TÓTAL DESACUERDO |
| 7. El tiempo de duración del matrimonio debería influir en la distribución de los bienes sociales. | TOTAL DESACUERDO |
| 8. El que uno de los cónyuges se dedique a trabajar debiendo dejar su propia formación intelectual para contribuir en el desarrollo intelectual del otro, debería influir en el porcentaje que le correspondería a cada cónyuge. | INDECISO |
| 9. Si uno de los esposos se dedica a trabajar para el sostenimiento de la familia y el otro a desarrollar una actividad intelectual se deben distribuir los bienes equitativamente. | ACUERDO |

Fuente: Notarías del Círculo de Bucaramanga.

8. INTERPRETACIÓN DE DATOS RECOPIADOS EN EL PROCESO DE OBSERVACIÓN Y EN ENCUESTAS.

8.1 JUZGADOS DE FAMILIA

8.1.1 Información general sobre la población investigada

Para el desarrollo de esta investigación se realizó un proceso de observación sobre una muestra de expedientes de liquidación de sociedad conyugal en todas sus formas y sociedad patrimonial, buscándose con ello determinar la actividad procesal que surgía a partir de la disolución de la misma sociedad y que culminaba con la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes sociales. Es así como se acudió a los Juzgados de Familia de la ciudad de Bucaramanga, colaborando en la presente investigación del Juzgado Primero de Familia al Cuarto, sin que el Quinto pudiera contribuir en forma alguna por cuanto es un Juzgado reciente, que no cuenta actualmente con este tipo de procesos en su archivo.

De la muestra de expedientes obtenidos, en un Juzgado se obtuvo más que en otro, dependiendo ello de la afluencia del público a la dependencia de ese Juzgado, además de la existencia en archivo de procesos de ese tipo, teniéndose que en el Juzgado Primero de Familia se obtuvo el 38.1 % del total de procesos, siendo este Juzgado el que más expedientes aportó a la investigación, seguido muy de cerca por el Juzgado Tercero de Familia con un 30.95%. De los otros dos Juzgados restantes se obtuvo procesos en menor cantidad, por la influencia de los factores anteriormente relacionados, correspondiéndole al Segundo de Familia un 19.05%, y ocupando el último lugar el Cuarto de Familia con 11.9%, constituyendo todo lo anterior los expedientes obtenidos de cada Juzgado para poder realizar el proceso de observación sobre ellos.

Se buscó obtener diferentes tipos de trámites que conllevaran la liquidación de sociedad conyugal o sociedad patrimonial, y por ello se tomaron procesos de separación de bienes, separación de cuerpos, liquidación de sociedad conyugal propiamente dicha, divorcio en el caso de matrimonio civil o cesación de efectos civiles para el vínculo católico, y liquidación de sociedad patrimonial, consiguiéndose en cada Juzgado de esta clase de procesos a fin de realizar un

estudio completo de la aplicación del artículo 1830 del Código Civil Colombiano que consagra la distribución igualitaria de los bienes producto de sociedad patrimonial o sociedad conyugal en los Juzgados de Familia de Bucaramanga.

El 47.62% del total de expedientes sometidos a observación fueron de liquidación de sociedad conyugal propiamente dicha, deduciéndose de este porcentaje el margen de tiempo que se deja entre la disolución de la sociedad conyugal y la liquidación judicial de la misma, sin hacerse ello en el mismo expediente, ni tampoco en forma subsiguiente, dando esto oportunidad a que cada cónyuge disponga de los bienes que tiene en su posesión sean sociales o no, a su libre albedrío, especialmente los bienes muebles, sin que exista preocupación por dividir legalmente los bienes adquiridos durante el matrimonio y que revisten el carácter de sociales, siendo la liquidación solamente una necesidad del cónyuge para poder disponer jurídicamente de ese bien. El segundo tipo de proceso que más se encuentra es el de divorcio para el matrimonio civil o cesación de efectos civiles para el católico, siendo el 23.81% del total, tramitándose por razones de economía en un mismo proceso la disolución de la sociedad conyugal y su liquidación, terminando entonces

con una sentencia aprobatoria de partición dictada por el Juez que adjudica a cada cónyuge cierto número de bienes que corresponde a la mitad del valor total de los bienes sociales, salvo acuerdo en contrario manifestado ante el Juez.

El porcentaje más bajo de expedientes obtenidos lo constituye el de liquidación de sociedad patrimonial que es un 2.38%, obedeciendo lo anterior a la exigencia del legislador de tramitar la declaración de existencia de unión marital de hecho como presupuesto para la aparición de la sociedad patrimonial, deduciendo lo anterior a que los compañeros permanentes prefieran optar por este trámite judicial, solamente cuando se desean separar y repartir todos los bienes, llevándose en un sólo proceso la declaración de existencia de esa unión y la liquidación de la sociedad surgida en virtud del vínculo.

Para la investigación se tomó en cuenta la existencia de la ley 25 de 1.992 llamada "Ley del divorcio" que consagró una amplitud de trámites a efectos de obtener la liquidación de la sociedad conyugal, regulándose el proceso judicial de la misma, buscándose entonces examinar expedientes que hubieran iniciado

en fechas anteriores y posteriores a 1992, estableciendo de ello un margen de tiempo entre 1.987 y 1.998, reflejándose un mayor número de procesos entre 1.993 y 1.995 correspondiente a un 50%, ocupando el segundo lugar los procesos iniciados entre 1.990 y 1.992 con un porcentaje del 33.33%, representando estas fechas la actualidad que se quiso lograr al realizar el proceso de observación en cuanto a la obtención de expedientes.

La sociedad conyugal se forma por el hecho del matrimonio, ya sea civil o católico, a su vez que la sociedad patrimonial proviene de la existencia de unión marital de hecho declarada judicialmente, siendo estas las clases de vínculos que existían en los procesos analizados, destacándose entre ellos el matrimonio católico que existió en el 92.85% del total de procesos observados.

A su vez se observó que estas clases de procesos, pueden ser iniciados por la mujer, el hombre o de mutuo acuerdo, existiendo un alto porcentaje de procesos en los cuales el papel de demandante lo desempeñó la mujer que constituye el 61.9% del total observado, confrontando este valor al 23% que corresponde a los procesos iniciados de mutuo acuerdo por los cónyuges o

compañeros permanentes según el caso, deduciéndose de ello la no existencia de acuerdo en el trámite liquidatorio adelantado ante el Juez.

En estos expedientes se buscó obtener datos que permitieran obtener la edad de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes, con el fin de conocer la edad que tiene cada uno al momento de la partición de los bienes producto de la sociedad conyugal o patrimonial, existiendo en hombre y mujer un margen de edad en el cual se separan, que es entre 34 y 41 años, representando para el hombre en el 26.2% y para la mujer en el 33.33%, siendo este dato el más destacado, por cuanto se deduce que ambos optan por disolver y liquidar la sociedad conyugal o patrimonial que formaron, cuando empiezan a ser más productivos; considerándose también la circunstancia especial de el alto porcentaje que constituye la no existencia de datos acerca de la edad del cónyuge, obedeciendo ello a que en el trámite de liquidación de sociedad conyugal ellos no anexan prueba alguna de la cual se pueda deducir la edad, basta para este tipo de proceso el documento que pruebe la disolución de la sociedad conyugal para proceder a su liquidación, en relación al hombre no se conocieron datos en un 33.33% del total y en la mujer 28.57%.

La existencia de hijos en el matrimonio o en la unión marital de hecho, es también un factor que se debe analizar en la investigación, por cuanto en esta se obtuvo que la mayoría del total examinado, que constituye el 61.90% tienen entre 0 y 3 hijos al momento de la liquidación, por lo cual existen una separación y repartición de bienes sociales especialmente en aquellas uniones que tienen pocos hijos. El tiempo de duración del matrimonio o la unión marital de hecho, se destaca por cuanto el 30.95% del total de procesos lo iniciaron uniones que llevaban más de 20 años de vida conyugal o marital, seguido de las uniones que comprenden entre 16 y 20 años con 23.8%, constituyéndose el nivel más bajo aquellas que solo llevan entre 1 y 5 años, que corresponde al 7.14%.

8.1.2 Desarrollo de la etapa de inventarios y avalúos

Una de las etapas más importantes en el trámite de liquidación de sociedad conyugal o patrimonial la constituyen los inventarios y avalúos, que inicia con la presentación de la facción de inventario, realizada en el 54.76% del total de procesos por el demandante, seguido de 28.57% correspondiente a la presentación de la misma por mutuo acuerdo entre ambos, de lo que se deduce

un interés en ambas partes para agilizar el proceso y evitarse problemas en el avalúo de bienes, entre otros.

En los inventarios se debe relacionar el valor total de bienes tanto muebles como inmuebles que tengan el carácter de sociales, por cuanto pertenecen a la sociedad conyugal o patrimonial, encontrándose que en cuanto a los bienes sociales inmuebles, existe un 40.47% de procesos sin relacionar esta clase de activos, seguido de un 26.19% de bienes inmuebles cuyo valor oscila entre 6 y 10 millones, deduciéndose de ello la poca existencia de estos activos para repartir, y en los casos en que existe el valor que se le asigna al bien es muy poco, no correspondiendo ello a la realidad.

Para los bienes muebles existe un 59.52% que no registra bienes muebles, buscando con ello legitimar la propia división que entre cónyuges o compañeros permanentes se ha hecho, omitiéndose relacionar en el inventario bienes muebles que pertenecen a la sociedad conyugal o patrimonial, y que por tanto son sociales, optándose por el camino más fácil cual es hacer una repartición privada anterior o concomitante al desarrollo del proceso.

Evidentemente en estos inventarios es necesario relacionar la existencia de pasivo contraído por cualquiera de los cónyuges o compañeros permanentes, con características especiales que le permiten constituirse en un pasivo que la sociedad conyugal o patrimonial debe pagar, en los procesos examinados en cuanto a pasivos relacionados con título el 80.95% no relacionó este tipo de acreencias, al igual que en pasivos sin título el 83.33% no los relaciona, y en los demás restantes el valor de pasivos con título o sin él que se encuentran en los inventarios es muy bajo, oscilando entre cero y cinco millones, por lo que se deduce el acuerdo que existe entre las partes para no relacionar pasivos, con el objeto de agilizar el trámite liquidatorio.

Un fenómeno que se puede presentar en los procesos analizados lo constituye las recompensas, que pueden existir a favor o en contra de la sociedad conyugal, observándose que en el 88.09% no se presenta la existencia de las mismas, generado posiblemente por el poco conocimiento o dominio que sobre el tema pueden tener los abogados apoderados y las partes, o con el objeto de no complicar el trámite de liquidación.

El activo líquido social que se presenta una vez hechos los inventarios, para

repartir entre las partes oscila principalmente entre un valor de 0 a 7 millones con un porcentaje del 35.71% del total observado, seguido muy de cerca con un 23.81% en el cual el activo líquido es cero (0).

De lo anterior se concluye que este tipo de trámite adelantados ante el Juez se usa como medio para cumplir los requisitos necesarios a fin de ser adjudicados los bienes sociales, resultando ello contradictorio por cuanto de los datos obtenidos y relacionados anteriormente el matrimonio o unión marital de hecho que se someten al proceso de liquidación llevan más de 20 años, y es imposible considerar que un alto porcentaje de los bienes que se adquirieron en el transcurso de esa unión, poseen valores tan bajos, lo que permite deducir el no interés de las partes por presentar datos reales, acordes con el tiempo del matrimonio, buscándose por ellas solamente terminar un trámite exigido por la ley.

En relación a esos inventarios presentados en el 80.95% del total de procesos no se presentó trámites de objeción, a la vez que un 14.28% si se manifiesta la inconformidad con ese inventario, principalmente por el valor que una de las partes le dió a algún bien, siendo el demandante el que presenta esa objeción.

81.3 Distribución del activo líquido de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial en los procesos observados

El primer paso que se desarrolla en esta etapa lo constituye la designación de partidador hecha en el 73.81% del total de procesos por el Juez, basándose en la lista de auxiliares de la justicia, designando un abogado a efectos de hacer el trabajo de partición, que puede ser de acuerdo al porcentaje legal del 50% para cada parte, o que exista manifestación de una de las partes para renunciar a un porcentaje de los gananciales que le corresponden por ley a favor de la otra parte, reflejándose ello en los valores obtenidos por cuanto en el 73.81% se hizo una partición por partes iguales, seguido de 21.43% en los cuales no hubo activo líquido social para repartir, y el 4.76% representa una distribución desigual a favor de una de las partes, encargándose ella en su mayoría de pagar los créditos de la sociedad conyugal relacionados en los inventarios.

Frente a la partición hecha, solamente en el 9.52% del total de procesos observados se presentó objeción, correspondiendo principalmente a un desacuerdo de una de las partes frente a las adjudicaciones hecha o a las sumas que se hacen dentro de las operaciones; y en un 21.43% no hubo objeción, ni

tampoco partición por cuanto ese proceso se dejó suspendido, pendiente de surtir alguna actuación , dejándose en ese estado por varios años como se constata con la investigación realizada.

Es así como el proceso de investigación realizado en los Juzgados de Familia de Bucaramanga, presentan variables importantes en el momento de confrontar la aplicación del artículo 1830 del Código Civil Colombiano, por los diferentes Jueces de Familia, y el desarrollo de todas las circunstancias y situaciones que se presenta en cada trámite liquidatorio.

8.2 NOTARIAS DEL CIRCULO DE BUCARAMANGA

8.2.1 Información general

En las Notarias el proceso de observación se realizó en las escrituras que contenían el trámite de liquidación de sociedad conyugal, sociedad patrimonial o sociedad de hecho, buscándose con ello conocer la forma en que se distribuían los bienes entre los cónyuges o compañeros permanentes cuando existía mutuo acuerdo.

Es por ello que se examinaron trámites adelantados ante las Notarias Primera a la Novena, sin tenerse en cuenta la Notaria Décima por ser muy reciente en su funcionamiento, de cada una de ellas se tomó una muestra de 10 escrituras, escogidas al azar en cuanto al año, y a la clase de trámite que contenía.

Del total de escrituras el 96.66% fueron de liquidación de sociedad conyugal, existiendo un porcentaje muy bajo de sociedad patrimonial correspondiente al

1.11% debiéndose esto principalmente a las exigencias legales para con la unión marital de hecho, de ser declarada judicialmente la existencia de esa unión, como presupuesto para entrar a disolver y liquidar la sociedad patrimonial, originando ello que muchas veces se evite por parte de los compañeros permanentes liquidar dicha sociedad ante Notario, optándose por presentar la misma como una sociedad de hecho, como lo prueba el 2.22% de escrituras encontradas en el desarrollo del proceso en que se liquida ese tipo de sociedad. Se tuvieron en cuenta escrituras realizadas entre 1.990 y 1.998, obteniéndose un porcentaje mayoritario de 55.55% correspondiente a las efectuadas entre 1.993 y 1.995, seguido ello por las realizadas entre 1.996 y 1.998 que obtuvo un 30% y por último de las ocurridas entre 1.990 y 1.992 se examinó un 14.44%.

En las escrituras se observó la prevalencia del matrimonio católico, como el vínculo que dió origen a la sociedad en este caso conyugal, correspondiendo al 86.64%, seguido por el matrimonio civil en un 10%, quedando en último lugar la unión marital de hecho que corresponde un 3.3% del total observado.

Otro factor considerado en el proceso de observación fué la edad, tanto en el hombre como en la mujer, al momento de realizar la escritura, encontrándose en este primero que el 30% del total tenía una edad entre 34 y 41 años, seguido muy de cerca con un 24.44% del intervalo comprendido entre 42 y 49 años, deduciéndose de lo anterior que las personas liquidan la sociedad conyugal o patrimonial existente entre ellos, en el momento en que empiezan a ser productivos económicamente, el tercer porcentaje corresponde a las personas que tienen más de 58 años que corresponde a un 13.3% , existiendo además un 10% del total en el cual no se pudo determinar la edad, debido a la imposibilidad de conocerla a través de la escritura observada.

En cuanto a la edad de la mujer, al igual que el hombre el 32.22% efectúan el trámite cuando se encuentran en un margen de 34 y 41 años, seguido de un 22.22% correspondiente a las edades comprendidas entre 26 y 33 años, obteniendo el más bajo porcentaje de 3.33% el intervalo entre 50 y 57 años.

Del total de escrituras sometidas al proceso de observación, el 42.22% relacionaba compañeros permanentes o cónyuges, que tenían entre 0 y 3 hijos al momento de la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial, seguido

con un 4.44% por los que tenían entre 4 y 6 hijos, se obtuvo el más alto porcentaje de 52.22% de escrituras en las cuales no se suministraba información acerca del número de hijos que existían, obedeciendo ello principalmente a la no necesidad de manifestar tal hecho ante el Notario.

8.2.2 Diligencia de inventarios y avalúos

En la escritura se relacionan activos conformados por bienes muebles e inmuebles, observándose que en cuanto a bienes inmuebles se relaciona el 32.22% con un valor comprendido entre seis y diez millones de pesos, seguido por un 22.22% en que se relacionan bienes entre cero y cinco millones, deduciéndose de ello el poco valor que se le asigna a este tipo de bienes, buscándose solamente colocar ciertos bienes a fin de repartirlos, sin importar cuan alejados estén los valores asignados a cada bien de la realidad misma. En cuanto a los bienes muebles, se encontró que el 64.44% otorgó a esta clase de activos un valor entre cero y cinco millones, seguido de un 14.44% en que no se relacionaron bienes de esta clase, evidenciando lo anterior la existencia de una repartición hecha por los cónyuges o compañeros permanentes de esos bienes muebles y enseres anterior al trámite liquidatorio.

Las obligaciones que conforman el pasivo que la sociedad conyugal o patrimonial debe pagar, pueden ser con título o sin él, observándose que en relación al pasivo con título relacionado en la escritura de liquidación, el 60% manifestó que no tenía esta clase de pasivos, seguido de un 21.11% que admitió tener obligaciones por un valor comprendido entre cero y cinco millones; al igual que en el anterior, en el pasivo sin título por pagar el 87.77%, manifestó no tener esa clase de obligaciones, seguido de un 6.66% en el cual relaciona un pasivo entre cero y cinco millones, por lo cual a pesar de consagrarse la responsabilidad solidaria que tienen los cónyuges para pagar las obligaciones con título anterior a la fecha en que se firma la escritura, en su mayoría los cónyuges o compañeros permanentes manifiestan que no tienen pasivo alguno, buscando con ello asumir cada parte las obligaciones contraídas.

En cuanto al fenómeno de las recompensas, se observa que en el 100% de los expedientes observados no se presentó, debido al desconocimiento que se tiene del mismo por parte de las personas que acuden a liquidar su sociedad conyugal, causado ello por el interés que les asiste de repartirse bienes sin preocuparse por determinar el verdadero valor de los aportes que cada uno ha hecho en el transcurso del matrimonio o de la unión marital de hecho.

El valor del activo líquido social a repartir en las escrituras observadas correspondió en un 72.22% a cantidades osciladas entre cero y diez millones, seguido en un 16.6% por el intervalo entre once y veintiún millones, cantidades estas que no están de acuerdo con la realidad que se presenta, por cuanto la duración del matrimonio o de la unión marital de hecho en las escrituras observadas, correspondió en un 26.66% a aquellas uniones que llevaban más de 21 años, seguido con un 22.22% del intervalo de duración comprendido entre 11 y 15 años, ocupando un tercer lugar con un 20% las uniones que duraron entre 11 y 15 años, por lo que se contradice el tiempo que duró el matrimonio, durante el cual adquirieron bienes, contrajeron obligaciones, y demás, con el valor del activo líquido que después de todo ese tiempo tienen las partes para repartir, resultando con sumas irrisorias si se compara con la duración de la unión misma.

8.2.3 Operación de la partición

Al repartirse el activo líquido que resulta de la deducción del valor del pasivo al total del pasivo, los cónyuges o compañeros permanentes manifiestan su voluntad en cuanto a la forma de distribuirse ese activo líquido, observándose

que en un 88.88% se dividió por igual ese valor, y en un 11.11% en una forma desigual, favoreciéndose en un 10% a la mujer, por cuanto el hombre renunciaba a gananciales, o a la mujer se le adjudicaba el inmueble con la condición de que pagara el pasivo, o porque voluntariamente se decidían apartar del porcentaje legal, entre otras argumentaciones.

8.3 ENCUESTAS REALIZADAS EN LA CIUDAD DE BUCARAMANGA.

Con el objeto de conocer la actitud de las personas relacionadas con el Derecho de Familia en relación a la distribución del activo líquido de la sociedad conyugal, se realizó una encuesta a Jueces de Familia de Bucaramanga, Magistrados de la Sala de Familia del Distrito Judicial de Bucaramanga, abogados en su condición de apoderados en procesos de liquidación de sociedad conyugal, abogados en su calidad de auxiliares de la justicia al realizar el trabajo de partición, defensores de Familia de Bucaramanga, y Notarios del Círculo de Bucaramanga, de la cual se deduce lo siguiente:

En cuanto a los jueces y magistrados, están totalmente de acuerdo en que si uno de los cónyuges trabaja para sostener la familia y el otro desarrolla una actividad intelectual se deben distribuir los bienes en una forma equitativa, se muestran indecisos en relación a la aplicación del artículo 1830 del C.C. como forma de proteger a la mujer ama de casa.

Expresan los mismos su desacuerdo frente a que el juez valore la actividad de cada cónyuge al momento de distribuir el activo líquido de la sociedad conyugal, además de estar en desacuerdo en relación a una distribución de dicho activo proporcional a los aportes hechos por cada cónyuge, o al tiempo de duración del matrimonio, o frente a la posibilidad de que influya en el porcentaje que le correspondería a cada cónyuge la circunstancia de que uno de los cónyuges se dedique a trabajar debiendo dejar su propia formación intelectual para contribuir en el desarrollo intelectual del otro.

Consideran que existe equidad al repartirse por igual el activo líquido de la sociedad conyugal, por ello no existe enriquecimiento sin justa causa en el caso en que uno de los cónyuges haya aportado más a ~~acrecer~~ ese activo social que el otro, y no se debe tener en cuenta la edad de cada cónyuge para hacer una distribución de esos bienes sociales, manifestando su total desacuerdo frente a afirmaciones contrarias a lo expuesto anteriormente.

Los abogados que actuaron como apoderados de una u otra parte en el proceso de liquidación de sociedad conyugal manifestaron estar de acuerdo en la distribución del activo social si un cónyuge se encarga del sostenimiento de la

familia para que el otro se desarrolle intelectualmente, estar indecisos frente a la aplicación del artículo 1830 del C.C., a la no existencia de equidad con respecto a la distribución igualitaria del activo líquido social, y la repartición proporcional de ese activo de acuerdo a los aportes de cada cónyuge. Se encuentran indecisos en cuanto a la posibilidad de que el tiempo de duración del matrimonio influyera en esa distribución.

Se deduce de las muestras recogidas que se encuentran en desacuerdo a valor la actividad realizada por cada cónyuge, o la contribución que hace un cónyuge al otro para que éste último se desarrolle intelectualmente dejando de lado su propio desarrollo intelectual y a la existencia de enriquecimiento sin justa causa cuando un cónyuge contribuye en menor proporción al otro cónyuge, y se encuentran en total desacuerdo en tener en cuenta la edad de uno u otro cónyuge a fin de distribuir los bienes de la sociedad conyugal.

También se encuestaron abogados que actúan como auxiliares de la justicia, realizando en su calidad de partidores, el trabajo de partición de los bienes de la sociedad conyugal, que estuvieron totalmente de acuerdo en la labor que el juez debería hacer de valorar la actividad realizada por cada cónyuge para

distribuir el activo líquido social, en repartir proporcionalmente los bienes de acuerdo a la duración del matrimonio, a la contribución de uno u otro cónyuge al desarrollo intelectual del otro, dejando de lado su propia formación intelectual, o en el caso en que sea profesional encargándose él sólo de sostener la familia, consideran que hay enriquecimiento sin justa causa si un cónyuge contribuye menos que el otro y la distribución se hace por igual.

Se encuentran de acuerdo en la justificación de la aplicación del artículo 1830 del C.C., y en la repartición proporcional de los bienes de la sociedad conyugal. A su vez están en total desacuerdo en que si se reparten por igual los bienes no existe equidad, y en tener en cuenta la edad de cada cónyuge como factor para distribuir los bienes.

Los defensores de Familia manifestaron estar totalmente de acuerdo en una distribución diferente a la igualitaria, considerando que uno de los cónyuges ya profesional haya sostenido la familia mientras el otro estudiaba, a su vez se encontraron de acuerdo en la fundamentación que se afirmó tenía la aplicación del artículo 1830 del C.C., y en la valoración del juez de la actividad de los

cónyuges, así como en la distribución proporcional de los mismos de acuerdo a lo hecho por cada cónyuge.

Se muestran indecisos en la inexistencia de equidad en la distribución igualitaria del activo líquido de la sociedad conyugal, y en la existencia de enriquecimiento sin justa causa a favor de un cónyuge por la misma razón cuando un cónyuge ha aportado más que el otro, además consideran que si uno de los cónyuges deja su propia formación intelectual para colaborarle al otro en el desarrollo de la misma no debe ello influir en el porcentaje que a cada uno le correspondería.

Están totalmente en desacuerdo en tener en cuenta la edad de uno de los cónyuges o el tiempo de duración del matrimonio, para distribuir los bienes de la sociedad conyugal.

En las encuestas hechas a los Notarios y Asesores Jurídicos de las mismas, se deduce que están totalmente de acuerdo en la justificación de la aplicación del 1830 del C.C., y están de acuerdo en la distribución proporcional por la contribución de un cónyuge con una formación intelectual en el desarrollo

intelectual del otro. Se muestran indecisos en relación a la valoración que debería hacer el juez de la actividad realizada por cada cónyuge, o a distribuirse proporcionalmente los bienes de la sociedad conyugal de acuerdo a los aportes de cada cónyuge, o a la contribución intelectual de uno al otro dejando de lado su propia formación, y, a la inequidad que se presentaría con la distribución igualitaria de los bienes.

Están en desacuerdo totalmente en relación tener en cuenta la edad o el tipo de duración del matrimonio para realizar una distribución proporcional del activo líquido de la sociedad conyugal.

Teniendo así, cada población encuestada diferentes criterios de aplicación del artículo 1.830 del C.C. en Colombia, de acuerdo a la realidad que cada uno de ellos vivencia en su desempeño laboral.

9. ANÁLISIS DE RESULTADOS

El proceso de observación realizado sobre escrituras, y expedientes que contienen trámites de liquidación de sociedad conyugal y sociedad patrimonial permite en primer lugar analizar el Instituto Jurídico de la Sociedad Conyugal, creado para valorar los aportes de cada cónyuge en el cumplimiento de los objetivos del matrimonio y, que muestra su aplicación por parte de los cónyuges como un requisito necesario para legalizar la distribución de los bienes adquiridos en el matrimonio, sin atender a la veracidad que pueda tener la misma, colocando valores irreales a los activos sociales, no relacionando pasivos, en fin, todo tipo de situaciones que buscan como único objetivo simplificar ese trámite.

En cuanto a la sociedad patrimonial, se observó la poca existencia de procesos o escrituras en las que existiera la liquidación de la misma, infiriéndose de ello el poco interés que tienen los compañeros permanentes por declarar judicialmente la existencia de esa unión tan pronto se cumple el tiempo

establecido en la ley, acudiéndose en el momento de la separación a una distribución de bienes si los hay, alejada del contexto jurídico, en la que muchas veces un compañero permanente se beneficia más que el otro, sin que el juez intervenga en ello.

En segundo lugar, la aplicación del artículo 1830 del Código Civil Colombiano, que consagra la distribución igualitaria del activo líquido de la sociedad conyugal, se aplica de acuerdo a lo observado en una forma exégetica, sin tenerse en cuenta la realidad de la Sociedad Conyugal en la que, cada cónyuge sabe que al final del matrimonio le corresponderá el cincuenta por ciento de los bienes sociales existentes en el momento de la disolución y posterior liquidación de la sociedad conyugal, por lo cual se da la posibilidad de que un cónyuge aporte más a ese activo social que el otro, o que en el transcurso de los bienes en virtud de la libre administración de cada cónyuge sobre los bienes que tenga, tanto propios como sociales, malgaste esos activos que le fueron confiados, con la tranquilidad de saber que de los bienes sociales que el otro cónyuge tenga le corresponderá la mitad; así mismo se da el caso de que uno de ellos no contribuya a acrecentar ese activo, dejando solamente que el otro

asuma todas las responsabilidades económicas que conlleva el matrimonio, sin prestar la menor ayuda ni siquiera en el desarrollo del trabajo doméstico.

En la legislación de Familia de las provincias del Common Law, se considera que la regla general es una distribución igualitaria de los bienes sociales de los cónyuges, que puede variar a criterio de la Corte, si se considera que una división hecha de tal manera sería *unconscionable*, escandalizando la conciencia de la Corte misma, por ello cada provincia regula lo atinente a *marital property*, consagrando los factores específicos que de existir, llevan a que la Corte ordene una distribución equitativa. Se considera que el matrimonio es una *relationship*, dónde cada cónyuge hace aportes que merecen ser valorados, existiendo entre ellos una relación de compañeros en negocios o transacciones futuras, al igual que en una empresa.

En tercer lugar, se observó que, a pesar de existir el fenómeno de las recompensas y el de la renuncia de gananciales, no se aplica, por el desconocimiento que se tiene del mismo, en algunos casos, o en otros, por la intención de hacer fácil y rápido la distribución de los bienes sociales, sin manejar las herramientas que da la ley, para que se pueda valorar toda la labor

realizada durante el matrimonio por cada cónyuge. En el caso que uno de los cónyuges de su propia iniciativa, manifieste ante Juez o Notario renunciar a una parte o a todo lo que le corresponde a título de gananciales, en favor del otro, se observó que en los casos en que se realizó tal renuncia, el objetivo de la misma era cargar al cónyuge beneficiado con la responsabilidad de pagar el pasivo, existiendo muy pocos casos en que se hacía con otro fin distinto, como reconocer el mayor aporte que hizo uno de los cónyuges a acrecentar ese activo social conyugal.

Colombia se encuentra en una etapa de desarrollo económico, social y legislativo que exige nuevos cambios al interior de su estructura, por lo cual si bien es cierto la existencia del artículo 1830 del C.C. tuvo su razón de ser en un momento histórico-social específico, es necesario replantear la aplicación del mismo y examinar su efectividad y aplicabilidad en el mundo actual, en el cual según la Constitución Nacional, la mujer y el hombre están en igualdad de condiciones, participando la mujer actualmente en el campo laboral activamente, procurando su formación intelectual, entre otras, sin dejar atrás el desempeño de su papel como madre y esposa, desempeñando varias tareas que llevan cada vez más a la superación de la mujer en todos los campos, por eso

ahora no es posible decir que la cónyuge solamente se dedica a realizar un trabajo doméstico, sino que la labor de ella va mucho más allá, debiéndose por tanto reconocer el valor de la actividad de cada cónyuge, en el desarrollo de los fines del matrimonio, y en la obtención del patrimonio de la sociedad conyugal.

En la sociedad Canadiense, la situación de la mujer ha ido evolucionando a medida que las exigencias económicas y sociales han aumentado, teniendo que desempeñar la mujer un doble rol, de ama de casa y trabajadora, a la vez la contribución del hombre en las tareas domésticas se ha venido acrecentando, por ello la legislación de familia para cada Provincia del Common Law en Canadá reconoce la igualdad que debe existir entre los cónyuges no sólo económica, sino también intelectual, entre otras, lo que permite que si uno de ellos contribuye en menor proporción a acrecentar los activos de los bienes sociales, y a desarrollar los objetivos del matrimonio, se debe dentro de un marco de equidad distribuir tales bienes conforme a los aportes que cada uno haya hecho.

De las encuestas realizadas se deduce que los abogados peritos, defensores de familia y notarios se muestran totalmente de acuerdo, o simplemente de

acuerdo en relación a la finalidad para la cual se estipuló la distribución por igual de los bienes de la sociedad conyugal, cual era la protección que se le quería dar a la mujer ama de casa que desarrollaba un trabajo doméstico sin valor económico, considerándose que debía darséle el derecho a obtener el cincuenta por ciento de lo que el otro esposo hubiera adquirido dentro del matrimonio, mostrándose respecto a esto indecisos los jueces y magistrados, y abogados apoderados encuestados.

Considera la población encuestada que la partición igualitaria del activo líquido de la sociedad conyugal conlleva la equidad por cuanto se está haciendo referencia es a la misma igualdad, sin tener claridad en el concepto de equidad confundiéndolo con el de igualdad y justicia, considerando que un cincuenta por ciento para cada uno es lo más equitativo posible.

Frente a los planteamientos de una distribución proporcional de acuerdo a la actividad realizada por cada cónyuge previa valoración del juez, y a la inclusión de factores tales como la edad, el tiempo de duración del matrimonio, la contribución de un cónyuge a otro a su formación intelectual, sin que este primero tenga una educación completa, y la existencia de un enriquecimiento

sin justa causa a favor del cónyuge que contribuye en menor proporción al otro, las personas manifestaron no estar totalmente de acuerdo a excepción de los abogados peritos que frente a algunas hipótesis si lo hicieron, expresando los demás su total desacuerdo, desacuerdo o indecisión en relación a esos aspectos, destacándose también al defensor de familia en cuanto a su aprobación para con ciertas afirmaciones.

La contribución de un cónyuge al sostenimiento del hogar, mientras el otro estudia debe tenerse en cuenta para distribuir los bienes en una forma equitativa, proposición sometida a consideración de la población encuestada, expresando estar totalmente de acuerdo, o simplemente de acuerdo manifestando su aprobación, por cuanto enmarcaba esta afirmación la palabra equidad, no expresada en el análisis de otros factores, confirmándose así la asimilación que se ha hecho de la palabra igualdad y equidad. Es por ello que se puede decir que cada encuestado debido a su contacto con la realidad social en la posición en que se desempeñan tienen juicios de valor diferentes porque al involucrarse en un proceso de liquidación de sociedad conyugal, llevan consigo valoraciones subjetivas que les permiten evaluar la realidad de lo acontecido en el transcurso del matrimonio, de una forma exégetica, o no.

10. CONCLUSIONES

De los resultados obtenidos del trabajo de campo en conjunto con la interpretación y análisis de la normatividad Colombiana comparada con la que regula las provincias del Common Law en Canadá, se obtienen conclusiones que por la importancia que revisten al desarrollo de los objetivos de este trabajo, es necesario retomar y exponer buscando plantear hipótesis de solución al problema jurídico que se planteó al inicio de la presente investigación.

Es así, como se puede concluir en primer lugar, que en Colombia actualmente se maneja un concepto de igualdad en la distribución del activo líquido de la Sociedad Conyugal, equivalente a repartir del valor de dicho activo cincuenta por ciento para cada cónyuge. Esta igualdad así planteada debe cambiarse por un concepto de igualdad en el que se tenga en cuenta la proporcionalidad, desarrollando criterios de justicia y equidad, porque en el momento de liquidarse la Sociedad Conyugal se requiere valorar cuanto aportó cada

cónyuge para acrecentar esos activos sociales, y en que proporción lo hizo, buscándose entonces hacer una valoración total de la actividad de cada cónyuge a partir del momento en que contrae matrimonio, de no ser así se posibilita que la conducta de uno de los cónyuges sea negligente y temeraria en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, y en el desempeño de su rol como cónyuge en el matrimonio, incumpliendo los deberes de socorro y ayuda mutua por la confianza que tiene en que los esfuerzos del otro cónyuge le permitirán obtener el cincuenta por ciento de todo el activo líquido social, siendo indiferente si contribuyó a mantenerlo o a aumentarlo; por lo que se concluye que se debe desarrollar entonces un concepto de equidad, en el cual la regla general del cincuenta por ciento para cada cónyuge pueda ser modificada de acuerdo al criterio del Juez, si se considera que al efectuar una distribución por mitad se afectaría enormemente el sentido de protección de la propiedad privada y la Institución del matrimonio y de la Sociedad Conyugal.

En segundo lugar, el espíritu para el cual fué creado el artículo 1830 del Código Civil Colombiano que es el de valorar todos los aportes que cada cónyuge hacía procurando cumplir los objetivos del matrimonio, no se cumple por cuanto al momento de disolverse la sociedad conyugal se presenta un problema

para los cónyuges ya separados qué es, ahora cómo se va a liquidar la sociedad conyugal? dándole solución a ello a través del manejo de un concepto de igualdad acorde a sus propios intereses, por cuanto se hacen afirmaciones contrarias a la realidad con el objeto de igualar los valores, colocando precios irreales a los bienes, quitándoles el valor que tienen, no relacionando otros, creando obligaciones, en fin todo tipo de actuaciones que les permitan repartirse los bienes por igual.

Com alternativa a las anteriores situaciones observadas, se plantea:

1) Implantar un mecanismo consistente en la necesidad de que cada cónyuge al momento de iniciar el matrimonio, realice una declaración de los bienes que posean como propios, y de no hacerlo se presume que la sociedad conyugal empezó con valores en cero, generando un compromiso de cada cónyuge para colaborar en iguales condiciones al desarrollo de las tareas domésticas, al mantenimiento de la casa y a las finanzas del hogar; se busca que los cónyuges asuman responsabilidades en el matrimonio, para que en un marco de justicia se cumplan verdaderamente los objetivos del matrimonio; pero, para lograr esto es necesario que la mujer se concientize del papel que debe desarrollar en la

sociedad, abandonando el segundo plano en el que siempre ha estado, contribuyendo entonces en el trabajo en la casa, desempeñándose laboralmente, en fin desarrollar todas las labores necesarias para la prosperidad del matrimonio, ejerciendo además, control sobre la administración de los bienes sociales que realiza su cónyuge, porque solamente en la medida en que la mujer cambie su mentalidad frente al hombre, se podrá considerar el matrimonio como una Institución constituida por un hombre y una mujer que desarrollan actividades que los van a beneficiar en un marco real de igualdad y participación.

2) La segunda propuesta consiste en la necesidad de que las parejas realicen un estado de cuentas ante Notario, con participación de los cónyuges y de un Contador, con el fin de relacionar los activos y pasivos que tiene la sociedad conyugal en ese momento, buscándose detectar las transacciones que se hacen sobre los bienes sociales más fácilmente, además de constituir elementos de prueba para determinar la existencia real de los bienes que se relacionan en inventarios y avalúos dentro del trámite de liquidación. La realización de este estado de cuentas se debe realizar una vez por año buscando seguir más de

cerca la actividad de los cónyuges en relación con los bienes de la sociedad conyugal.

3) El artículo 1830 del Código Civil Colombiano consagra la distribución igualitaria del activo líquido de la sociedad conyugal como única regla a tener en cuenta en la partición de los bienes sociales, los intérpretes se aproximan a la voluntad del legislador que claramente estableció la división por mitad del residuo entre los dos cónyuges. Se interpreta que el verdadero sentido de esta norma es evidente, y no se desatiende, por tanto, su tenor literal, pues las palabras que la ley emplea **“se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas”**(1)

Además la norma en mención no es oscura, y entonces, no es permitido a los jueces y demás funcionarios entrar a descifrar, extender o restringir la voluntad del legislador. En Colombia los magistrados de la Sala de Familia, Jueces de Familia, abogados, partidores auxiliares de la justicia y defensores de familia consideran que el artículo ya referenciado contiene un criterio de igualdad que

1 Código Civil Colombiano, artículo 28.

es el que debe existir en el matrimonio. Criterio de igualdad para ellos se asimila al de equidad sin entrar a hacer consideración alguna de la labor de cada cónyuge con el fin de establecer otro tipo de distribución distinto a la igualitaria.

En las provincias del Common Law de Canadá se establece como regla general el régimen de distribución por igual de los bienes sociales, que puede ser modificada si la Corte encuentra que dadas las circunstancias en que se desarrolló el matrimonio y a la colaboración de los cónyuges, es necesario realizar una distribución equitativa teniendo en cuenta los factores que la autorizan consagrados en la Legislación de Familia de cada provincia, tales como la brevedad del matrimonio, la contribución al mantenimiento, adquisición y mejoramiento de la propiedad, entre otros. Se requiere que en cada caso particular la partición por igual genere en la Corte una percepción de ser excesiva, que iría en contra de la consciencia de la Corporación. Se constituye entonces, un criterio subjetivo que depende de cada caso en concreto.

Con fundamento en lo expuesto anteriormente se hace necesario reformar el artículo 1830 del Código Civil Colombiano, ampliándolo en su contenido, buscando darle al juez elementos que le permitan interpretar ese artículo en cada caso en particular, extendiendo su alcance, con el objeto de desarrollar en la Institución de la Sociedad Conyugal el verdadero concepto de equidad en conjunción con el de igualdad. Por ello, se debe colocar un párrafo adicional a manera de complemento explicativo en el cual se considere como regla general el cincuenta por ciento del activo líquido social para cada cónyuge, que puede cambiar si el juez determina hacerlo en consideración a la brevedad del matrimonio, la conducta de una de las partes, o la contribución de cada cónyuge a mantener y acrecentar los bienes de la sociedad conyugal, entre otros factores. Se pretende que la norma autorice al Juez cambiar esa regla general y repartir equitativamente esos bienes atendiendo a la actividad desarrollada por cada cónyuge.

Estas conclusiones permiten que otras personas hagan un estudio posterior y presenten un proyecto de ley que, tenga en cuenta las consideraciones que se han hecho.

GLOSARIO

COLOMBIA

ACTIVO PROPIO : son los bienes propios de cada cónyuge, que no entran a formar parte de la sociedad conyugal y por tanto sobre cada bien su titular tiene el Derecho de disposición y administración sobre el mismo.

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL : acaecimiento de un hecho jurídico que pone fin a la sociedad conyugal.

HABER ABSOLUTO: compuesto de todos los bienes que ingresan al patrimonio pura y simplemente y sin contraprestación alguna social en razón de adquisiciones logradas por los esposos a título oneroso, de los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el

matrimonio, así como de los productos de los bienes propios y de los bienes sociales.

HABER RELATIVO : está formado por aquellos bienes que por una ficción de la ley ingresan al haber social, su ingreso causa una recompensa en favor del cónyuge empobrecido con el aporte y en contra de la sociedad enriquecida, disuelta la sociedad y en proceso de liquidación es menester reintegrar su valor al cónyuge que los aportó.

LIQUIDACIÓN : es el conjunto de operaciones que debe hacer el liquidador para llegar a obtener la masa partible y adjudicarla por partes iguales a los cónyuges.

PASIVO SOCIAL : constituido por todos los créditos y obligaciones contraídas por los cónyuges, y que en forma definitiva o compensatoria debe pagar la sociedad conyugal porque están destinados a satisfacer las necesidades comunes.

PATRIMONIO : universalidad compuesta de elementos activos y pasivos de un valor pecuniario radicados en una persona.

RECOMPENSAS : son créditos que el marido, la esposa o la sociedad pueden reclamarse entre sí en la liquidación de la sociedad conyugal por haber ocurrido desplazamiento patrimonial o pago de obligaciones en favor o en contra de la sociedad o de los cónyuges.

RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES : considera los bienes existentes antes de la celebración del matrimonio y los adquiridos por herencia, legado o donación como propios, mientras son comunes las ganancias, adquisiciones y salarios y los frutos de todos los bienes, incluso los propios.

RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN GANANCIALES : se hace sobre resultados contables de modo que cada esposo tiene independencia para administrar los bienes propios y sociales, y en el momento de la disolución y liquidación se concede a cada uno una fracción de valor de las ganancias o beneficios hechos por el otro constantemente durante el matrimonio.

SOCIEDAD CONYUGAL : sociedad de bienes entre cónyuges que se forma con la celebración del matrimonio.

SOCIEDAD PATRIMONIAL : conjunto de bienes, activos y pasivos que por fundarse en el esfuerzo comunitario hacia las ganancias por parte de los compañeros permanentes se repartirá entre ellos al liquidarse dicha sociedad.

UNIÓN MARITAL DE HECHO : es la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

CANADA PROVINCIAS DEL *COMMON LAW*

EQUALIZING PAYMENT : es la diferencia que debe ser pagada por uno esposo si su activo neto es mayor al activo neto del otro, con el objeto de que cada uno salga del matrimonio con exactamente el mismo valor de propiedad.

EQUITABLE DISTRIBUTION OF THE MARITAL PROPERTY : este sistema deja a distribución de la Corte o el Juez, el asignar a los esposos propiedad

adquirida dentro del matrimonio, sin tener en consideración el título, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso, reconociendo el valor de las contribuciones de un esposo al aumento del capital familiar, o simplemente al progreso del otro esposo.

ESPOSO : Cualquier hombre o mujer que estén casados entre sí.

MARITAL PROPERTY: todos los bienes de los cuales es propietario el esposo individualmente o ambos esposos, adquiridos durante el matrimonio, sin mirar el lugar de ubicación de la propiedad en el mundo, por lo que se consideran que hacen parte de este concepto las fincas, negocios, pensiones, ahorros, muebles, etc.

MATRIMONIO : se toma como una relación de compañeros *partnership* donde los esposos eran compañeros en negocios o transacciones futuras, dando cada uno su tiempo y capacidades desarrollándose como una empresa, en beneficio de la misma.

SPOUSE'S NET FAMILY PROPERTY : Activo neto de cada esposo en marital property.

UNCONSCIONABLE : Significa una consideración de injusticia o de sin razón.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA

BELLO, Andrés. Obras completas : Código Civil de la República de Chile. 1 ed. Caracas. t. 2. 1.955

BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. El régimen legal de concubinos en Colombia. Medellín : Universidad de Antioquia. 1.962.

BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires : Perrot.

CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Sociedad conyugal y concubinato. 2 ed. Bogotá. T. 2 Vol 2. 1.988.

----- Bienes : Derechos reales. Bogotá. 1.984

CARREJO, Simón. Derecho Civil : Bienes, Derecho Reales. Bogotá : Universidad Externado. 1.967

CEBOTAREV, Eleonora. La familia en Candá: Abordajes teóricos y su realidad, condición legal y futuras posibilidades. En : Seminario Taller Internacional sobre familia y desarrollo. Manizales. 1.991.

COLMENARES, Maria H. y GOMEZ, Maria M. Régimen Patrimonial de la sociedad conyugal en Colombia. Bogotá : Librerías Jurídicas Wilches. 1.981.

DAVID, René. Les grands systèmes de droit contemporains. 10 ed. París : Dalloz. 1.992

ESCOBAR, Edgar G. y LOPEZ , Beatriz. La unión marital de hecho. Bogotá : Jurídicas de Colombia 1.994.

ESTRADA PIEDRAHITA, Gloria Cecilia. Algunas consideraciones sobre el concubinato perfecto en Colombia. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 1.977

FERRUFINO, Ligia. La familia ante la ley. Bogotá : Universidad Nacional. Vol. 1 No. 1. 1.981.

GÓMEZ, José J. El nuevo régimen de bienes en el matrimonio. Bogotá : Santafé. 1.974

-----Bienes. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 1.980

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia. Bogotá : Temis. 1.992

----- Introducción al Derecho de Familia. Bogotá : Librería del profesional. 1.982

INDABURU, Carlos A. y ESTRADA, Gloria C. El concubinato en Colombia. Bogotá : Librerías Jurídicas Wilches. 1.978

LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia. Unión marital de hecho. Bogotá : Librería del Profesional. 1.992

LATORRE, Luis Fernando. Régimen patrimonial en el matrimonio. Bogotá : Imprenta Nacional. 1.932

LEGIS Ediciones. Derecho de Familia.

-----Derecho civil.

MAZEAUD, Henri. Derecho Civil : Lecciones de Derecho civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas. Vol.4 Parte 1, Vol. 1 Parte 4, Vol. 4 Parte 4. 1.965

MARTINEZ PARDO, Hector. El divorcio en Colombia. Bogotá : Radar. 1.993.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y del Menor. 5 ed. Bogotá: Librerías Jurídicas Wilches. 1.997

MORALES ACACIO, Alcides. El divorcio en la Legislación Colombiana. Bogotá : Doctrina y Ley. 1.994

MUÑOZ OBANDO, Genaro. La sociedad conyugal ante el nuevo régimen. 2 ed. Bogotá : Gustavo Ibañez Cía Ltda. 1 993.

OSPINO GARCIA, Ignacio. Código de Familia. 2 ed. Bogotá : El Foro de la Justicia. T. 1 y 2. 1.986.

PEÑA QUIÑONEZ, Ernesto. El derecho de bienes. Bogotá : Librería Jurídica Wilches. 1.995

PRADA NIÑO, Hernán. Lecturas recopiladas : Derecho Civil. Bucaramanga: Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga. 1.985

PRECIADO AGUDELO, Dario. De la sociedad de hecho y entre concubinos. Bogotá : Jurídica de Colombia. 1.985

RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime. De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio. Bogotá : Lerner. T. 1. 1.975

SANCHEZ MERCADO, Cristina. Divorcio y cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico. 2 de. Bogotá : Equidad. 1.993

SIMO, Santoja Vicente. Los regímenes matrimoniales en Colombia. Pamplona: Aranzadi. 1.978

SOMARRIVA UNDURRIAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile : Ediciones Nacimiento. 1.974.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. 6 ed. Bogotá : Temis. 1.994

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT. Aspect de l'évolution récente du droit de la famille. Tome 39 Paris : De. Económica. 1.988

VALENCIA, Arturo y ORTIZ ,Alvaro. Derecho Civil : derecho de Familia.T. 5. Bogotá : Temis. 1.995.

VAZ FERREIRA, Eduardo. Tratado de la sociedad conyugal. T. 1. Buenos Aires : Astrea. 1.979.

ZANNONI, Eduardo A. Liquidación y calificación de bienes de la sociedad conyugal. Buenos Aires. 1.976.

CANADÁ

BRITISH COLUMBIA LAW REPORTS. Canadá.

DIVORCE ACT CANADA. R.S., 1985, c3 (2nd Supp.) [Unofficial Chapter No. d-3.4] 1986, c.4. Royal Assent February 13 th, 1986.

FAMILY LAW ACT. 1986. Ontario

GOVERMENT. Document : Le partage des bien familiaux en cas de divorce. Mc. Lennon. 2nd.

GOLDEN, Lawrence J. The Equitable Distribution of Property. United States : Mc Graw Hill. 1983.

KRONBY, Malcom C. Canadian Family Law. 6th. Ottawa : De. Stoddart. 1.996.

LAW REPORTS QUEEN'S BENCH

NEW BRUNSWICK REPORTS

NEW FOUNDLAND AND PRINCE EDWARD ISLAND REPORTS

NOVA SCOTIA REPORTS

RECUEL DE DROIT DE LA FAMILLE

REYNOLDS, Ms. Family Law. Canadá : Syllabus. 1.993.

REPORTS OF FAMILY LAW. Canadá.

THE CANADIAN ABRIDGMENT

TURNER BRETT. Equitable distribution of Property. Colorado : Mc. Graw Hill. 1.994

WRIGHT, John de Pencier. Division of Matrimonial Assets in Ontario, Canadá: Law Book Limited. 1.982