

**ARTÍCULOS DE
INVESTIGACIÓN**

EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS CASADAS Y LA GARANTÍA DE LOS ACREEDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL COLOMBIANO*

Yadira Alarcón Palacio**

* Ponencia que presenta resultados de investigación de tesis doctoral en el marco del Congreso Internacional de Derecho de Familia, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 22 de noviembre de 2005.

** Abogada, Universidad del Norte; Doctora en Derecho Privado Social y Económico, Universidad Autónoma de Madrid; profesora de Derecho Civil. Directora del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDEC) y directora de esta revista. Dirección postal: Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia). *yalarcon@uninorte.edu.co*.

REVISTA DE DERECHO
Nº 26, Barranquilla, 2006
ISSN: 0121-8697

Resumen

Este artículo presenta el resumen de los resultados de investigación realizados en la tesis doctoral que se ocupó del objeto de responsabilidad de los casados en sociedad de gananciales, en la cual se abarca el planteamiento del tema desde el punto de vista de la responsabilidad como elemento del vínculo obligacional y de los bienes comunes como objeto la misma. El abordaje es tanto en el Derecho colombiano como en el Derecho español. En este último se analizan las normas que regulan la responsabilidad externa de la sociedad de gananciales, específicamente los artículos 1367 y 1365 C.C., siendo de especial tratamiento cada uno de los supuestos que estas normas contemplan. También se analizan estos mismos supuestos en su posible aplicación en el Derecho colombiano, llegándose al establecimiento de ciertos vacíos en la normativa que regula en Colombia la sociedad conyugal y estableciéndose una vulneración a la responsabilidad patrimonial universal por la falta de alternativas que permitan forzar la disolución de la sociedad conyugal colombiana para poder fijar el verdadero patrimonio del cónyuge que haya contratado individualmente con terceros.

Palabras claves: Sociedad conyugal, régimen económico matrimonial, responsabilidad, gestión, bienes comunes, gananciales, acreedores.

Abstract

This article presents the summary of research results found in the doctoral thesis, which dealt with the object of responsibility of spouses in a society of property acquired during conjugal life. In this paper, the topic is approached from the point of view of responsibility as element of mandatory link and common property as its object. This approach was carried out in both Colombian and Spanish Law. In the latter, norms ruling external responsibility of profit society, specifically articles 1367 and 1365 of the Civil Code, are analyzed, being of special treatment each one of the assumptions established by these norms. In addition, these assumptions are analyzed with their respective application in the Colombian Law, establishing some vacuums in the norm ruling conjugal society in Colombia and a violation to the universal patrimonial responsibility because of the lack of alternatives which permit to force the dissolution of the Colombian conjugal society, in order to establish the actual patrimony of the spouse who individually has engaged in contract with a third party.

Key words: Conjugal society, conjugal economical regime, responsibility, management, common good, property acquired in conjugal life, creditors.

Fecha de recepción: 1 de abril de 2006

Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2006

El régimen de gestión conjunta que se maneja al interior de la sociedad de gananciales en el Derecho español presenta un sinnúmero de posibilidades, un régimen de gestión que resulta interesante, pues pese a la casuística que conlleva se refleja como viable desde el punto de vista práctico. Este tipo de régimen de administración y disposición de bienes comunes es distinto del que históricamente había sido utilizado en España con anterioridad a la reforma del derecho de familia de 13 de mayo de 1981 y ajeno al existente en Colombia.

Sin embargo, es un régimen supletorio pero imperativo, que debe enmarcarse dentro de los lineamientos generales del derecho de obligaciones, respetando otras normas también imperativas. Analizando este régimen surgió la idea de establecer hasta qué punto el régimen de responsabilidad de los casados bajo la sociedad de gananciales estaba acorde con las normas generales de responsabilidad. Con la premisa de que una situación regulada de forma distinta en ambos derechos debía llevar al mismo resultado. No importa cuál sea la forma de gestión y administración de los bienes gananciales, la responsabilidad patrimonial universal rige de forma imperativa tanto en el Derecho español como en el Derecho colombiano.

Por tanto, la responsabilidad de los cónyuges en ambos regímenes debería verse amparada con todos los bienes que integran su patrimonio, tengan éstos calidad de gananciales o privativos. El artículo 1911 del Código civil español fija un mínimo de garantía, entendida como aquella que permite al acreedor satisfacer su interés frente al deudor, y esta garantía está constituida por todos los bienes del deudor, presentes y futuros¹. La regla paralela en el Derecho colombiano es el artículo 2488 del Código civil².

¹ “Los bienes sobre los que recae o puede recaer la ejecución –bienes presentes y futuros–, no forman la responsabilidad, sino la garantía, por eso es posible hablar de responsabilidad aunque sea insolvente el deudor, permaneciendo inalterable la responsabilidad por el aumento o disminución del patrimonio...La responsabilidad no es otra cosa que potencia y requiere para hacer efectiva la garantía”. DE CASTRO y BRAVO, Federico (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 C.C. *Revista de Derecho Privado*, año XIX, N° 226-227, julio-agosto, p. 196.

² “ Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1.677². Según dispone el

El hecho de que el patrimonio del deudor esté separado en distintos bloques patrimoniales, no evita que la imperatividad de la responsabilidad patrimonial universal sea aplicable y que el acreedor deba tener acceso a los bienes que integran su garantía. ¿Sucede esto en el Derecho español? ¿Qué es lo que pasa en el Derecho colombiano?

Estos fueron los primeros interrogantes que se plantearon en la investigación. El punto de partida fue una obligada referencia histórica, por cuanto no es casual que en la decadencia del siglo XX el legislador español haya optado por consagrar la igualdad de los cónyuges en el manejo de sus bienes con un sistema de gestión conjunta. Ello derivaba de un proceso de evolución en el que se llegó a la necesidad de aminorar la implacable potestad marital, dando paso a una igualdad planteada en la gestión conjunta que finalmente fue consagrada³.

segundo párrafo de esta norma no son embargables: “1. Subrogado. L. 11/84, art. 3º. No es embargable el salario mínimo legal o convencional. 2. El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas. 3. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a elección del mismo deudor. 4. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección. 5. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado. 6. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual. 7. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes. 8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente. 9. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación”. Este precepto en palabras de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “constituye la consolidación de muy antigua y nobilísima evolución del poder de coerción de que el acreedor se encuentra investido evolución que alguien llamó “dulcificación del derecho”, y es la expresión de lo que de manera descriptiva se ha denominado como el derecho de garantía general del acreedor en el conjunto de facultades que, en diversa graduación o escala, la ley le confiere en relación con los bienes que integran el patrimonio económico del deudor, entre ellas la más prominente: la ejecución del crédito insatisfecho”. C.S.J. Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de julio de 1993. M.P. Eduardo García Sarmiento. G.J.

³ Véase ALARCÓN PALACIO, Yadira (2005). Régimen patrimonial del Matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación. En *Revista de Derecho*, División de Ciencias Jurídicas Universidad del Norte, N° 24, Ediciones Uninorte, Barranquilla, pp. 2-31, y ALARCÓN PALACIO, Yadira (2006). Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981. En *Revista de Derecho*, División de Ciencias Jurídicas Universidad del Norte, N° 25, Ediciones Uninorte, Barranquilla, pp. 80-124.

Históricamente, la administración exclusiva que ostentaba el marido sobre los bienes gananciales iba acompañada de la representación de la mujer. De forma que los acreedores no tenían más que contratar con el marido para contar con prácticamente la totalidad de los bienes existentes en el matrimonio para hacer efectivos sus créditos. Pero en el actual régimen la igualdad de los cónyuges va acompañada del reconocimiento de la plena capacidad de la mujer, lo que hace que en materia de obligaciones se parta de una concepción distinta del patrimonio común como objeto de responsabilidad frente a terceros.

La sociedad de gananciales es una sociedad de creación legal que carece de personalidad jurídica y, por tanto, no puede ser sujeto de derechos, ni deudor, ni mucho menos responsable⁴. Siempre que una persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales contraiga una obligación, es ella el sujeto deudor, a menos que actúe con poder de representación de su consorte. Sin embargo, el régimen de gananciales del Derecho español afecta la masa común de bienes a determinadas deudas⁵. Afección que está determinada bajo dos criterios. Uno, la intervención conjunta de los cónyuges al contraer la obligación, y dos, la naturaleza de las actividades en las cuales se contrae la deuda.

En estos supuestos, si se analiza la persona del deudor y el patrimonio afecto al pago, la aplicación del artículo 1911 del Código civil español encuentra una ampliación. Una ampliación del objeto de responsabilidad. Si el deudor es el cónyuge contratante, los bienes que deben quedar

⁴ “El patrimonio ganancial está colocado bajo una titularidad que no la ostenta una persona jurídica como puede serlo la sociedad respecto de los socios. La titularidad es del marido y la mujer, aun cuando en aquellos casos puedan existir situaciones en las que un bien de naturaleza ganancial aparezca exteriormente atribuido a uno solo de ellos (p. Ej. En el Registro de la Propiedad aparece como titular único el marido o la mujer). Cualquiera que sea la forma aparente de la titularidad, ello no evitará el juego de los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales, si bien efectivamente lo es de acuerdo con los criterios legales”. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 8ª ed., p. 162. Madrid: Tecnos.

⁵ La consagración de la afección directa de los bienes gananciales por las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del expreso del otro se encuentra en el artículo 1367 del C.C. español; en tanto que la afección directa de los bienes gananciales en los casos expresamente señalados en la ley los contempla el artículo 1365 del C.C. español y demás que guardan estrecha relación con él.

afectos al pago de sus obligaciones son aquellos exclusivamente suyos, pero al verse comprometidos todos los bienes comunes, se alcanza en materia de responsabilidad el derecho que sobre los mismos tiene el cónyuge no deudor.

¿Es esta afección lícita siendo que el cónyuge no deudor no es parte en el contrato? Sí que lo es, porque tiene por causa la existencia entre el cónyuge deudor y el no deudor de un régimen de sociedad de gananciales que obliga al segundo a soportar la afección de parte de sus bienes, por el juego de intereses económicos que le unen a su consorte⁶. En estos casos se presenta una especie de disociación entre los elementos deuda y responsabilidad. Uno es el deudor y dos son los responsables, si bien la responsabilidad de cada cónyuge afecta determinadas masas matrimoniales.

En los casos previstos por el legislador de la reforma de 1981 para la afección de los bienes gananciales se verán comprometidos éstos, pero además la masa de bienes privativos del cónyuge deudor. Sin embargo, también existen supuestos en los que incluso se afectarán la masa de bienes privativos del cónyuge no deudor, sobrepasándose el ámbito de acción de la sociedad de gananciales, en aras de la correcta protección de los intereses de la familia, cual es el caso de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica.

Desde esta perspectiva, cada vez que se esté frente a una deuda contraída por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, debe determinarse cuál es el patrimonio afecto al pago de ese crédito. Abordando cada uno de los supuestos contemplados por las

⁶ MIQUEL GONZÁLEZ sostiene que la sociedad es la causa de adquisición del cónyuge del adquirente, que, por tanto, no es extraño a dicha adquisición, aunque en el contrato no aparezca para nada su nombre. MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1993). Comentarios al art. 392 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, p. 1.068. Madrid. Pues bien, esta misma razón, en nuestra opinión, justifica, es la que da sentido a la afección de los bienes gananciales en determinados casos. La existencia de una sociedad de gananciales entre cónyuges establece un juego de intereses comunes, que han dado paso al legislador español para configurar, bajo determinado criterio, supuestos en los que se afectan los bienes gananciales en garantía, al margen de lo que podría considerarse una consecuencia directa de las responsabilidad patrimonial del deudor, derivada del artículo 1.911.

normas que regulan la esfera externa de la sociedad de gananciales, en cada supuesto resulta salvaguardada la responsabilidad patrimonial universal, e incluso se aumenta el conjunto de bienes afectos a su pago, además existe una prelación en la persecución de los bienes, quedando sometido el acreedor en algunos casos a la previa excusión de unas masas patrimoniales para luego poder perseguir otras.

En el caso de las deudas derivadas del ejercicio de la potestad doméstica, el legislador afecta al pago de las deudas contraídas individualmente en principio los bienes gananciales y los privativos del deudor y, subsidiariamente, consagra la afección de los privativos del cónyuge no deudor. En este caso se presenta una nueva modalidad en el establecimiento del objeto de responsabilidad que queda afecto al pago de estas deudas. Se consagra la afección de la totalidad de la masa ganancial, siendo perseguible de manera directa junto con los bienes privativos del cónyuge deudor; pero además se establece una “responsabilidad solidaria”, del cónyuge no deudor, que alcanza subsidiariamente sus privativos⁷.

En el caso de las deudas derivadas del ejercicio del comercio, el objeto de responsabilidad también sufrió una modificación⁸. Concretamente,

⁷ El primer grupo de deudas contraídas por uno solo de los cónyuges que afectan directamente en garantía el patrimonio ganancial son las que se realizan en ejercicio de la potestad doméstica, de acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 1.365.1 del C.C. español. El artículo se limita a señalar la afección de la masa común en garantía, sin entrar a estudiar cuáles son las deudas que pueden contraerse en ejercicio de esa facultad. Es por ello que para saber qué actos son los que generan tal régimen de responsabilidad hay que remitirse al artículo 1.319 del C.C. español en cuanto al régimen económico matrimonial primario, que dispone: “Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.”

⁸ En España se produce una reforma al Código de Comercio mediante ley de 2 de mayo de 1975, que impuso la no discriminación entre marido y mujer, lo que trajo como una aplicación igualitaria de las consecuencias del ejercicio del comercio por persona casada, en cuanto la afección de los bienes, tanto propios como gananciales. Sobre el tema puede verse ILLESCAS ORTIZ, Rafael (1978). El ejercicio del comercio por persona casada tras la ley de 2 de mayo de 1975. En *Estudios de Derecho mercantil*

se fija en primer lugar la afección de los bienes resultas del comercio y de los adquiridos con esas resultas. Existen dificultades para fijar exactamente a qué bienes se refiere el legislador. Las resultas del comercio son fáciles de determinar, pero los bienes adquiridos con las resultas del comercio no lo son tanto. Tal dificultad en la práctica limita la afección a aquellos bienes que se mantengan destinados a la actividad mercantil y que como tales pueden ser fácilmente realizables.

Otra situación que se analizó fue la determinación del objeto de responsabilidad en los casos en que se ejerce el comercio con expresa oposición del cónyuge no comerciante, pues en principio sólo quedarían afectos al pago los gananciales resultas del comercio y los adquiridos con estas resultas. Tal efecto de la oposición no debe reñir con la aplicación del artículo 1911 del C.C. español, por lo cual es posible la persecución de los demás derechos que tenga el cónyuge deudor sobre el patrimonio común por la vía del artículo 1373 del C.C., ya que tal norma busca proteger los intereses de los acreedores bajo la posibilidad de integrar el verdadero patrimonio del deudor, pues de otra manera se vulneraría el mandato imperativo de la responsabilidad patrimonial universal.

Si tal persecución de bienes es posible para las deudas de carácter privativo, en mayor medida deberá tener lugar tratándose de deudas que tienen el carácter ganancial, pues nacen en el ejercicio de la actividad profesional de uno de los cónyuges. De esta forma se presenta una nueva prelación en el objeto de responsabilidad. En primer lugar, los acreedores del comerciante deberán perseguir los bienes resultas del comercio y los adquiridos con estas resultas junto con los privativos, y a falta de éstos o cuando éstos sean insuficientes, podrán perseguir los bienes gananciales, de lo cual surge el derecho de opción del cónyuge no deudor de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales.

Todos los casos estudiados en los que se vincula la afección de los gananciales al pago de las obligaciones contraídas por un cónyuge o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, especialmente

en homenaje a Rodrigo Uría (p. 287 y ss.). Madrid: Civitas. DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel (1977). *Estudios de derecho mercantil*, 2ª ed. Vol. 1, p. 74. Jaén. GARCÍA VILLAVARDE, Rafael (1982). El ejercicio del comercio por persona casada. *Revista de Derecho Mercantil*, p. 503, N° 165-166. Madrid.

estos últimos señalados, son la base que permite afirmar que el régimen actual de la sociedad de gananciales en Derecho español crea una nueva modalidad cuantitativa de la regla consagrada en el artículo 1911 del C.C.

Se establece entonces que pese a la alteración del objeto de responsabilidad, cuando uno de los contratantes es persona casada bajo sociedad de gananciales, la nueva modalidad cuantitativa, como se indicó en el caso del cónyuge comerciante, siempre respeta el mínimo de afección consagrado en el artículo 1911 del C.C., se modifica la afección de bienes agregando algunos que no son exclusivamente del cónyuge deudor, se establece una prelación en el orden en que tales bienes deben ser perseguidos, pero no se vulnera el régimen de la responsabilidad patrimonial universal. No bajo la interpretación que se sugiere.

En la sociedad conyugal que rige en Colombia, el régimen de gestión y disposición de bienes durante la sociedad es de absoluta independencia, de forma que existen dos administradores de la sociedad, sociedad sin personalidad jurídica que carece de un patrimonio autónomo⁹. Los cónyuges administran libremente los bienes de que sean titulares con independencia de su naturaleza ganancial o privativa.

Tal independencia se refleja del mismo modo en materia de responsabilidad, cada uno de los cónyuges es responsable de las deudas que personalmente contraiga, sin importar que la deuda sea cataloga como parte del pasivo ganancial que consagra el artículo 1796 del C.C. Pero el punto que interesa es el objeto de responsabilidad. Se dice que cada deudor es responsable, pero no se dice cuál es el patrimonio que queda afecto al pago. Por lo cual hay que remitirse a la regla de responsabilidad patrimonial universal.

En Derecho colombiano, en el caso del sujeto casado en sociedad conyugal de gananciales, el objeto que garantiza sus obligaciones está

⁹ “La locución *sociedad conyugal* no expresa una entidad moral con capacidad jurídica autónoma y apta para ejercer derecho y contraer obligaciones. No se da en ella la personalidad jurídica ni, por consiguiente, el patrimonio propio y la representación”. SUÁREZ FRANCO, Roberto (2002). *Derecho de Familia*, tomo I, 8ª ed., p. 260. Bogotá: Temis.

constituido por todos los bienes de los que frente a terceros es titular; estos bienes son aquellos de los que era dueño al contraer matrimonio, o que durante el matrimonio haya adquirido o adquiriera en el futuro¹⁰.

Se pasa por alto que el concepto de titularidad y el de propiedad se entremezclan al interior de la sociedad conyugal. No sería exacto decir que en Colombia el deudor casado bajo sociedad conyugal responda frente a terceros con todo su patrimonio, al igual que las personas solteras. En realidad, en sentido estricto, parte de los bienes de que cada cónyuge es titular cuando éstos tienen la calidad de ganancial no les pertenecen exclusivamente, así como tampoco los cónyuges son dueños solamente de los bienes de que son titulares, sino que además tienen un derecho sobre los bienes del otro que tengan así mismo la condición de gananciales¹¹.

Con la normativa vigente en Colombia, el acreedor carece de herramientas para integrar el verdadero patrimonio de su deudor cuando éste es casado en sociedad conyugal. El legislador de 1932 no implantó ninguna acción que tuviese en cuenta la imperativa aplicabilidad de la responsabilidad patrimonial universal, ni lo han hecho quienes desde entonces han tenido la potestad legislativa para hacerlo. Quizás porque sólo conociendo y analizando regímenes paralelos es posible vislumbrar verdaderas vulneraciones normativas.

Hay un elemento importante de atenuación en el Derecho colombiano y que precisamente lo acerca al régimen de sociedad de gananciales vigente en el Derecho español: la consagración de la responsabilidad solidaria aplicable a las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica. Específicamente, el artículo 2 de la Ley 28 de 1932 señala que cada cónyuge será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades

¹⁰Al respecto véase NARANJO OCHOA, Fabio (1992). *Derecho Civil. Personas y Familia* (4ª ed., p. 358). Bogotá: Señal Editorial.

¹¹Lo que se corrobora cuando frente a una crisis matrimonial cualquier acción que genere la disolución de la sociedad conyugal trae como consecuencia la posibilidad de embargo preventivo de los bienes que se encuentren en cabeza de los cónyuges y que se consideren presuntivamente gananciales. Al respecto véase AZULA CAMACHO, Jaime(2000). *Manual de Derecho Procesal*, tomo II, 4ª ed., p. 268. Bogotá: Temis.

domésticas o de crianza, educación o establecimiento de los hijos comunes¹².

Fijado el alcance de esta excepción, se identifica la incorrecta disgregación de los conceptos necesidades domésticas y crianza, educación y establecimiento de los hijos, pero además se fija las obligaciones que por cada uno de estos conceptos se ven beneficiadas con la extensión de la responsabilidad de manera solidaria al cónyuge no deudor. Y como consecuencia de ello, se encuentra también en el Derecho colombiano cierta disociación entre los elementos “deuda” y “responsabilidad” cuando el contratante es persona casada bajo la sociedad conyugal; disociación que también produce una modificación cuantitativa en el objeto de responsabilidad. Siendo uno solo de los cónyuges el deudor, el acreedor ve aumentado el objeto de responsabilidad que puede perseguir, comprometiéndose las tres masas patrimoniales existentes en el matrimonio, pues quedan afectos al pago los bienes de que ambos son titulares, los privativos y la totalidad de los gananciales.

En el caso de Colombia, este efecto se produce exclusivamente en la esfera de la sociedad de gananciales, a diferencia de lo que ocurre en Derecho español, que opera en régimen económico matrimonial primario, si bien la norma hace alusión a los bienes comunes existentes únicamente en sociedad de gananciales.

La sociedad conyugal que existe en Colombia sí produce efectos patrimoniales entre los cónyuges constante su vigencia, y a diferencia de lo hasta ahora sostenido, durante la existencia de la sociedad conyugal existen casos en los que los acreedores pueden perseguir los bienes que están en cabeza del cónyuge no deudor, viendo ampliado el objeto de responsabilidad y sin tener que esperar a una eventual disolución de la sociedad conyugal. Y en estos casos, y sólo en ellos, se respeta de manera objetiva la responsabilidad patrimonial universal, permitiéndose la persecución de la totalidad de los bienes del deudor.

¹² Sobre la potestad doméstica en el derecho colombiano puede verse: LATORRE, Luis Felipe (1932). *Estatuto civil de la mujer casada* (p. 212). Bogotá: Ediciones Antena; LÓPEZ DE LA PAVA, Enrique (1968). *Derecho de Familia*. Universidad Externado de Colombia, reimpresión, p. 100-103. Sentencia de la C.S.J. de 16 de noviembre de 1953. Magistrado ponente Dr. Manuel José Vargas. *Gaceta Judicial*, t. LXXVI, N^{os} 2.136 y 2.137, p. 743.

Frente a obligaciones que no sean adquiridas en el ejercicio de la potestad doméstica objetivamente se vulnera el artículo 2488 del C.C. colombiano con la aplicación del régimen de responsabilidad consagrado en la sociedad conyugal, pues sólo en los casos en que la totalidad de los bienes gananciales esté en cabeza del cónyuge deudor se estará al alcance de todo su patrimonio.

En el Derecho colombiano este planteamiento tiene un verdadero impacto en la práctica. La defensa de la verdadera comunicación patrimonial en cuanto al pasivo derivado adquirido en el ejercicio de la potestad doméstica, muestra un panorama amplísimo de responsabilidad conjunta. Recuérdese que se plantea la viabilidad de la exigencia de estas deudas a cualquiera de los cónyuges en un país donde la mayoría de los hogares carecen de una vivienda propia y, por tanto, se ven obligados a contratar el arrendamiento del inmueble donde habita la familia; donde la mayoría de los padres son asalariados y sus deudas más importantes derivan de la adquisición de los servicios públicos indispensables para la vida diaria; donde son escasas las instituciones educativas públicas que mantienen un buen nivel académico y los padres (en la mayoría de los casos la madre) se ven obligados a matricular a sus hijos en escuelas, institutos y universidades privadas; donde el sistema de créditos para atender las necesidades de alimentación y vestido está a la orden del día porque la crisis económica no permite la solvencia para cubrir las necesidades mínimas.

En fin, en la práctica, realmente la interpretación del régimen de responsabilidad de esta manera convierte a la sociedad de gananciales en una sociedad en la que la corresponsabilidad se convierte prácticamente en la regla general.

El inconveniente es su exigibilidad en materia procesal y registral. Estos aspectos también han presentado inconvenientes en el Derecho español y han sido regulados bajo el criterio de prevalencia de la ganancialidad del bien por encima de la titularidad registral. Tal regulación no existe en Colombia, y por tanto, se presenta el *impasse* de la imposibilidad de persecución de los bienes que aparecen en cabeza del cónyuge no deudor, pese al mandato legal de responsabilidad solidaria respecto a este tipo de obligaciones¹³. La solución es la declaratoria por vía ordinaria

¹³ En el proceso declarativo que se practique contra el cónyuge deudor y en el que

de la naturaleza de la deuda, que es la que permite la exigencia de la solidaridad conjunta. Incluso cuando se trate de actuaciones conjuntas en las que no se haya pactado expresamente la solidaridad, pues por regla general en el Derecho colombiano la solidaridad no se presume, en tales procesos sería conveniente la demanda contra ambos cónyuges.

Siempre que pueda obtenerse por vía judicial la declaratoria de la naturaleza doméstica de la obligación, procederá por vía ejecutiva el embargo sobre los bienes de ambos cónyuges, haciéndose posible la responsabilidad solidaria que consagra la ley. El verdadero inconveniente procesal se presenta cuando existe un título ejecutivo para hacer exigible la deuda y la naturaleza de deuda doméstica no ha sido previamente declarada; en éstos casos no existe posibilidad de persecución de los bienes gananciales que estén en cabeza del cónyuge no deudor.

Pese a que el régimen de sociedad conyugal que existe en Colombia fue pionero en la búsqueda de la igualdad entre los cónyuges, declarando la capacidad civil de la mujer casada en los inicios del siglo XX, no consagró un verdadero sistema de equilibrio entre los intereses de los cónyuges y los de sus acreedores, no permitió la seguridad del tráfico jurídico que llevara a los acreedores a contratar confiadamente con cualquiera de los cónyuges, y las reformas recientes no tuvieron en cuenta el desequilibrio económico que un régimen mixto entre separación y ganancialidad podía producir en situaciones de crisis matrimoniales.

Por tanto, para una mejor proyección económica de la familia, tanto al interior de la sociedad conyugal como en las relaciones externas de los cónyuges con terceros, es aconsejable una reforma del régimen, ojalá inspirada en el Derecho español, que consagra una combinación entre gestión conjunta y gestión individual en determinados casos, con consecuencias específicas en materia de responsabilidad y en materia del objeto que se constituye en la garantía de los acreedores, si bien teniendo en cuenta los vacíos y las dificultades que este régimen también presenta e intentando copiar sus virtudes y evitar reproducir sus falencias. RD

no sea llamado a juicio el cónyuge no deudor, tratándose de deudas derivadas de la potestad doméstica, creemos que el cónyuge demandado podrá llamar en garantía al cónyuge no deudor. LÓPEZ BLANCO admite la posibilidad del llamamiento en garantía por parte del deudor solidario, cuando analiza la figura del litisconsorcio pasivo *cuasinecesario*. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2002). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, tomo I, p. 319. Bogotá: Dupré editores.

Referencias

- ALARCÓN PALACIO, Yadira (2006). Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981. En *Revista de Derecho*, División de Ciencias Jurídicas Universidad del Norte, N° 25, Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- ALARCÓN PALACIO, Yadira (2005). Régimen patrimonial del Matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación. En *Revista de Derecho*, División de Ciencias Jurídicas Universidad del Norte, N° 24, Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- AZULA CAMACHO, Jaime (2000). *Manual de Derecho Procesal*, tomo II (4ª ed., p. 268). Bogotá: Temis.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 C.C. *Revista de Derecho Privado*, año XIX, N° 226-227, julio-agosto.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel (1977). *Estudios de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Vol. I. Jaén.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 8ª ed. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael (1982). El ejercicio del comercio por persona casada. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 165-166. Madrid.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael (1978). El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975. En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas.
- LATORRE, Luis Felipe (1932). *Estatuto civil de la mujer casada*. Bogotá: Ediciones Antena.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (2002). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, tomo I. Bogotá: Dupré editores.
- LÓPEZ DE LA PAVA, Enrique (1968). *Derecho de Familia*. Reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1993). Comentarios al art. 392 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*. Madrid.
- NARANJO OCHOA, Fabio (1992). *Derecho Civil. Personas y Familia*, 4ª ed. Bogotá: Señal Editorial.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto (2002). *Derecho de Familia*, tomo I, 8ª ed. Bogotá: Temis.