

UNIVERSIDAD DE PANAMA

VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO

**LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO DEL
MATRIMONIO CIVIL CUANDO HAY MUERTE DE UNO
DE LOS CONYUGES**

POR:

BELQUIS CECILIA SAEZ NIETO

2,000



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN

DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PRIVADO

Título del trabajo de tesis "Liquidación del Régimen Económico del Matrimonio Civil cuando hay muerte de uno de los Cónyuges".

Nombre del estudiante Belquis Cecilia Sáez Nieto Cédula 7-93-888

Miembros del Jurado:

Calificaciones que otorgan:

a Dr. Julio Lombardo (Director)

81 - B

b Dr. Octavio Del Moral

81 - B

c Dr. Ulisés Pittí

89 - B

Nota final promedio

83.6 B

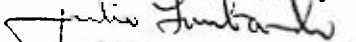
Observaciones generales del jurado

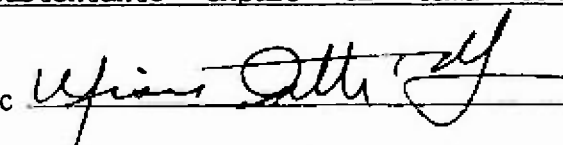
Comentarios sobre la tesis:

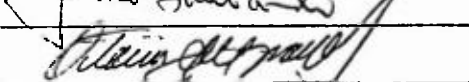
El trabajo representa un esfuerzo sistemático y valioso con la circunstancia de que aborda una temática apoyada en la práctica, con un enfoque genérico.

Comentarios sobre la sustentación: La sustentante expuso el tema con

Firma de los miembros del jurado

a 

c 

b 

Firma del coordinador del programa

Firma del representante de la
Vicerrectoría de Inv y Postgrado

Firma del estudiante

Firma del decano
Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

Fecha 5 de mayo del 2.000

. Sigue.....

Acta de Sustentación:
Licda. Belquis Cecilia Sáez Nieto

capacidad de síntesis y respondió en forma satisfactoria las preguntas del Tribunal.

T.M.

10 AGO 2000

Auter

del

Coloquio

527

INDICE GENERAL

ASPECTOS JURIDICOS GENERALES DEL MATRIMONIO CIVIL EN PANAMA

CAPITULO I

Matrimonio

a) Etimología

b) Concepto

b. 1 En la Doctrina

b.2 En la Ley

b 2. 1 Constitución Nacional

b 2.2 Código de Familia

2 Naturaleza Jurídica

a) El matrimonio como un contrato

b) El matrimonio como un acuerdo de voluntades

c) El matrimonio como una institución

3 Clasificación del Matrimonio

a) Matrimonio Civil y Religioso

b) Matrimonios Especiales

b. 1 Matrimonio de Hecho

b 2 Matrimonio por Poder

b.3 Matrimonio en inminente peligro de muerte

b 4 El matrimonio a bordo de un buque o aeronave

b 5 Matrimonio entre grupos indígenas

4 Los Impedimentos matrimoniales

- a) Concepto
- b) Clasificación
 - b 1 Los que no pueden contraer matrimonio
 - b 2 Los que no pueden contraer matrimonio entre sí
 - b 3 Prohibiciones para contraer matrimonio

5 Requisitos del Matrimonio

- 1. Los esponsales o promesa de matrimonio
- 2. Requisitos
 - a) Requisitos anteriores a la celebración
 - b) Requisitos durante la celebración del matrimonio
 - c) Requisitos posteriores a la celebración del matrimonio

CAPITULO II

CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y REGIMENES ECONOMICOS

1 . Capitulaciones Matrimoniales

- a) Concepto
- b) Antecedentes históricos
- c) Características del contrato de capitulaciones
 - c. 1 Es accesorio
 - c 2 Condicional del matrimonio
 - c. 3 Oneroso
 - c.4 Solemne

- c 5 Sinalagmático
- c. 6 Multilateral
- c 7 Mutable
- c 8 No pueden ir contra las leyes, el orden público y la moral
- c 9 Se puede realizar antes o después del matrimonio

2. Regímenes Económicos Matrimoniales

- a) Concepto y Características
- b) Fundamento del régimen económico del matrimonio
- c) Clasificación

3. El régimen económico primario

4 La Contratación entre cónyuges

5 Las Donaciones por razón del matrimonio

6 Publicidad del régimen económico matrimonial

- a) Publicidad ante notario
- b) Publicidad a través del Registro Civil
- c) Publicidad a través del Registro Público
- d) Publicidad a través del Registro Mercantil

7 Los regímenes económicos matrimoniales en Panamá

- a) Antecedentes
- b) El Régimen de Separación de bienes
 - b 1 Concepto
 - b.2 Obligaciones de los cónyuges de acuerdo a este régimen

- a 1 Muerte Real
- a 2 Presunción de muerte
 - a.2 1. Reparación del posible muerto

CAPITULO III

LIQUIDACION DEL RÉGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL CUANDO HAY MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES

- 1 Introducción
- 2 Modalidades que pueden al momento de la extinción del régimen económico
- 3. ¿Por qué es importante distinguir cuál es la causa de extinción del régimen económico matrimonial?
- 4. Liquidación del régimen cuando hay muerte de uno de los cónyuges
 - a) Liquidación - Extinción
 - a 1 Extinción - Concepto
 - b) Liquidación cuando hay muerte de uno de los cónyuges y el régimen vigente es la separación de bienes
 - b 1. Regla General
 - b.2 Excepciones
 - b.3 Administración de los bienes durante el régimen de separación de bienes
 - b 4 Responsabilidad por deudas
 - b.5 Contribución a las cargas del matrimonio
 - b 6 Críticas al régimen de separación de bienes

5. Liquidación cuando hay muerte de uno de los cónyuges y el régimen vigente es el de participación en las ganancias

- a) Administración
- b) Efectos de la disolución del régimen de participación en las ganancias
- c) Patrimonio inicial
- d) Cálculo del patrimonio inicial
- e) Prueba del patrimonio inicial
- f) El Patrimonio final
- g) Valoración de los Bienes
- h) Sanción por ocultación de bienes
- i) Créditos
- j) Forma de perseguir el pago de crédito de participación de gananciales
- k) Finalización del régimen de participación en las ganancias
 - k 1 Se disuelve el matrimonio
 - k 2 Judicialmente se decreta la separación de cuerpos
 - k 3 Los cónyuges convengan otro régimen en la forma prevista en este Código
- l) Críticas que se presentan con respecto al régimen de participación en las ganancias.
- m) Ventajas del régimen de participación en las ganancias
- n) Caso hipotético

6 Liquidación del régimen cuando hay muerte de uno de los cónyuges y el régimen vigente es la sociedad de gananciales

- a) La comunidad de bienes
- b) La sociedad de gananciales
 - b 1 Cuando nace la sociedad de gananciales
 - b.2 Duración de la sociedad
 - b 3 Bienes de la sociedad
- c) Las deudas de la sociedad de gananciales
- d) Responsabilidad Civil Extracontractual
- e) Deudas de los cónyuges
- f) Administración de la Sociedad
 - f.1 Regla General
 - f.2 Reglas Excepcionales
 - f 3 Actos de Disposición
 - f 4 Actos de disposición: principios y responsabilidad
 - f.5 Actos de disposición y registro de propiedad
- g) Causas de Disolución de la Sociedad
- h) Liquidación
- i) Operaciones de liquidación
- j) División del remanente
 - j.1 Las que se aplican en caso de pensión alimenticia
 - j 2 Liquidación simultánea de varias sociedades

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

La extinción del régimen económico matrimonial por muerte de uno de los cónyuges conduce a una liquidación muy particular. En nuestro país no existe experiencia en liquidación de regímenes económicos matrimoniales a pesar de que pudieron existir después de la aprobación de la Ley N° 84 de 29 de noviembre de 1963 que introduce el artículo 1165-A al Código Civil y que por primera vez se da como régimen supletorio la participación en las ganancias atenuadas para los matrimonios de hecho. Partiendo de esta premisa consideramos que en Panamá no hay experiencia en liquidación, por desconocimiento de las normas legales, porque las personas unidas de hecho no pedían la liquidación del régimen o porque sencillamente la redacción original del artículo 1165-A del Código Civil presentaba muchas dificultades prácticas. Lo cierto es que, como consecuencia de lo anterior muchas personas se han visto perjudicadas porque se ha considerado que cuando hay muerte de un cónyuge se va inmediatamente al proceso de sucesión y se considera ésta una comunidad para dividir entre los herederos y no es así. Es necesario primero liquidar y adjudicar al cónyuge vivo los bienes por razón de la liquidación del régimen y luego ir a la sucesión en donde por disposición del Código Civil corresponde también participar como heredero al cónyuge sobreviviente. En virtud de lo anterior hemos realizado un estudio del proceso de liquidación con cada uno de los regímenes ya sea participación en las ganancias (régimen supletorio), sociedad de gananciales (a través de capitulaciones matrimoniales) o separación de bienes, en el caso de que no se pueda probar quién es el propietario del bien o haya que asignar una pensión remuneratoria por razón del trabajo doméstico.

SUMMARY

The extinction of the marital economic regime upon the death of one of the spouses leads to a very particular liquidation. In our country there is no experience in the liquidation of marital economic regimes in spite of the fact that it could exist after the approval of the law Number 84 of November 29, 1963 which introduced article 1165-A to the Civil Code and that for the first time there is participation on accumulated gains for common-law marriages as a supletorio regime. From this premise we consider that in Panama there is no experience in liquidation, for ignorance of the legal norms, because the law spouses did not ask for the liquidation of the regime or because of many practical difficulties. The fact that as a consequence of the above many people have been negatively affected because it has been considered that when there is a death of a spouse one goes immediately to the process of succession, which is considered a community, to divide among the heirs and it is not so. It is liquidation of the regime and then to the succession where according to the civil code the surviving spouse also participates as an heir. In virtue of the above, we have done a study of the process of liquidation with each of the regimes, be it participation in the gains (supletorio regime), society of gains (through marital capitulations) or separation of goods, in the case in which it cannot be proved remuneratory pension for domestic labor.

INTRODUCCION

Nosotros iniciamos nuestra investigación con los aspectos conceptuales del matrimonio civil. En este punto consideramos que lo correcto es hacer una revisión general en doctrina, ley y derecho comparado sobre los aspectos conceptuales del matrimonio. Porque es muy difícil elaborar una definición completa de una institución tan compleja como es el matrimonio.

También hacemos referencia a los distintos tipos de matrimonios (civil, religioso, matrimonios especiales) porque cualquiera que sea la forma que se utilice para realizar el matrimonio, la liquidación en caso de muerte de uno de los cónyuges es la misma

Los requisitos antes, durante y después del matrimonio han sido ampliamente abordados. Incluyendo los impedimentos matrimoniales y aspectos tan importantes como es la donación por razón del matrimonio y la libre contratación entre los cónyuges

El Código Civil establecía como régimen supletorio el de separación de bienes y por mandato del artículo 835 del Código de Familia, este régimen supletorio sigue vigente para todas las parejas que contrajeron matrimonio antes del 1° de enero de 1995 que fue cuando entró en vigencia el Código de Familia.

Después de la aprobación del Código de Familia mediante Ley N° 3 de 1994 y su entrada en vigencia el 1° de enero de 1995, las personas que contrajeron matrimonio después les rige el régimen supletorio de participación en las ganancias

En ambas normativas (Código Civil y Código de Familia) se mantiene el principio de que los cónyuges pueden elegir el régimen económico que desean a través de las llamadas

capitulaciones matrimoniales. Pero, en el evento de que la pareja no diga nada al contraer matrimonio queda vigente el régimen supletorio.

Partiendo de esta base hemos procedido a investigar cómo se liquida el régimen económico del matrimonio cuando hay muerte de un cónyuge.

En el caso de que el régimen aplicable sea el de separación de bienes y existe un bien que no se puede probar a quién de los cónyuges corresponde debemos entender que se debe adjudicar pro-indiviso a ambos cónyuges.

También se da el problema del cálculo de la pensión que corresponde cuando se avalúa el trabajo doméstico que el Código de Familia establece el derecho pero no dice cómo se ejerce ese derecho

En el caso del régimen de participación en las ganancias partimos de la base de establecer los bienes que componen el patrimonio inicial y final

En cuanto a los bienes que componen el patrimonio inicial, hemos visto en las legislaciones foráneas cómo algunos derechos o bienes quedan excluidos de ese patrimonio inicial. Es el caso de las cotizaciones o seguros voluntarios que fueron introducidos en nuestra legislación por el Decreto-Ley N° 8 de 1998 o Ley de Jubilaciones Especiales Sin embargo, como el Código de Familia no excluyó prácticamente nada éstos quedan sometidos a ese patrimonio inicial

También exponemos la dificultad práctica que existe al actualizar el valor de los bienes desde el momento en que se realizó el matrimonio hasta el momento de liquidación.

El éxito de la liquidación y la garantía de equidad para las partes se cumple realizando el inventario de bienes que constituyen ese patrimonio inicial

La sanción por ocultación de bienes fue una materia no regulada por la legislación panameña. Esta regulación es importante porque permite una real y verdadera liquidación.

En la sociedad de gananciales hemos visto aspectos interesantes. Uno de ellos ha sido la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales que ha sido un tema ampliamente discutido por la doctrina. Al punto de que se ha llegado al consenso de que la sociedad de gananciales es "una comunidad caracterizada fundamentalmente por.

1. Surgir en un régimen económico matrimonial, por lo que la condición de comunero es accesoria o inseparable de la condición de esposo o cónyuge, por eso es inalienable (BERDEJO, 1997, pág. 813)

2. Recaer sobre un patrimonio separado, no sobre bienes singulares o la suma de todos ellos (DE LOS MOZOS, 1997, pág. 813), si bien el patrimonio no es autónomo, porque no es el titular exclusivo.

3. No constituye una persona jurídica sino una comunidad que ella misma no es sujeto de derecho (POVEDA, M , 1997, pág. 799)

Y en nuestro medio, ¿tiene o no personalidad jurídica la sociedad de gananciales? Después de leer los artículos del Código de Familia, concluimos que no. Definitivamente que los acreedores pueden secuestrar a la sociedad de gananciales por deudas de la sociedad y por deudas propias de cualquiera de los cónyuges porque el artículo del Código de Familia dice que cuando no haya bienes propios suficientes se procede contra los gananciales y no distingue en qué situaciones. Esta es una norma que De La Cruz Berdejo critica como una protección exagerada a los acreedores.

Finalmente, en nuestra investigación hacemos referencia a las operaciones de liquidación, determinando qué deudas se pagan primero y cómo se procede en los casos de pensión alimenticia.

Esperamos satisfacer el propósito de nuestra investigación que no es otro que el de contribuir a mejorar el conocimiento del proceso de liquidación en caso de muerte de uno de los cónyuges, para evitar una liquidación injusta para cualquiera de los cónyuges.

REVISION DE LITERATURA

Para realizar nuestra investigación hemos recurrido a la doctrina extranjera sobre todo española que fue la fuente de inspiración del Código de Familia. A pesar de que la legislación civil española mantiene el principio de que el régimen supletorio es el de sociedad de gananciales muy diferente al nuestro y algunas otras figuras que son diferentes, la doctrina nos ha sido de gran ayuda.

También hemos consultado con mucha frecuencia revistas especializadas no sólo por la naturaleza del tema sino por lo actualizadas que están. De manera que han sido fuente directa

1 La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario fundada en el año de 1925 y que nos ha servido de base en el caso de bienes afectos al régimen.

2. La Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile, que ha realizado importantes publicaciones sobre el régimen de participación en las ganancias.

3 También hemos utilizado con mucha frecuencia la Revista de Derecho Puertorriqueño que ha realizado interesantes análisis sobre jurisprudencia de los tribunales

Dentro de todas estas publicaciones hemos encontrado autorizadas opiniones de De La Cruz Berdejo que aborda el tema de la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales.

Han sido interesantes los planteamientos del Dr. Julio Carbajo González, Eduardo Serrano Alonso, Herminio Compuzano Torre, Carbonier sobre el Régimen Económico del Matrimonio

En cuanto a los autores nacionales nos hemos encontrado que existen muy pocos estudios sobre el Régimen Económico. Sólo hay algunos estudios del Dr. Ulises Pittí que

coinciden con el planteamiento de nuestra tesis en el sentido de que la liquidación procede primero y después el proceso de sucesión.

También queremos decir que hemos hecho una revisión completa de las normas sobre régimen económico en el Código Civil francés y el de Puerto Rico

Hemos hecho una revisión de la jurisprudencia panameña y no existen antecedentes jurisprudenciales en materia de liquidación de regímenes económicos matrimoniales

Finalmente queremos decir que coincidimos con la opinión del profesor Juan Van Eps en el sentido de que la investigación jurídica es eminentemente doctrinal. Por tanto, nuestro trabajo está basado en la investigación dogmática, la fundamentación teórica y los resultados devienen en la discusión de los autores sobre las distintas posiciones que surgen

ASPECTOS METODOLOGICOS

En nuestro trabajo hemos utilizado el método deductivo en cuanto se refiere a las normas del Código de Familia y Civil

Hemos hecho referencia al método histórico que para efectos de nuestra investigación es importante. Toda vez que partimos de la premisa de que en Panamá no hay experiencia en liquidación de regímenes económicos matrimoniales a pesar que hemos demostrado que pudieran existir después de 1963.

Utilizamos también el Derecho Comparado, no sólo para determinar similitudes y diferencias sino para guía en algunos temas de interpretación de la norma jurídica

De manera que nos hemos realizado interrogantes a fin de ir desarrollando las respuestas a la hipótesis planteada utilizando los métodos ya establecidos Y definitivamente que nos hemos podido percatar de que la liquidación en los casos de muerte arroja resultados diferentes de acuerdo al régimen que se pacte y que es necesario cumplir con la norma jurídica que es liquidar primero y luego ir a la sucesión Hacerlo, de otra forma implica una liquidación injusta para el cónyuge sobreviviente cualquiera que sea éste mujer u hombre.

RESULTADOS Y DISCUSION

CAPITULO I

ASPECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO

1. Matrimonio

a) Etimología

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas es descartada por improbable la procedencia de maritus, marido (y) no parece ofrecer grandes dudas que la etimología de esta voz es genuinamente latina de matrimonium (vocablo casi idéntico al nuestro), derivado a su vez de matri (por matris, genitino de mater, madre y de manus, cargo u oficio de madre)

Se afirma que se prefiere este nombre y no el de patrimonio (fundamentalmente por su parte en los derechos reales o económicos, por cuanto era la mujer la que en realidad, determinaba el vínculo de parentesco por la certidumbre de la filiación, en las primitivas épocas de promiscuidad sexual, y más adelante, por entenderse que para la mujer son las mayores obligaciones del matrimonio por los hijos y el hogar (CABANELLAS, G , 1996, pág 339)

También existen otras palabras como, matre maniens, matre nato, de motos, etc , que pueden ser consideradas como etimología de la palabra matrimonio Sin embargo, nosotros consideramos que es acertada la etimología de la palabra matrimonium ya que

existe mucha similitud en las denominaciones y también a través de la historia se ha demostrado que la mujer siempre tiene mayores obligaciones en el matrimonio

b) Concepto

b. 1 En la Doctrina

En la doctrina se ha discutido mucho sobre el concepto de matrimonio, al punto de que podríamos hablar de corrientes doctrinales, unos lo conciben como contrato, otros como contrato sui generis, como un contrato con características especiales, como unión, etc De esta manera se han ensayado conceptos no sólo desde el punto de vista jurídico, sino psicológico, económico, político, etc

"El análisis conceptual de esta figura del derecho familiar es llevado a innumerables críticas sobre las definiciones que se han dado Ya que hay muchas cosas no imprescindibles para la existencia de un matrimonio desde el punto de vista del Derecho Civil o de Familia Muchos de los caracteres atribuidos al matrimonio no son fundamentales

1. No es necesaria la perpetuidad de la unión, porque la existencia o amenaza de divorcio, donde está administrado lo desmiente,

2 No es requisito la procreación de los hijos, porque llevaría a prohibiciones nunca establecidas contra las estériles, y principalmente contra la mujeres de los cincuenta en adelante

3 No es tampoco esencial la fidelidad, pues el mutuo engaño o

consentimiento de un cónyuge no atenta en principio contra la existencia del vínculo, en ocasiones contraído por poder, y deferido en su consumación durante lapso dilatadísimo,

4. Tampoco ha de buscarse la naturaleza del nexo por el lado patrimonial o de recíproca ayuda, porque cabe casarse con total independencia de bienes en algunas legislaciones, y no practicar el socorro del otro cónyuge sino en la forma común de "solidaridad humana" (CABANELLAS, G , 1989, pág 340)

De allí que el matrimonio sea una figura jurídica muy compleja y buscar un concepto que ubique a todas las personas que contraen matrimonio con sus diferentes costumbres, su idiosincrasia y las limitaciones que cada uno lleva al matrimonio como persona o como ser humano, es sumamente difícil

Lo que tendríamos que analizar son las definiciones más abarcadoras desde el punto de vista jurídico y ver el derecho comparado a efectos de establecer similitudes y diferencias conceptuales del matrimonio

Para el Dr. Julio Carbajo González "el matrimonio civil constituye la unión, reconocida por el Derecho de dos personas para la consecución o el logro de unos fines, vida en común, procreación, apoyo mutuo, etc (GONZALEZ, J , 1996, pág 9)

Nótese que la definición anteriormente expuesta no establece que la unión debe ser entre hombre y mujer o entre personas de distinto sexo como lo establecen la mayoría de las legislaciones

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas dice que "recogiendo las inclinaciones legales y sociológicas, puede concluirse que el matrimonio es una sociedad compuesta por sólo dos personas, que han de ser de sexo diferentes, que por lo general tiende a la propagación más o menos inconsciente de la especie, además de

fortalecerse por la ayuda mutua, asentada en el propósito de compartir la misma suerte a través del vínculo que los une, con ciertas comodidades patrimoniales, y sólo disoluble según causas estrictamente determinadas en la Ley" (Ibídem, pag 346)

Para nosotros el matrimonio es la unión de dos personas que tiene como objetivo establecer y fortalecer vínculos de cariño, educación, respeto, procrear si las circunstancias lo permiten y sólo es disoluble legalmente por las causas taxativamente establecidas en la ley

b.2 En la Ley

b.2.1 Constitución Nacional

El artículo 53 constitucional dice. "El matrimonio es el fundamento legal de la familia, descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y puede ser disuelto de acuerdo a la ley".

Si observamos este concepto se enmarca en tres aspectos diferentes.

1 El matrimonio es la base legal de la familia

Ello es así porque para que la unión libre y consensual de dos personas surta los efectos legales pertinentes es necesario que se efectúe el matrimonio Sin embargo, nuestra legislación contempla la posibilidad de que puedan formalizarse las uniones de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la ley para tal efecto (es decir cinco años en condiciones de singularidad y estabilidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Nacional)

2 El matrimonio descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges

En Panamá, se ha legislado mucho para alcanzar el fin o el propósito establecido en el artículo 53 de la Constitución Nacional (Prueba de ello es la aprobación del Código de Familia y el Menor mediante la Ley 3 de 1994 y de la Ley de violencia intrafamiliar o Ley 27 de 1995)

Sin embargo, se requiere no sólo de una buena legislación sino de que las personas encargadas de aplicar la ley (elemento personal) estén conscientes de la igualdad de esos derechos y deberes

3 El matrimonio puede ser disuelto de acuerdo a la ley

En nuestro país se permite la disolución del vínculo matrimonial por las causales taxativamente establecidas en la ley (ver artículo 212 del Código de Familia)

b.2.2 Código de Familia

El Código de Familia, en el Título I "Del Matrimonio", el capítulo de Disposiciones Generales, en el artículo 26 define el matrimonio y dice "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, con capacidad legal que se unen para hacer una vida en común (El subrayado es nuestro)

Cambia radicalmente el concepto de matrimonio que era considerado como un contrato en el Código Civil y se resalta el hecho de que debe ser un acuerdo de voluntades. De manera entonces, que de acuerdo a esta definición la naturaleza jurídica del matrimonio es un simple acuerdo de voluntades

2. Naturaleza Jurídica del Matrimonio

Antes de entrar a discutir la naturaleza jurídica del matrimonio queremos realizar unas breves reflexiones en cuanto a la naturaleza jurídica de Derecho Familiar porque consideramos que ubicando el Derecho de Familia de acuerdo a las nuevas concepciones podremos comprender mejor la naturaleza jurídica de una institución tan importante como es el matrimonio.

La naturaleza jurídica del derecho familiar ha sido ampliamente discutida y las modernas tendencias hablan de un derecho familiar autónomo ya que tiene instituciones completas y complejas tanto en su contenido como en sus efectos

También ha habido mucha discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio Y esto tiene que ver mucho con los bienes que se adquieren durante el matrimonio o con el Régimen Económico Matrimonial ya que cuando la pareja contrae matrimonio se fortalecen vínculos de amor, cariño y amistad pero también inicia una vida o una nueva regulación en cuanto a los bienes que se adquieren durante la vida matrimonial

Las teorías que se han manejado en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio son las siguientes

a) **El matrimonio como un contrato**

Un importante sector de la doctrina, sobre todo civilista, afirma que el matrimonio es un contrato y "frente a este concepto de contrato, que perfectamente se le puede aplicar a la venta, al arrendamiento o a la permuta, no creemos posible que el matrimonio quede

comprendido en él por las siguientes razones a) si bien es cierto que el matrimonio supone un acuerdo de voluntades, dicho acuerdo más que todo origina obligaciones que son patrimoniales o propiamente civiles, como quiera llamárseles, si no obligaciones de índole moral, que no pueden evaluarse en dinero ni directa ni indirectamente, como son la de fidelidad, la de cohabitación, la de obediencia de la mujer al marido y la del mutuo respeto entre cónyuges" (VALENCIA ZEA, A , pág 51), b) considero igualmente que existen grandes diferencias en cuanto a las finalidades. El contrato busca el obligatorio cumplimiento de las cláusulas que en él se establecen para que se haga efectivo el deseo de las partes contratantes. El matrimonio busca fortalecer vínculos de cariño, respeto, etc

b) El matrimonio como un acuerdo de voluntades.

Muchos autores civilistas prefieren utilizar el término pacto o acuerdo matrimonial para darle una denominación a las relaciones familiares. Sin embargo, el matrimonio es una figura jurídica muy compleja y por sus efectos es necesario admitir que es algo más que un simple acuerdo de voluntades entre los cónyuges.

El Código de Familia y el Menor ubica a la legislación panameña, dentro de esta teoría. Ya que el artículo 26 dice que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada. Y para que haya una unión voluntariamente concertada debe existir un acuerdo de voluntades.

c) El matrimonio como una institución

"La doctrina moderna enseña que si el matrimonio por su fuente es acuerdo de voluntades, por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional. Una institución es algo muy superior a un acuerdo de voluntades, tanto por sus efectos, porque según se ha dicho no depende de la voluntad de los contrayentes, quienes de ordinario lo desconocen en el momento de la celebración, lo es por su duración, porque aunque el matrimonio se extinga, sus efectos se perpetúan en los hijos legítimos habidos en él" (HENRI, L , ZEAN, J , 1969)

En realidad el matrimonio es muy complejo en los efectos que genera. Hay una gran diversidad de conflictos que se plantean al momento de consolidarse el matrimonio cualquiera que sea la clasificación que se de (civil, religiosa, de hecho, etc). De manera que se generan efectos con respecto a los bienes dependiendo de la situación jurídica de los contrayentes, con respecto a los hijos en su calidad de herederos ~ los terceros que contratan con los cónyuges. Por tanto, consideramos esta una posición acertada. En la práctica también nos damos cuenta que al aplicar disposiciones legales del Código de Familia el análisis e interpretación de los mismos deben ser diferentes porque a veces es necesario impregnar flexibilidad en la aplicación de los mismos a efectos de que se logre el propósito de las normas. Cuestión que no ocurre a menudo en otras normas del derecho.

3 Clasificación del Matrimonio

a) Matrimonio Civil y Religioso

Tradicionalmente la clasificación que se ha utilizado por décadas en casi todas las legislaciones es la de matrimonio civil y religioso

De esta posición surge entonces una serie de conflictos para determinar qué formas de matrimonio surten los efectos legales para las partes. Y ha sido necesario buscar soluciones que vayan resolviendo el conflicto definitivamente

La mejor ilustración de este fenómeno es examinar brevemente todos los problemas que generó esta regulación en la legislación española que es algo similar a la nuestra. En España se ha ensayado legislativamente varias soluciones. Entre éstas las siguientes

1 Ley española del matrimonio civil de 1970, establece un matrimonio en forma civil obligatoria y desconoce las demás formas de matrimonio. Sin embargo, esta solución fracasó porque las personas entendían como matrimonio válido el religioso. Esto se comprende por las fuertes inclinaciones religiosas que existían en la época (CABANELLAS, G , pág 340)

2 El Código de Napoleón estableció un segundo sistema de matrimonio civil obligatorio, pero además se persigue criminalmente al sacerdote que autorice un matrimonio religioso sin contraer previamente matrimonio civil. Este sistema también fracasó debido a que esto iba directamente en contra de las libertades religiosas y también se entendía que era una imposición de parte del Estado a las personas que profesaban la fé católica, el obligarlos a contraer matrimonio civil (Ibídem, pág 34)

3 Legislador español de 1981 propugna por el matrimonio civil obligatorio pero, con libertad de realizar el ritual religioso

Sin embargo, tampoco este sistema resuelve el problema, se llega por ejemplo a la

inconsistencia de que un matrimonio religioso católico nulo según las leyes canónicas puede ser calificado como válido para las leyes civiles por cumplir los requisitos formales del matrimonio civil, o que un matrimonio canónico válido (por ejemplo sin la asistencia del testigo cualificado en peligro de muerte) sea nulo según las leyes civiles" (ALVAREZ, C , 1996 Ob. cit , págs 1-37)

Este sistema es el que sigue actualmente el Código de Familia y el Menor El artículo 27 establece que. "La Ley regula el matrimonio civil, que deberá celebrarse del modo que determina este Código, pero reconoce que son válidos, para todos los efectos civiles los matrimonios que se celebren conforme al culto católico o cualquier otro culto que tenga personería jurídica en la República de Panamá y que haya sido autorizado previamente para ello por el Ministerio de Gobierno y Justicia"

La mayor parte de las legislaciones no sólo Panamá permiten tanto el matrimonio civil como el religioso Los dos al mismo tiempo o el civil solamente, pero también se le da los mismos efectos al religioso

El Código de Familia ha distinguido otras clasificaciones fundamentales que son los siguientes: matrimonio celebrado en el extranjero y matrimonios especiales, entre los que se encuentran el matrimonio por poder, en inminente peligro de muerte, a bordo de un buque o aeronave, de hecho y el matrimonio entre grupos indígenas

Una de las innovaciones del Código de Familia en el aspecto de la clasificación fue haber incluido la validez del matrimonio entre grupos indígenas

En este momento queremos analizar y ver el concepto de cada uno de estos tipos de matrimonio porque el tema de nuestra tesis es la "Extinción del Régimen Económico del Matrimonio cuando hay muerte de uno de los cónyuges" que se aplica a todos los

matrimonios cualquiera que sea la forma en que se haya realizado después que la ley le otorgue efectos jurídicos hay que proceder a la liquidación dependiendo de si el matrimonio se efectuó antes o después de la aprobación del Código de Familia y si existen o no capitulaciones matrimoniales

1 **Matrimonio civil** Es el celebrado de acuerdo a las reglas y a los procedimientos establecidos en el Código de Familia para tal efecto Posteriormente veremos todos y cada uno de estos procedimientos

2 **Matrimonio religioso** "Constituye un contrato elevado a la calidad de sacramento, en virtud del cual los contrayentes, marido y mujer se obligan a vivir en sociedad, ayudarse y socorrerse mutuamente, a cumplir con el débito conyugal y a observar fidelidad, según vínculo contraído voluntariamente"

Lo interesante del matrimonio religioso resulta ser en muchas ocasiones el ritual que se utiliza para darle validez al mismo Y al igual que en el matrimonio civil se presentan muchas dificultades Por ejemplo el caso de un matrimonio religioso entre un católico y uno no católico cómo se hace para darle efectos civiles y religiosos a ese matrimonio Actualmente se han escrito interesantes obras que tratan de darle solución a este problema (recomendamos para este tema los "Estudios sobre la forma en el Matrimonio Canónico", publicado en la Revista IUS CANONICUM, por FORNES, J , 1997, enero - junio, págs 13-31)

b) Matrimonios Especiales

Dentro de esta forma se ubican varias uniones que por la naturaleza o la forma en

que se realizan se llaman matrimonios especiales

b.1 Matrimonio de Hecho

Este es quizás una de las formas de matrimonio más importantes ya que en nuestro país las uniones de hecho van en aumento de acuerdo al Censo de 1990.

Ahora, ¿qué es el matrimonio de hecho?

El artículo 53 del Código de Familia dice "La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenido durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil"

Por primera vez el Código de Familia regula ¿qué se entiende por singularidad y estabilidad? El artículo 54 dice que la condición de singularidad consiste en que la unión sea de un sólo hombre con una sola mujer. Y que la condición de estabilidad se cumple cuando la convivencia sea constante, durable y permanente

Esta regulación de qué se entiende por singularidad y estabilidad es importante porque al momento de aplicar las normas jurídicas para reconocer la existencia de un matrimonio de hecho puede prestarse a confusión.

Es importante mencionar que el régimen económico del matrimonio de hecho "es el de que a cada uno le corresponde la mitad de los bienes y frutos de estos, adquiridos a título oneroso por cualquiera de ellos dentro del término de la unión"

Posteriormente cuando veamos los regímenes económicos matrimoniales veremos esta figura con más detenimiento.

b.2 Matrimonio por poder

En este tipo de matrimonio sólo asisten al acto matrimonial formalmente el cónyuge domiciliado o residente en el lugar donde se debe realizar y la persona que el ausente ha designado

Esta figura es muy útil en el sentido de que permite que personas que por algunas circunstancias no se pueden trasladar a la circunscripción del tribunal puedan contraer matrimonio formalmente y con todos los efectos del matrimonio civil.

El artículo 47 del Código de Familia establece la vigencia de este tipo de matrimonio en nuestro medio

b.3 El matrimonio en inminente peligro de muerte

El artículo 49 del Código de Familia establece que el funcionario autorizado en presencia de dos testigos idóneos, celebrará el matrimonio en el caso de que uno o ambos contrayentes se hallasen en inminente peligro de muerte. En este caso, el matrimonio se hará con prescindencia de las formalidades previas indicadas en el artículo 38, y si la urgencia lo impusiere podrá incluso prescindirse de la lectura de los derechos y deberes de los cónyuges

Sin embargo, el matrimonio así celebrado se tiene como condicionado. Si en el término de seis (6) meses no se acredita la inexistencia de impedimentos matrimoniales el matrimonio se entiende no realizado.

b.4) El matrimonio a bordo de un buque o aeronave

En este tipo de matrimonio deben cumplirse con todas las formalidades establecidas para el matrimonio civil. Se puede dar a bordo de buque o aeronaves, es decir durante un viaje aéreo (Ver artículo 51 y ss del Código de Familia)

b.5) Matrimonio entre grupos indígenas

Por primera vez se reconoce en Panamá el matrimonio entre grupos indígenas. En el Código de Familia en el artículo 60 se habla del matrimonio de los kunas en la Comarca de San Blas. Los otros grupos indígenas tienen que solicitar reconocimiento civil para los matrimonios que se celebren conforme a sus respectivas tradiciones. De manera que el Código deja abierta la posibilidad de que sean reconocidas nuevas formas de matrimonio.

4. Los Impedimentos Matrimoniales

Este es un tema interesante toda vez que como sabemos existen impedimentos matrimoniales taxativamente establecidos en la ley y determinarán de una forma u otra la validez del matrimonio y por consiguiente si se puede o no proceder a un juicio de liquidación existiendo un impedimento matrimonial. Aquí dependerá de la situación que se presente, de las pruebas que existan, de si los cónyuges sabían o no el impedimento y

sobre todo del principio de buena fe que haya existido en la realización del acto. Se debe considerar que el contenido fáctico que traduce el desconocimiento del impedimento que causó la nulidad del matrimonio es un auténtico hecho que debe solicitarse y probarse quién pretenda ayudarse con la calificación de cónyuge de buena fe. De todas formas, este es un estado abstracto. En el cual como manifestamos anteriormente dependerá de las pruebas que se tengan para saber si se procede a la liquidación y calificar de esta forma los bienes que se adquirieron durante esta etapa (matrimonio póstumo)

a) Concepto

El impedimento es un "obstáculo, dificultad, estorbo, traba, embarazo que se opone a una actividad o fin. Por antonomasia, cualquiera de las circunstancias que tornan ilícito o nulo el matrimonio" (CABANELLAS, G Op cit., pág 341)

De manera que podemos hablar de impedimentos que sencillamente retrazan el acto e impedimentos que no permiten la realización del acto

b) Clasificación

Tradicionalmente los impedimentos matrimoniales se clasifican en

1. Impedimento Dirimente: que son aquellos que anulan el matrimonio
2. Impedimento Impediente que son aquellos que son ilícitos

En Panamá, podemos desglosar los impedimentos matrimoniales de la siguiente manera

- 1 Los que no pueden contraer matrimonio
- 2 Los que no pueden contraer matrimonio entre sí
- 3 Prohibiciones del matrimonio.

Veamos cada uno de ellos

b.1 Los que no pueden contraer matrimonio

Estos impedimentos están contemplados en el artículo 33 del Código de Familia Y se refiere básicamente a que no pueden contraer matrimonio los varones menores de 16 años y las mujeres menores de 14 años También hace referencia a los que están ligados por vínculo matrimonial anterior y a las personas que padecen enfermedades infecto-contagiosas no pueden contraer matrimonio

b.2 Los que no pueden contraer matrimonio entre sí

- a Las personas del mismo sexo
 - b Los parientes por consanguinidad o por adopción en línea recta descendente y ascendente, y en la línea colateral hasta el segundo grado,
 - c. Los parientes por afinidad en la línea recta descendente y ascendente, y
 - d El condenado como autor o cómplice de un homicidio, ejecutado, frustrado o intentado, contra uno de los cónyuges con el otro cónyuge sobreviviente
- Mientras estuviese pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse el matrimonio

Este tipo de impedimentos está regulado también en el Código Civil de España

Específicamente en el artículo 47 Y no se incluye como impedimento el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo Esto es debido a que recientemente se aprobó una ley en España a efectos de permitir matrimonios entre personas del mismo sexo, pero sólo para solventar situaciones sociales

b.3 Prohibiciones para contraer matrimonio

1 Al menor de dieciocho (18) años, sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza en relación a él la patria potestad o la tutela en su caso

Este acápite se refiere es al grupo de varones que entre los 16 y 18 y las mujeres entre 14 y 18 años de edad Porque debemos tener claro que los varones menores de 16 años y las mujeres menores de 14 años no pueden contraer matrimonio

2 A la mujer cuyo matrimonio haya sido disuelto durante los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución o antes de dar a luz si hubiese quedado embarazada, a menos que acredite, con certificado médico, que no se hallaba en estado de gestación al momento del divorcio Este certificado, en caso de embarazo posterior, constituirá presunción de la paternidad del cónyuge del nuevo matrimonio, presunción que admite prueba en contrario

Este impedimento nosotros consideramos que realmente no debe existir, porque si el objetivo es saber quién es el padre del menor pues hay los medios científicos y legales adecuados para determinarlo.

3. Al padre o madre que administre los bienes de sus hijos o hijas menores, mientras no haya hecho inventario judicial de los bienes de dichos hijos o hijas, y

4 Al tutor y a sus descendientes con la persona que está o ha estado bajo su guarda, hasta que, fenecida la tutela se aprueban judicialmente las cuentas a su cargo

El matrimonio celebrado con infracción de las prohibiciones del artículo anterior es válido, pero los contrayentes quedan sometidos a las reglas del artículo 36 del Código de Familia

Una de las principales reglas es la nulidad de las capitulaciones matrimoniales celebrada por los cónyuges y ninguno de ellos podrá recibir del otro cosa alguna por donación o herencia Pero esta regla no se aplica en el caso del numeral 1, del artículo 35, cuando él o los cónyuges menores adultos hayan llegado a la mayoría de edad, así como tampoco en el caso del numeral 2 del mismo artículo si se acredita con información, declaración o cualquier otro medio de prueba judicial, no haber hijos o hijas del anterior matrimonio

Esta regla es importante en cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial porque reforma el período dentro del cual se debe entender constituido el patrimonio inicial. Porque en estos casos el patrimonio inicial se entiende constituido después que desaparece el impedimento y no al momento de iniciar el matrimonio.

Es necesario tener claro que el hecho de que los cónyuges incurran en impedimentos matrimoniales acarrea sanciones penales

5. **Requisitos del Matrimonio Civil**

Los esponsales o Promesa de Matrimonio El artículo 25 del Código de Familia hace referencia a la promesa de matrimonio y se limita a decir que “los esponsales no

producen efectos civiles”

El Código Civil a diferencia del Código de Familia contemplaba esta figura en los artículos 86 y 87, respectivamente. El artículo 86 señalaba textualmente que los esponsales no generaban la obligación de casarse. Y se establecía la prohibición de los tribunales de admitir demandas con la finalidad de hacerlos cumplir o la celebración del matrimonio.

De manera, que podremos decir que en nuestra sociedad esta figura jurídica (los esponsales) ha fracasado, por tanto, el Código de Familia se limitó a decir que los esponsales no generan efectos civiles.

“En nuestra legislación vigente, los esponsales sólo pueden servir como un indicio para fijar pensión alimenticia prenatal (artículo 493) o la filiación, si antes de la celebración del matrimonio la mujer llegase a quedar en estado de gravidez, y el matrimonio no se realiza, ya sea por desistimiento, muerte o pérdida de la capacidad de quien se proponía celebrarlo (P, 1996 pág. 108).

Hay requisitos anteriores, durante y después de la celebración del matrimonio civil. Estos requisitos son los siguientes.

a) Requisitos anteriores a la celebración

- 1 Declaración firmada por ambos cónyuges expresiva de su intención de contraer matrimonio. En esta declaración deben constar los nombres, apellidos, estado civil, nacionalidad, edad, profesión y domicilio o

residencia de los futuros contrayentes y de los padres de estos

- 2 Certificado de nacimiento
- 3 Certificado de salud prenupcial que comprende el examen médico y las pruebas de laboratorio que el Ministerio de Salud estime conveniente, y deberá ser expedido dentro de los quince días anteriores a la fecha de matrimonio, por un médico legalmente autorizado para el libre ejercicio de su profesión

El certificado médico prenupcial fue reglamentado por el Decreto Ejecutivo N° 47 de 21 de marzo de 1995, publicado en la Gaceta Oficial N° 22,759 de 7 de abril de 1995. De acuerdo al decreto en mención las pruebas obligatorias son electroforesis de hemoglobina, UDRL, biometría hepática y urinalisis.

- 4 En caso de que los contrayentes sean extranjeros pueden justificar su nacimiento y soltería mediante certificación auténtica de su país o por los medios de prueba que estime suficiente la autoridad local, quien tendrá en todo caso, completa libertad de apreciación

En realidad a los extranjeros se les debe exigir el certificado de soltería y de nacimiento de su país de origen porque el Juez o el Corregidor generalmente acepta dos testigos que en la mayoría de las ocasiones ni siquiera conocen a los contrayentes. El matrimonio civil conlleva obligaciones pero también da derechos de manera que hay que evitar que el matrimonio se convierta en una vía para arreglar el status migratorio de los extranjeros.

Es necesario anotar que si antes de celebrarse el matrimonio concurre alguna persona que se opone a él, y presenta prueba indiciaria de algún impedimento legal, o el

funcionario autorizado tuviere conocimiento de alguno, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se declare judicialmente por sentencia la improcedencia o falsedad del impedimento (ver artículo 40 del Código de Familia)

Estos son requisitos formales Sin embargo, también existen los de fondo que se refiere a la capacidad y que los contrayentes no deben estar comprendidos en ninguno de los impedimentos establecidos en el Código de Familia El tema de los impedimentos ya ha sido analizado en nuestra investigación.

b) Requisitos durante la celebración del matrimonio

- 1 El matrimonio debe celebrarse públicamente compareciendo los contrayentes ante un funcionario autorizado del domicilio de uno de ellos
Los funcionarios autorizados para celebrar matrimonios en Panamá son los siguientes

Los Jueces Municipales, Civiles y de Familia

Los Corregidores

Los Ministros, Religiosos de Cultos con personería jurídica en la

República de Panamá

Los agentes consulares en el caso de panamenos en el extranjero

El Sahila en los matrimonios de los Kunas

El capitán de la nave.
- 2 Dos testigos mayores de edad que no estén ligados con ninguno de los contrayentes por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o

adopción y del segundo grado de afinidad.

- 3 Se debe leer en alta voz la Sección I del Capítulo IV (arts 77 a 80 del Código de Familia), que versa sobre los derechos y deberes de los cónyuges
- 4 El funcionario debe preguntar a cada uno de los cónyuges si persiste en la decisión de celebrar el matrimonio.
- 5 Después que los cónyuges hayan contestado afirmativamente los declara unidos en matrimonio en nombre de la República y por autoridad de la ley
- 6 La declaración de los contrayentes no puede estar sujeta a condición ni plazo. Si hay plazo o condición no se debe celebrar el matrimonio.
7. Finalmente el funcionario que celebra el matrimonio debe extender el acta que debe contener lo siguiente.
 - a. La fecha y lugar del acto
 - b. Los nombres, apellidos, edad, nacionalidad, lugar de nacimiento, profesión, domicilio y cédula de identidad personal, si fuese mayor, de cada uno de los cónyuges
 - c. Los nombres apellidos, edad, nacionalidad, lugar de nacimiento, profesión, domicilio y cédula de identidad personal del padre y de la madre de cada uno de los conyuges
 - d. La declaración de los cotrayentes de que se toman por esposos, y la del funcionario autorizado, de que quedan unidos en nombre de la República y por autoridad de la ley
 - e. El consentimiento de los padres, tutores o el supletorio del

funcionario autorizado en los casos que es requerido

- f El reconocimiento de la paternidad de los hijos o hijas habidos anteriormente con la contrayente, con expresión del nombre, edad y partida de nacimiento de los hijos o hijas reconocidos
- g El nombre, apellido, nacionalidad, profesión, domicilio y cédula de identidad personal de cada uno de los testigos
- h El impedimento del funcionario autorizado, si es el caso, e
- i El patrimonio inicial de cada uno de los contrayentes

El acta será firmada por el funcionario, por su secretario o quien haga sus veces, por los contrayentes y por los testigos. Si alguno de los participantes en el acto no pudiese o no supiera firmar lo hará otra persona a su ruego

c. Requisitos posteriores a la celebración del matrimonio.

1 La inscripción del matrimonio

Todos los funcionarios que celebran matrimonios son a su vez oficiales del Registro Civil y la inscripción del matrimonio, deberá enviarlo por vía oficial a la respectiva Dirección Provincial del Registro Civil

Las inscripciones del matrimonio en el Registro Civil es importante porque es a partir de allí donde se puede pedir los efectos del mismo. Esta situación queda clara con el artículo 72 del Código de Familia que dice "Nadie podrá reclamar los efectos civiles o jurídicos del matrimonio, si no presenta certificado de inscripción del acto en el Registro Civil, o sea que el matrimonio no podrá hacerse valer en juicio, hasta que el acto de

celebración no se inscriba en la mencionada institución"

De esta manera es claro que para que el matrimonio surta efectos jurídicos debe estar inscrito

Con la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, culmina la realización del matrimonio para luego iniciar la vida en matrimonio. Es importante mencionar todas estas etapas porque el matrimonio debe estar legalmente celebrado, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la ley para que surta los efectos jurídicos requeridos por las partes

CAPITULO II
CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y
REGIMENES ECONOMICOS

1 Capitulaciones Matrimoniales

A medida que la sociedad va avanzando se hace más frecuente la necesidad de pactar bajo qué régimen la pareja desea contraer matrimonio. Esto sólo se puede dar a través de las denominadas capitulaciones matrimoniales que a pesar de que las normas que regulan estas capitulaciones son de orden público el pacto que se realiza es de derecho privado, porque es el principio de autonomía de la voluntad de las partes el que rige y pueden estos escoger bajo qué régimen desean contraer matrimonio.

a. Concepto

El profesor Castán Tobeñas indica que las "capitulaciones matrimoniales, en el Derecho Histórico español, constituyen la Convención celebrada por los futuros cónyuges en atención a determinado matrimonio a celebrarse con el fin principal de fijar el régimen a que debe sujetarse los bienes del mismo (CASTAN, 1976, pág. 32)

Albaladejo nos dice que es el contrato que regula el régimen matrimonial de bienes. Es un contrato libre, lo mismo en cuanto a ser celebrado o no, que en cuanto a los pactos que en él se establezcan (ALBALADEJO, 1994, pág. 32)

La Cruz Berdejo entiende que son aquellos pactos que celebran ambos futuros

cónyuges, entre sí o con terceros en vista del futuro matrimonio y para hacer y recibir aportaciones o determinar el régimen conyugal (LA CRUZ, B , 1996, pág 6)

Las capitulaciones matrimoniales no son más que el pacto según el cual los cónyuges acuerdan qué régimen económico matrimonial se les debe aplicar y pueden estipular cualquiera cláusula que no esté en contra de la ley, la moral, el orden público y sobre todo que mantenga la igualdad de derechos y deberes de los conyuges

El artículo 86 del Código de Familia contempla las capitulaciones matrimoniales en nuestro medio. Se limita a decir que los otorgantes pueden estipular, modificar o sustituir el régimen de su matrimonio

En otros países como Puerto Rico por ejemplo se define lo que debe entenderse por capitulaciones matrimoniales. El artículo 1267 del Código Civil de Puerto Rico dispone "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este artículo. A falta de contrato sobre los bienes se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales"

A diferencia de nuestro sistema el régimen supletorio en Puerto Rico es el de la sociedad legal de gananciales. En nuestro país es participación en las ganancias

En la mayoría de los Códigos se ha mantenido el criterio de que las capitulaciones matrimoniales son inalterables. Sin embargo, el Código de Familia de Panamá mantiene el principio de que pueden ser modificadas (ver art 90 del Código de Familia)

Nosotros consideramos que las capitulaciones matrimoniales deben modificarse porque de lo contrario, quedaría muy limitado el principio de autonomía de voluntad de

las partes

El artículo 92 del Código de Familia de Panamá a su vez establece que "será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres, o limitativa de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges

Consideramos que la frase limitativa de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges debe verse dentro del contexto del régimen que se pacte. Porque si vemos la frase alejada de ese contexto podríamos decir que pactar un régimen de separación de bienes sería contrario a la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Y se puede pactar perfectamente el régimen de separación de bienes porque así lo establece el Código de Familia

b) Antecedentes Históricos

Según Planiol "la costumbre de hacer un contrato de matrimonio es relativamente reciente". Los romanos no lo hacían, su régimen matrimonial no era convencional, sino legal, constataban solamente la aportación de la dote. Casi lo mismo sucedía en la edad media (MANRESA, 1969, pág. 220)

El régimen dotal en Roma significaba básicamente una doble categoría de bienes "los dotales, cuyo goce y administración corresponden al marido, aunque con destino a las cargas del matrimonio, y restitución a la mujer o sus herederos

Al disolverse la unión conyugal; y los parafernales, cuyo dominio y administración son de la mujer, salvo ceder esta última facultad al marido (Cabanellas, pág. 92)

Podemos decir que antiguamente lo que se utilizó como régimen económico de algunas tribus primitivas fue el llamado régimen de absorción que es sencillamente “someter todos los bienes de los cónyuges a la potestad del marido, caracterizado este sistema propio de pueblos primitivos y desechado ya universalmente, salvo en algunas tribus salvajes” (Cabanellas, pág. 91).

Han quedado algunos vestigios de este sistema, en los que todavía hay el régimen de separación de bienes

Los Códigos introducen la particularidad de que los cónyuges celebren por contrato su régimen matrimonial en el Siglo XVII

En Panamá existen las capitulaciones matrimoniales desde la aprobación del Código Civil en 1917 Se deja en absoluta libertad a los cónyuges de pactar las capitulaciones matrimoniales con el régimen que eligieron libremente

El Código de familia también deja en libertad a los cónyuges para que celebren capitulaciones matrimoniales pero imponen un régimen que es el de partición de las ganancias

c) Características del Contrato de Capitulaciones

c 1 Accesorio Su existencia y la validez del mismo depende del matrimonio

c 2 Condicional del matrimonio Tiene como condición suspensiva la celebración del matrimonio.

El artículo 93 del Código de Familia le da esta característica Establece el término de un año para que se realice el matrimonio Si no se da dentro de ese término las

capitulaciones son nulas

Consideramos que debió mantenerse el principio íntegro de que la validez de las capitulaciones se condiciona a que se realice el matrimonio pero un término tan largo de un año para declarar la nulidad de un contrato, puede generar dificultades prácticas en la aplicación de la norma

- c 3 Oneroso Porque se refiere básicamente a la administración de los bienes y frutos de los mismos
- c 4 Solemne. Porque requiere de escritura pública para su validez (ver artículo 87).

El artículo 88 establece a su vez que siempre que los bienes aportados por los cónyuges asciendan al total de cinco mil balboas (B/.5,000 00), las capitulaciones matrimoniales se podrán otorgar ante el secretario del Consejo Municipal y dos testigos, en los lugares donde no haya notario, con la declaración bajo su responsabilidad, de constarle la entrega de los expresados bienes

Los menores de edad necesitan el consentimiento de los padres para realizar las capitulaciones matrimoniales.

- c. 5 Sinalagmático Porque se da en una relación recíproca
- c 6 Multilateral Necesita de la pareja, los cónyuges
- c. 7 Mutable Es decir que puede ser modificada en cualquier momento (ver artículo 90 del Código de Familia).
- c 8 El contenido del contrato de capitulaciones matrimoniales no puede ir en contra de las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (ver artículo 92 del

Código de Familia)

- c 9 Las capitulaciones en nuestro derecho positivo puede hacerse antes o después del matrimonio

Luego que ya hemos analizado el contrato denominado capitulaciones matrimoniales veamos los regímenes económicos matrimoniales vigentes en Panamá.

2. Regímenes Económicos Matrimoniales

a) Concepto y Características

En España, se le llama Régimen Económico Matrimonial, que fue el concepto que adoptó Panamá. En Alemania se llama el Derecho Matrimonial Patrimonial y en Francia el Régimen Matrimonial Pecuniario, Contrato del Matrimonio o Régimen de Bienes del Matrimonio.

Todos los matrimonios deben tener su régimen económico. Si no se pacta o las capitulaciones son ineficaces el régimen económico será el de participación en las ganancias en el Derecho Positivo panameño.

Los regímenes económicos matrimoniales han sido adoptados en diferentes formas. Así podemos decir que el régimen conyugal de bienes es la "organización económica del matrimonio, regida sin opción por el legislador (sistema argentino), dejada a la libertad de los contrayentes, con régimen supletorio ante la indiferencia u omisión de los casados (sistema español) y el panameño entregada a varios modelos legales, con preferencia establecida, para el caso de no existir elección (sistema francés) o de absoluta

libertad, que entraña la separación patrimonial (como prolongación del estado preexistente) de no concertar algo el marido y la mujer (CABANELLAS, G , 1996, pág 320)

De manera entonces, que en los diferentes países se han adoptado regímenes económicos matrimoniales diferentes. Se han ensayado soluciones diferentes. En el caso de Panamá, se puede escoger bajo qué régimen uno desea casarse. Si no se pacta nada el régimen vigente es el de participación en las ganancias.

De manera entonces, que en los diferentes países se han adoptado regímenes económicos matrimoniales diferentes. Es decir, se han ensayado legislativamente varias soluciones que han dependido de las costumbres, la idiosincracia, la cultura de cada sociedad o del papel o el rol que ha desempeñado el hombre y la mujer dentro del contexto de conglomerado social en que se han manejado.

El matrimonio supone así "la aparición inevitable de una serie de cargas derivadas de la propia convivencia familiar: el alojamiento de la familia, el sustento de cada uno de sus miembros, la educación y formación de los posibles hijos, ... La determinación de cómo se ha de proceder a su levantamiento y lo que es más importante, a costa de qué patrimonio (el del marido, el de la mujer o uno posible común) o en qué proporción" (CARBAJO, G , 1996, pág 10) corresponde a cada cónyuge cubrir estos gastos. Todos estos conflictos económicos no sólo es difícil determinarlos sino también es complicado su evaluación y establecer en qué proporción le corresponde a cada cónyuge cumplir. Todas estas reglas debe crearlas el denominado régimen económico matrimonial.

De manera que podemos definirlo como el "conjunto de normas convencionales o legales, que regula los aspectos de una pareja casada" (CARBAJO, Ibídem, pág. 10)

En Panamá el régimen económico matrimonial se desarrolló en el Código Civil estableciendo como régimen supletorio el de separación de bienes. El Código de Familia también desarrolla ampliamente el régimen económico matrimonial, pero cambia el régimen supletorio, al de participación en las ganancias.

Ahora ¿es este un cambio bueno? ¿se debió dar ese cambio? En realidad la moderna doctrina enseña que el régimen que se debe aplicar es el de participación en las ganancias porque ambos cónyuges en la sociedad de hoy trabajan, las mujeres han ascendido a posiciones importantes, de manera que debe haber participación en las ganancias.

También debemos tomar en cuenta que el régimen de participación en las ganancias es mixto, es decir, los cónyuges mantienen la administración de sus bienes durante la vida matrimonial. No es hasta cuando se termina el matrimonio que se puede liquidar la sociedad y los cónyuges participan de esas ganancias obtenidas.

En el caso de Panamá, consideramos que fue bueno adoptar como régimen supletorio el de participación en las ganancias porque venimos de un régimen supletorio del Código Civil de 1917 que era separación de bienes y adoptar el de sociedad de gananciales era muy difícil porque el cambio hubiera sido demasiado radical.

b) Fundamento del régimen económico del matrimonio

Durante la vida matrimonial surgen cuestiones de tipo económico que deben resolverse, por ejemplo ¿quién debe pagar la casa habitación de la familia?, el sostenimiento de las personas que componen el hogar (alimentos, vestidos, etc.) el

mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles. Esto hace recurrir a reglas jurídicas para solucionar los conflictos que se van presentando. De manera que el fundamento de "todo régimen económico se encuentra, como dice GARCIA CANTERO, en el matrimonio mismo, y apenas puede darse una organización legislativa que no fije, de una u otra forma el estatuto de los intereses pecuniarios de los esposos" (GARCIA C , 1996, pág. 14). Lo cual indica que no puede haber matrimonio sin régimen económico ya sea este convencional o legal. He allí la justificación de la existencia del régimen económico supletorio. Ya que si los cónyuges no establecen a través de capitulaciones matrimoniales las reglas bajo las cuales desean contraer matrimonio, la ley los suple. De manera, que el fundamento de todo régimen económico es el matrimonio cualquiera que sea la forma del mismo.

c) Clasificación de los Regímenes Económicos

Según Cabanellas, los regímenes económicos pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Por la libertad de las partes se clasifican en
 - a. Según determinan la obligatoriedad de acogerse a un régimen determinado cuando se establece el sistema de poner regímenes supletorios
 - b. Contractuales que pueden ser de entera libertad o elección. Los cónyuges tienen amplias libertades para acoger el sistema que desean y pactan a través de capitulaciones matrimoniales.

2. En cuanto al fondo o estructura se clasifican en
- a Comunidad se va desde la absoluta confusión de bienes aportados y adquiridos, hasta graduaciones, como la sociedad de gananciales o la comunidad de los inmuebles, o la de los bienes muebles u otras variedades que veremos más adelante.
 - b Separación de bienes. A cada uno le corresponde la propiedad y administración de los bienes. Hay quienes sostienen que aquí no es propiamente un régimen conyugal, sino la ausencia de innovaciones patrimoniales (Ibídem, pág 320)

Hay muchas otras clasificaciones que en el fondo conllevan a lo mismo. Sin embargo, nosotros consideramos que esta es una de las de más fácil comprensión, sobre todo tomando en consideración que se ajusta bastante a lo establecido en nuestra legislación

Ahora ¿Panamá qué clasificación sigue?

Si tomamos en cuenta la libertad que las partes tienen para pactar capitulaciones matrimoniales podríamos decir que Panamá sigue un sistema mixto, pues es contractual en la medida en que las partes tienen amplias facultades para pactar el régimen que deseen. Pero en el caso de que no pacten capitulaciones matrimoniales rige el sistema supletorio

En cuanto al fondo o estructura, el Código de Familia los divide en tres sistemas

Participación en las ganancias (o régimen supletorio)

Separación de bienes

1 Sociedad de gananciales

El Régimen Económico Primario

Este es un tema que deseamos incorporar a nuestra investigación porque nos hemos dado cuenta que en las diferentes legislaciones (Argentina, Chile, Panamá, Colombia, etc) ha habido mucha dificultad en las normas que regulan aspectos importantes del régimen económico que son de aplicación imperativa. Es decir que se deben aplicar, cualquiera sea el régimen que se pacte.

El régimen económico primario no es más que la "serie de disposiciones de carácter legal, de naturaleza más o menos imperativa, que son de aplicación a todo tipo de régimen económico, convencionales o legales" (CARBAJO, Op. cit , pág. 21)

Es decir, cualquiera que sea el régimen que se pacte, estas disposiciones deben aplicarse. Este término "régimen económico primario" es de origen francés y ha tenido un cierto acogimiento en la doctrina española" (Ibídem, pág 21)

El Código de Familia de Panamá contiene el régimen económico primario bajo la denominación de Disposiciones Generales, del artículo 81 al 85" Y comprende básicamente los siguientes principios:

- 1 La libertad de los cónyuges para pactar el régimen que desean
2. El régimen supletorio en Panamá es el de participación en las ganancias
- 3 La modificación del régimen no afecta los derechos de terceros
- 4 La libre contratación entre cónyuges
- 5 La prueba de existencia de bienes propios es la confesión pero esta confesión no afecta los derechos de terceros

4. La Contratación entre cónyuges

El fundamento de la prohibición de celebrar contratos entre cónyuges ha estado determinado en dos razones básicas e importantes

- 1 La previsión del legislador a que un cónyuge ejerza sobre el otro presión psicológica para que traspase bienes a través de contratos, lo que causa desbalance contractual por vicio del consentimiento.
2. La protección con respecto a terceros

Estas eran las razones por las cuales la mayoría de los códigos prohibían la contratación entre cónyuges. Esto ha sido superado El Código Civil panameño mantuvo desde 1917 la libre contratación entre los cónyuges fundamentalmente, consideramos nosotros, porque el régimen supletorio del matrimonio era el de separación de bienes

El Código de Familia mantiene el principio de que el marido y la mujer podrán traspasarse por cualquier título bienes y derechos y celebrar, entre sí, toda clase de contratos (ver art. 84). Pero, también debemos decir que existen artículos que garantizan los derechos de terceros. A través del desarrollo de nuestra investigación vamos a ver la gran cantidad de normas jurídicas que garantizan la protección a los terceros que contratan con los cónyuges

Pero aún, siendo esto así algunos autores españoles y sobretodo argentinos, argumentan que debe prohibirse la contratación entre cónyuges porque de lo contrario “se alteraría o se impide el orden del matrimonio y la unidad del hogar, por el conflicto de intereses y/o influencia que pudiera ejercer un esposo sobre el otro (AXELRUD, 1984) pág. 32.

Algún sector doctrinal importante habla inclusive de la prohibición de contratar entre cónyuges divorciados porque esto permite el fraude de acreedores.

Nosotros consideramos que la contratación entre cónyuges debe permitirse con las medidas legales adecuadas que permitan eliminar el fraude a terceros y también las influencias de un cónyuge con respecto al otro denunciando la nulidad de acto

En cuanto a la presión psicológica que un cónyuge pueda ejercer sobre el otro, no debe ser tanta la preocupación que surja ya que el traspaso por cualquier medio que se realice (es decir venta, donación, etc) se le aplican las normas del Código Civil Y si se utilizan medios de coacción la ley pone los recursos legales pertinentes a efectos de declarar la nulidad del acto por vicio del consentimiento

5. Las donaciones por razón del matrimonio

La donación es "un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa, en favor de otra que la acepta" (CABANELLAS, G Op cit , pág 323).

Esta definición se aleja un poco de la legislación panameña, porque en nuestro medio no es necesaria la aceptación de la donación para su validez (art 98 del Código de Familia).

Lo más importante de las donaciones por razón del matrimonio para efectos de la liquidación del régimen es el hecho de que los bienes donados conjuntamente a los futuros esposos pertenecerán en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa.

De manera que cuando deseamos saber cómo se debe liquidar un bien donado es preciso ver primero el documento que contiene la donación a efectos de saber qué dispuso el donante. Luego se debe ver las normas del Código de Familia artículos 95 y siguientes. Después las reglas generales establecidos en el título VI del Libro III del Código Civil, por mandato expreso del Código de Familia.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Familia, de que no es necesaria la aceptación para que la donación sea válida va a presentar dificultades prácticas, en el sentido de que si el cónyuge no acepta el bien en el caso de los bienes inmuebles, entonces cómo se realiza la inscripción.

También vemos un problema de redacción de las normas ya que el artículo 97 cuando establece el concepto de donación dice que es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa, a favor de otra que la acepta". Es decir que por un lado se dice que hay que aceptarla y por el otro que no es necesaria la aceptación para su validez.

6. Publicidad del Régimen Económico Matrimonial

Es importante la publicidad del régimen económico matrimonial respecto a terceros, porque evidentemente quien contrata con un matrimonio o con una persona que está casada debe saber si los bienes objeto del contrato están afectos al régimen.

Los puntos que pudieran interesar a los terceros son los siguientes:

1. Qué régimen rige las relaciones económicas de la pareja.
2. Quién ostenta la titularidad sobre determinados bienes.

3 Qué facultades de administración tiene un cónyuge sobre determinado bien

4 Si un bien determinado es ganancial o propio

De todos estos actos y de muchos otros debe quedar constancia a efectos de que se tenga una adecuada publicidad y por consiguiente seguridad jurídica con respecto a terceros

Para esto se han creado dos soluciones a saber

1. Un registro especial como se ha hecho en Alemania, Holanda, Suecia, Noruega.
2. Utilizar los ya existentes como es el caso de España.

En Panamá, la publicidad de los actos del régimen económico matrimonial se configura a través de algunas normas del Código de Familia. Y podemos decir que se han utilizado básicamente los registros ya existentes como veremos en adelante

a) **Publicidad ante Notario**

El artículo 87 del Código de Familia se refiere a que las capitulaciones deben constar en escritura pública. Igualmente el artículo 90 hace referencia a que las modificaciones de estas capitulaciones deben también realizarse a través de escritura pública.

Estos artículos hacen referencia más bien es al cumplimiento de ciertos requisitos formales en el ejercicio de la función notarial.

Sin embargo, es medida de publicidad porque si yo deseo obtener copia de la

escritura pública que contiene las capitulaciones matrimoniales debo ir a Notaría y en su defecto a los archivos nacionales. Pero, debo tener constancia por lo menos de número de escritura y la fecha de la misma para poder consultarla. De manera que este sistema tropieza con este inconveniente

b) Publicidad a través del Registro Civil

El artículo 91 del Código de Familia establece que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen o sustituyan el régimen económico del matrimonio

La consulta a través del Registro Civil en nuestro medio es difícil por tanto consideramos que son mayores los inconvenientes que las ventajas que conlleva esta publicidad registral

c) Publicidad a través del Registro Público

El artículo 91 del Código de Familia igualmente establece que si las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, los pactos, resoluciones judiciales afectan bienes inmuebles debe inscribirse en el Registro Público en la forma prevista en el Código Civil. De manera que después de la aprobación del Código de Familia se debe llevar este sistema de registro.

d) Publicidad a través del Registro Mercantil

El artículo 57 del Código de Comercio, en su numeral 4 consagra la obligatoriedad de registrar las capitulaciones matrimoniales de los comerciantes, y las escrituras o documentos en que reconozcan cualquier duda en favor de su cónyuge

También es obligatorio registrar las sentencias judiciales o las escrituras que definan la liquidación de los haberes de un comerciante en la sociedad conyugal, cuando ésta exista

A pesar de que existen claras normas que consagra la publicidad del régimen económico matrimoniales, consideramos que están muy dispersos y que sería más saludable concentrar en una sola institución la publicidad de los regímenes económicos matrimoniales. Este aspecto es muy interesante porque la buena publicidad de los regímenes económicos matrimoniales depende una justa liquidación del régimen para ambos cónyuges y también es una seguridad jurídica para los terceros que contratan con los cónyuges

7 Los Regímenes económicos matrimoniales en Panamá**a) Antecedentes**

Los regímenes económicos matrimoniales datan de la existencia misma de la sociedad. Partimos de la base de que no hay matrimonio sin régimen. Dependiendo de las costumbres de la sociedad, la mujer adquiere bienes pero su administración corresponden

al marido (régimen dotal en Roma)

En Panamá con la aprobación del Código Civil en 1916, se implementan también los regímenes económicos matrimoniales. Pero el régimen supletorio era el de separación de bienes. No es hasta la Ley N° 84 de 29 de noviembre de 1963, que se introduce el artículo 1165-A del Código Civil y se implementa por primera vez el régimen de participación en las ganancias atenuado como régimen supletorio para los matrimonios de hecho. Esta en realidad fue una reforma importante. Sin embargo, desconocida porque no hay jurisprudencia en materia de liquidación de régimen económico del matrimonio de hecho en Panamá. Tal vez, porque el artículo 1165-A, tenía una mala redacción cuando fue introducido o porque los cónyuges no reclamaban la liquidación.

De manera que podemos concluir que en Panamá no hay experiencia en liquidación de regímenes a pesar de que pudieran existir desde 1963.

b) El Régimen de Separación de Bienes

b.1 Concepto

En el régimen de separación de bienes, pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. También corresponde a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes (ver artículo 127 del Código de Familia).

En Panamá este fue el régimen supletorio desde 1917 hasta 1995 cuando entró en vigencia el Código de Familia.

En este régimen no se le presentan al Juez dificultades al momento de un proceso de liquidación, porque debe adjudicar los bienes de acuerdo a las pruebas que se presenten y los bienes que no logran probar quién es el propietario, corresponde pro indiviso a ambos cónyuges. De manera que en la práctica no debe presentar dificultades

b.2 Obligaciones de los cónyuges de acuerdo a este régimen

- 1 Contribuir en el sostenimiento de los gastos del hogar en proporción a los recursos económicos
- 2 Que el trabajo para la casa de cualquiera de los cónyuges será computado como contribución a los cargos y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación

Esta es una innovación introducida por el Código de Familia. Y me parece muy importante su implementación porque hay casos en que uno de los cónyuges trabaja en la casa (generalmente la mujer) y el régimen aplicable resulta ser el de separación de bienes, luego entonces no hay división de bienes.

El cómputo del trabajo doméstico da derecho a lo que se ha denominado en muchas otras legislaciones pensión remuneratoria

Ahora el problema de esta norma (artículo 128 del Código de Familia) es que el Código de Familia se limita a decir que "el trabajo de cualquiera de los cónyuges será computado como contribución a las cargas". Pero quedan muchas interrogantes como por ejemplo.

- 1 ¿Cuál es el procedimiento para pedir esa pensión remuneratoria? ¿Será al momento de liquidar el régimen?
- 2 ¿Quién es el juez competente para conocer de estas solicitudes? ¿El juez que liquida o el juez que conoce de otras pensiones alimenticias? Y algo más importante
- 3 ¿Cómo se realiza ese cálculo? ¿Será de acuerdo a los bienes que se tengan o al trabajo que se realiza?

Yo considero que debió regularse adecuadamente porque esta es una institución muy importante

b.3 Administración de los bienes durante el régimen de separación de bienes

Como ya manifestamos anteriormente a cada cónyuge le corresponde la administración de sus bienes. Sin embargo, si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario.

Hay una norma muy interesante en el Código de Familia, con respecto al régimen de separación de bienes y es el artículo 132 que dice "Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los bienes adquiridos a título oneroso por el otro cónyuge durante el año anterior a la declaración, o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra, fueron donados en su mitad por el fallido. Esta medida es tomada en beneficio de los acreedores, pero esa presunción no regirá si los

cónyuges están separados de cuerpo

Definitivamente que esta norma va dirigida a proteger a los terceros acreedores porque de lo contrario podrían los cónyuges pactar entre ellos convenios que redundarían en fraude de acreedores.

c) **El Régimen de Participación en las Ganancias**

c.1 **Antecedentes**

"Nació este régimen de participación en los gananciales en el Derecho Consuetudinario de Hungría, habiendo penetrado en los países nórdicos En América lo adapta por primera vez Colombia en 1932" (OBANDO, R , 1982, pág. 159).

Con la aprobación de la Ley N° 3 de 17 de mayo de 1994 (G O. N° 22,591 de 1° de agosto de 1994) entra en vigencia en Panamá el régimen de participación en las ganancias, como régimen supletorio y se cambia radicalmente lo establecido por el Código Civil que era el de separación de bienes

En la práctica el régimen que más se aplica en Panamá después de la aprobación del Código de Familia es el de participación en las ganancias por dos razones fundamentales a saber.

- a. Porque es el régimen supletorio
- b. Porque en Panamá la mayoría de las personas que se casan no pactan capitulaciones matrimoniales.

De manera que, es necesario conocerlo bien porque es el que más se va a aplicar.

c.2 Concepto

c.2.1 En la Doctrina

"En doctrina, el régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra, separadamente los bienes que poseía al contraerlo y los que posteriormente adquiriera, pero disuelto el régimen, los gananciales obtenidos por uno y otro deben distribuirse entre ambos en forma que cada uno quede en iguales condiciones que el otro en lo que a ellos se refiere" (TRONCOSO, H , 1994, pág 220)

Los autores mencionan como características esenciales del régimen de participación las siguientes

- a "Funciona como un régimen de separación y se liquida como un régimen de comunidad.
- b. A pesar de las variantes legislativas nos encontramos que bajo este sistema los bienes de los cónyuges se dividen en dos grandes categorías bienes gananciales y bienes propios. A su vez, de estas características primarias surgen las siguientes notas resaltantes durante la vigencia del régimen cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios de sus frutos y de los que pueda adquirir, sin perjuicio de que para la enajenación de determinados bienes (especialmente inmuebles), establecimientos comerciales o el hogar conyugal, se exija el

consentimiento de ambos esposos, existe necesariamente dentro de este sistema, una participación de los cónyuges en una determinada categoría de bienes que puede ser ya la totalidad de los bienes, ya las ganancias, ya los muebles" (OBANDO, Op cit , 1982, pág 143)

De manera entonces, que durante la vida matrimonial los cónyuges conservan la administración de los bienes

Cuando se va a liquidar el régimen de participación en las ganancias los autores distinguen básicamente dos alternativas.

- a. Comunidad diferida: según el cual los bienes que forman los gananciales de ambos cónyuges pasan a formar una comunidad de la cual éstos son titulares. De manera entonces que todos los herederos y también el cónyuge sobreviviente son comuneros y luego, se pasa al proceso de liquidación (Ibídem, pág 1)
- b. Variable crediticia. de acuerdo a esta alternativa los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo

(Ibídem, pág. 1)

Ambas alternativas han sido utilizadas en diferentes legislaciones con las ventajas y desventajas que las mismas implican.

c.2.2 En la Legislación panameña

De acuerdo a nuestra legislación (específicamente el artículo 102 del Código de

Familia), lo que caracteriza al régimen de participación es el derecho que tienen los cónyuges a participar en las ganancias

Por disposición del artículo 103 del Código de Familia a cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición de los bienes que le pertenecen al contraer el matrimonio.

De manera entonces que podemos decir que de acuerdo a este artículo nuestro Código sigue la alternativa de la variable crediticia que se caracteriza básicamente porque la administración de los bienes corresponde a cada uno de los cónyuges, durante el matrimonio.

c.2.3 Legislación Comparada

En Chile el régimen de participación en las ganancias es un régimen convencional. Es decir las partes deben pactarlo a través de capitulaciones matrimoniales. Y mantiene el mismo principio que Panamá, de concebir el régimen como el derecho que tienen los cónyuges a participar en las ganancias.

E igualmente se sigue la variable crediticia, en el cual los cónyuges durante toda su vida matrimonial conservan la administración de los bienes. Cuando se extingue el régimen por cualquier causa se liquida el mismo

c.3 ¿Cómo se implementa el Régimen de Participación en las Ganancias?

En otros países para establecer el régimen de participación en las ganancias o el de

separación de bienes se requiere un pacto a través de capitulaciones matrimoniales. Es el caso de Chile que con la Ley N° 19 335 introduce esta variante en la legislación civil chilena.

En Panamá este es el régimen supletorio. Es decir, si los cónyuges no establecen pactos a través de capitulaciones matrimoniales el régimen que estará vigente es el de participación en las ganancias.

Así el artículo 82 del Código de Familia dice "A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando estas sean ineficaces, el régimen económico será el de participación en las ganancias".

De manera que no queda duda de que el régimen legal o el que impone la ley es el de participación en las ganancias. Pero puede que la pareja también voluntariamente lo pacte, con algunas variantes.

c.4 Causas de extinción del Régimen

El régimen de participación en las ganancias concluye o se extingue por varias causas. Entre estas están las siguientes.

1. Se disuelve el matrimonio
2. Se decreta separación de cuerpos
3. Los cónyuges convienen otro régimen
4. Muerte o presunción de muerte, etc. (ver artículos 107, 108, 109 del Código de Familia).

Es importante saber cuáles son las causas de extinción del régimen para

determinar cómo se debe liquidar Para efectos de nuestra investigación nos interesa la extinción que se da por muerte o presunción de muerte de uno de los cónyuges

d) El régimen de Sociedad de Gananciales.

d.1 Concepto

d.1.1 En la Doctrina

Este régimen es muy importante ya que en la mayoría de las legislaciones foráneas es considerado como régimen supletorio Por tanto, tiene mayor aplicación que en nuestro medio ya que en Panamá el régimen supletorio es el de participación en las ganancias

La sociedad de gananciales traspasa "los límites del derecho de familia, adentrándose en los derechos reales, en acciones civiles de naturaleza extracontractual en el derecho contributivo, en el campo de las obligaciones y contratos y en otras áreas del derecho" (CORDONA, 1993, pág 31)

La doctrina ha discutido mucho sobre la personalidad jurídica de esta institución porque como vimos anteriormente incursiona en muchas áreas del derecho Es importante mencionar que este régimen de sociedad de gananciales es de origen germano. "Los germanos eran un pueblo conquistador y las mujeres acompañaban a los hombres en sus campañas La sociedad legal de gananciales representaba una medida de protección económica, dado el hecho de que la mujer no generaba ingresos Así en caso

de disolución de gananciales, la mujer conservaba la mitad del caudal ganancial con lo que quedaba justamente remunerada por sus labores domésticas (Ibídem, pág 34)

Sin embargo, la sociedad ha avanzado el papel de la mujer en el mundo es otro, porque se alcanza niveles educativos superiores y por tanto tiene puestos importantes dentro de la sociedad

d.1.2 En la Legislación panameña

De acuerdo al Código de Familia en la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer, por partes iguales, los bienes obtenidos a título oneroso durante el matrimonio, indistintamente por cualquiera de ellos, y los frutos, rentas e intereses que produzcan los bienes privativos y los bienes gananciales (el subrayado es nuestro).

Queda claro que sólo están sujetos a la sociedad de gananciales los bienes obtenidos a título oneroso. Por tanto, los bienes donados no entran en la sociedad de gananciales.

d.1.3 Legislación Comparada

En España el régimen supletorio es el de sociedad de gananciales. Poco a poco la doctrina y los legisladores han impregnado este sistema de cambios, no sólo formales sino también sustanciales. Entre estos cambios sustanciales están los siguientes

" 1. Principio de persistencia del carácter de los bienes del matrimonio,

conforme al cual, los bienes del matrimonio conservan mientras éste dura, el mismo carácter con el que son aportados

2. Principio de reconocimiento del derecho a reembolso cuando, por el juego de los mejores o plusvalías realizadas en un bien privativo con dinero común, es posible que aquel bien se transforme en común, pero atribuyendo al titular del bien privativo una acción de compensación
3. Principio de subrogación real
- 4 Principio de unidad e igualdad de gestión
- 5 Principio de presunción de ganancialidad (SERRANO, E , 1996, pág. 61)

Todos estos principios también los mantiene el Código de Familia de Panamá. Y son de gran interés porque sólo así se podrá realizar una liquidación justa y equitativa para las partes

d.2 Personalidad Jurídica de la Sociedad de Gananciales

Existe una gran cantidad de opiniones sobre este tema "Royo Martínez entiende que la sociedad de gananciales cae dentro del concepto genérico de sociedad, pero no le reconoce personalidad jurídica atenuada. Según esta posición, la personalidad existe desde que una obra o grupo reviste una individualidad suficientemente caracterizada. Otros tratadistas como Valverde o José Luis De La Cruz Berdejo, debaten sobre si tiene o no las características de la sociedad, sobre todo al fin de lucro. (Aunque no toda sociedad tiene fin de lucro)

De La Cruz Berdejo dice que el lucro es incidental y que el hecho que los

obtenga no quiere decir que esté dirigido a un fin lucrativo (Ibídem, pág. 34).

El Código de Familia no dice nada expresamente sobre la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales. El Código se limita a establecer cuáles son los bienes privativos y gananciales, cuando se termina la sociedad, los cargos y obligaciones. Sin embargo, existen artículos (artículo 154 y siguientes) que nos permiten decir que la sociedad de gananciales no es una persona jurídicamente diferente de los cónyuges por las siguientes razones:

El artículo 154 del Código de Familia dice:

Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

1. En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley le corresponda, y
2. En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de los bienes propios.

Si el marido o la mujer fueron comerciantes, se aplicará lo dispuesto en el Código de Comercio. El artículo demuestra que en la mayoría de los casos en que exista responsabilidad civil de uno de los cónyuges se puede ir contra la sociedad.

El artículo 105 del Código de Familia va más allá y se refiere a las obligaciones extracontractuales. Veamos el artículo 155:

Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, a consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de la sociedad, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (El subrayado es nuestro).

El artículo 155 del Código de Familia establece que la sociedad será responsable

por la actuación de un cónyuge en el ámbito de la administración de los bienes y no distingue si estos bienes tienen que ser privativos o gananciales y por tanto, debemos concluir que es en el ámbito de la administración de los bienes gananciales y también privativos de cada cónyuge

Finalmente con respecto a este tema nosotros pensamos que la sociedad de gananciales es una figura jurídica sui generis y muy propia del derecho familiar. Y que cuando se presenten los conflictos de aplicación de esta figura se debe ver en primer lugar las capitulaciones matrimoniales y el Código de Familia.

d.3 ¿Cuándo inicia la Sociedad de Gananciales?

En cuanto al inicio de la sociedad de gananciales hay que distinguir dos situaciones a saber

- 1 Si se pacta a través de capitulaciones matrimoniales al momento de que la pareja contrae matrimonio, el régimen inicia en el momento de la celebración del matrimonio
- 2 Si no se dice nada al momento de contraer matrimonio, queda vigente el régimen supletorio que es el de participación en las ganancias. Luego los cónyuges pueden pactar el de sociedad de gananciales, en este caso rige desde que se celebran las capitulaciones matrimoniales (ver art. 134 del Código de Familia)
- 3 En algunos casos en donde existen impedimentos, se empieza a contar después que desaparece el impedimento.

e) Bienes Privativos

El artículo 135 del Código de Familia dice:

Son bienes privativos los siguientes

1 Los bienes y derechos que le pertenecen al comenzar la sociedad

Es muy importante que al iniciar el régimen cada uno de los cónyuges individualice adecuadamente estos bienes. Para evitar posteriormente conflictos innecesarios y por la presunción establecida en el artículo 150 del Código de Familia que dice "Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer".

2 Los que adquiera después a título gratuito

Como vimos anteriormente en la sociedad de gananciales sólo entran los bienes adquiridos a título oneroso

3 Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos

De acuerdo al artículo 144 del Código de Familia los cónyuges pueden de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquirieron a título oneroso durante el matrimonio cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga

Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes

Esta norma es muy importante porque en muchas ocasiones la autonomía de la voluntad de las partes soluciona muchos conflictos que se presentan, sin las imposiciones

de la ley

4. Los adquiridos por derecho del retracto perteneciente a uno sólo de los cónyuges

El "derecho de retracto puede considerarse como un derecho potestativo (o de formación jurídica) de trascendencia real. Entre los derechos potestativos tiene el carácter de un derecho de adquisición" ()

El artículo 293 del Código Civil panameño se refiere al derecho de retracto y señala los derechos hereditarios

5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transferibles inter vivos;

6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos;

El resarcimiento por daños inferidos a uno de los cónyuges es un derecho personalísimo, por tanto es privativo

7. Las ropas y objetos de uso personal que no son de extraordinario valor,

8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo que éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

En cuanto al derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges y a los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio no pierden el carácter de privativo, aún cuando se hayan obtenido con fondos comunes pero la sociedad será acreedora por el valor satisfecho

f) Bienes Gananciales

El artículo 136 del Código de Familia dice que son bienes gananciales los siguientes

1. Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los conyuges,
2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales;
3. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los conyuges, y
4. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges, a expensas de los bienes comunes. Si en la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 142 del Código de Familia.

g) Situación de los bienes que se adquieren con capital en parte ganancial y en parte privativo

Ya hemos dejado claro cuáles son los bienes privativos de cada cónyuge y los que pertenecen a la sociedad de gananciales. El debate está en ¿cuál es la situación de los bienes que se adquieren con capital en parte ganancial y en parte privativo?

El artículo 143 del Código de Familia nos da la respuesta a esta interrogante y es que los "bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en

parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Es decir, presentado el juicio de liquidación del régimen y estando vigente la sociedad de gananciales los cónyuges podrán recuperar el valor de las aportaciones que realizaron aún cuando el bien haya sido adquirido en parte con capital propio y en parte con capital ganancial. El punto medular en el juicio será cuestión de probar la aportación que realizó el cónyuge que está reclamando judicialmente

Es importante mencionar la presunción que establece el artículo 150 del Código de Familia en cuanto a que "se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer

Podemos concluir que en régimen de sociedad de gananciales se da la siguiente categoría de bienes.

- 1 Bienes privativos
2. Bienes Gananciales
- 3 Bienes adquiridos con capital en parte ganancial y en parte privativo
- 4 Bienes que son expresamente regulados por la ley (ejemplo bienes comprados a plazo (artículo 146), las edificaciones y plantaciones (artículo 148)
- 5 En principio todos los bienes adquiridos en el matrimonio durante la vigencia de esta sociedad se presumen gananciales.

8. Causas de disolución del régimen de sociedad de gananciales

De acuerdo al Código de Familia el régimen de la sociedad de gananciales se extingue en los casos previstos para la participación de las ganancias, aplicándose lo dispuesto en los artículos 107, 108 y 109 del Código de Familia

También se termina por incumplir, grave y reiteradamente, el deber de informar sobre la marcha y rendimiento de las actividades económicas de la sociedad

a) La Disolución del Matrimonio

De acuerdo a nuestra legislación el matrimonio se disuelve por muerte, por divorcio o por nulidad (Ver artículo 207 del Código de Familia)

Para efectos de nuestra investigación nos interesa ver la disolución del matrimonio por causa de muerte y distinguir cómo se debe dar la liquidación en estos casos. Por tanto veremos la muerte real y la presunción de muerte

a.1 Muerte Real

En cuanto a la muerte real, ésta extingue el matrimonio desde el mismo momento en que tiene lugar la defunción (Ver artículo 209 del Código de Familia)

Este artículo (209 del Código de Familia) debiera decir que la muerte real extingue el matrimonio desde que la defunción esté inscrita en el Registro Civil. Porque es lo que en la práctica se da. Y también porque los jueces para el proceso de liquidación del régimen por causa de muerte van a pedir el certificado de defunción.

En muchas ocasiones, el período que existe entre la muerte real y la inscripción

en el Registro Civil es largo Porque existen personas que ni siquiera están inscritos en el Registro Civil, mal puede inscribirse su defunción De manera que o la norma dice desde el momento en que se inscribe la defunción o se aceptan dos testigos que declaren al tribunal su defunción.

a.2 Presunción de muerte

Se llama así al período que se inicia mediante la declaración judicial en virtud de la cual, a solicitud de parte interesada, va a considerarse que el ausente ha fallecido y procederse en consecuencia como si real y efectivamente, hubiera muerto.

De acuerdo al Código Civil para que la presunción de muerte ocurra deben existir los siguientes requisitos

- 1 Que hayan transcurrido cinco años desde que desapareció el ausente o se recibieron noticias de él, o que, hayan pasado 60 años desde el nacimiento del desaparecido, o tres meses si su desaparición se debe a guerra, naufragio, incendio o cualquier otro accidente o siniestro
- 2 Que la sentencia que se dicte al efecto, declarando la presunción de su muerte, se publique en la Gaceta Oficial y transcurran seis meses desde su publicación

Sin embargo, el artículo 210 del Código de Familia dice que la sentencia ejecutoriada de presunción de muerte inscrita en el Registro Civil, disuelve definitiva e irrevocablemente el matrimonio y procede la sucesión por causa de muerte. Y si procede la sucesión por causa de muerte, también la liquidación del régimen por presunción de

muerte

Había mucha discusión doctrinal de si la presunción de muerte disolvía el matrimonio. Esto quedó definitivamente resuelto con el artículo 209 que establece que la muerte presunta de uno de los cónyuges termina el matrimonio desde el día en que la declaración judicial queda firme e inscrita en el Registro Civil

Sin embargo, existen autores españoles que hablan de que el tema es muy controvertido y discutible.

a.2.1 Reparación del posible muerto

Por mandato del artículo 210 del Código de Familia en cuanto a los efectos patrimoniales de la declaratoria de presunción de muerte, se debe regir por las disposiciones del Código Civil.

El artículo 60 del Código Civil establece que si el ausente se presenta o sin presentarse prueba su existencia recobra sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los vendidos o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni ventas”

De manera que como el matrimonio se extingue al momento de inscribirse en el registro Civil la sentencia donde se declara la presunción de muerte, la liquidación del régimen procede pero en cuanto a la devolución de los bienes si reaparece el presunto muerto se tendría que devolver los bienes que el cónyuge adquirió en concepto de herencia y no los bienes que adquirió por liquidación del régimen

CAPITULO III

LIQUIDACION DEL RÉGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO

CUANDO HAY MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES

1. Introducción

Uno de los conflictos que se presentan en la mayor parte de los países en donde se tiene experiencia en liquidación de regímenes económicos matrimoniales es precisamente las dificultades prácticas que se tienen al determinar los bienes que se deben dividir y adjudicar a los cónyuges en el caso del régimen de participación en las ganancias y el de sociedad de gananciales.

En el régimen de separación de bienes no se presentan mayores dificultades porque como ya hemos anotado anteriormente aquí lo único que se requiere es la prueba de a quién corresponde tal o cual cosa. Es por esta razón que el legislador anticipándose a esta situación establece en la norma que es necesario el inventario de bienes, que en el caso del régimen de participación en las ganancias se denomina patrimonio inicial y en la sociedad de gananciales es inventario sencillamente.

Se han dado también interesantes planteamientos cuando se presentan conflictos acerca de qué bienes forman parte de ese inventario o del patrimonio inicial. Recientemente se dió un planteamiento en la jurisprudencia de Puerto Rico en donde se discutía si la educación obtenida durante el matrimonio era un bien ganancial. En efecto, la Corte concluyó en que era un bien ganancial y por tanto, se debía dar una pensión remuneratoria al cónyuge que había aportado en la educación del otro.

Todos estos puntos interesantes nos llevan a la conclusión de investigar el régimen económico matrimonial cuando uno de los cónyuges muere, porque como veremos en adelante la forma de distribución de los bienes es totalmente diferente y se pueden presentar muchas dificultades al momento de verlo aplicado a casos concretos.

2. Modalidades que pueden darse al momento de la extinción del régimen económico

Cualquiera que sea el régimen que se pacte el mismo puede extinguirse por varias modalidades como ya hemos anotado anteriormente y son las siguientes

- 1 Por divorcio;
- 2 Porque los cónyuges conjuntamente decidan adoptar otro régimen,
- 3 Cuando judicialmente se decreta la separación de cuerpo,
4. Por nulidad del matrimonio;
- 5 Por las causas establecidas en el artículo 108 del Código de Familia,
6. Por muerte de uno de los cónyuges.

De manera que al momento de la liquidación del régimen, se hace necesario distinguir por qué causa se está extinguiendo

3. ¿Por qué es importante distinguir cuál es la causa de Extinción del régimen económico matrimonial?

Es importante distinguir cuál es la causa de extinción del régimen económico

porque el Código de Familia consagra dos formas de liquidación del régimen a saber

- 1 Si la extinción es por causa de muerte, al cónyuge sobreviviente le corresponde la cuarta parte del patrimonio final del consorte fallecido en concepto de participación en las ganancias (Ver artículo III).
- 2 Pero si la extinción es por causa distinta a la muerte del cónyuge se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

Estas normas están ubicadas en la sección cuarta titulada "Del Régimen de Participación en las Ganancias" y dentro de ese contexto deben ser analizadas La adjudicación de los bienes en el régimen de participación en las ganancias es diferente al de la sociedad de gananciales sencillamente porque las normas legales que los rigen son diferentes.

4. Liquidación del Régimen cuando hay muerte de uno de los Cónyuges

La sociedad conyugal extinguida por el fallecimiento de uno de los cónyuges entra en liquidación convirtiéndose en cuanto a los bienes en una comunidad Es en el juicio de sucesión del cónyuge fallecido dentro del cual se procede, en primer término, a liquidar tal sociedad para saber qué bienes pasan al patrimonio exclusivo del cónyuge muerto, representado por sus herederos o legatarios y cuáles el su pértite.

En principio queremos ver que se entiende por liquidación y extinción y las diferencias entre una figura y otra

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas la

"liquidación es el conjunto de operaciones realizadas para determinar lo correspondiente a cada uno de los interesados en los derechos activos y pasivos de un negocio, patrimonio u otra relación de bienes y valores" (CABANELLAS, G , 1996, pág 214)

En realidad esta definición es bien genérica y podríamos decir que se refiere a la liquidación de todos los procesos, es decir, quiebra, sociedades, etc.

Aquí nos estamos refiriendo es al conjunto de operaciones que se deben realizar para otorgarle a los cónyuges lo que por ley le corresponde. La liquidación comprende un proceso vale decir una serie concatenada de actos con los cuales se pretende darle a los cónyuges lo que les corresponda conforme a la ley, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, toda vez que éstos no deben ser perjudicados por los efectos del proceso de liquidación

a. Liquidación - Extinción

(a.1) Extinción - Concepto

El término extinción se refiere de acuerdo al Diccionario de Cabanellas "es a cese, cesación, término, conclusión, fin o desaparición de personas, cosas y situaciones" (CABANELLAS, G , 1996, pág 650)

Es importante delimitar o establecer claramente a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de extinción y liquidación

La extinción se refiere más bien es al momento en que se termina o concluye el régimen. Y esto marca el inicio del proceso de liquidación. De manera que la extinción

se produce cuando termina y la liquidación es un proceso largo que implica la existencia o realización de varios actos jurídicos como valuación, peritajes, categorización de bienes privativos o gananciales (dependiendo del régimen que esté vigente) pago de deudas de la sociedad, etc

(b) Liquidación cuando hay muerte de uno de los cónyuges y el régimen económico vigente es la separación de bienes.

(b.1) Regla general

De acuerdo al régimen de separación de bienes si hay muerte de uno de los cónyuges no se presentan mayores dificultades prácticas porque el Juez debe liquidar de acuerdo a las pruebas que se le presentan de manera que debe adjudicar los bienes según a quién correspondan, de acuerdo a lo probado en el proceso de liquidación.

En estos procesos no se presentan liquidaciones, salvo algunas excepciones que veremos a continuación.

(b.2) Excepciones

- 1 Tanto el Código Civil (legislación aplicable a todas las parejas que contrajeron matrimonio antes del 1º de enero de 1995) como el Código de Familia contemplan el hecho de que cuando exista un bien que no se puede probar a quién pertenece se adjudicará pro indiviso a ambos cónyuges

2. Si se han realizado donaciones por razón del matrimonio conjuntamente a los futuros esposos pertenece pro-indiviso a ambos conyuges
3. También está la presunción establecida por el artículo 132 del Código de Familia en el sentido de que los bienes adquiridos a título oneroso por el otro cónyuge durante el año anterior a la declaración o el período a que alcance la retroacción de la quiebra fueron donados en su mitad por el fallido. Esta medida es tomada en beneficio de los acreedores, pero esta presunción no regirá si los cónyuges están separados de cuerpo.
4. La evaluación de trabajo doméstico. Debemos aclarar que aunque el régimen vigente en la pareja sea el de separación de bienes y se logra probar que el cónyuge (generalmente la mujer) ha trabajado toda su vida para el hogar o la casa, el Juez debe acceder a una pensión remuneratoria.

(b.3) Administración de los bienes durante el régimen de separación de bienes.

De acuerdo a nuestra legislación a cada uno de los cónyuges corresponde la administración, goce y disposición de tales bienes (art. 127 del Código de Familia)

El régimen de separación de bienes está especialmente diseñado "para cuando hombre y mujer tienen capital propio, bienes fructíferos o actividad profesional independiente y desean el mayor margen de agilidad e iniciativa posible en su actuación. También en los casos en que el matrimonio tenga actividades empresariales, para que llegado el caso de una mala situación económica de la vida familiar ordinaria, no se vea

alterada y los derechos de terceros sean respetados" (González, A , 1996, pág 161)

Es por esto, que en la mayoría de las legislaciones se ha acogido el criterio de que las partes pueden fijar bajo qué régimen se van a casar. Obvio es que la ley debe imponer uno en caso de que no se fije porque al Estado le interesa garantizar la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Y además la estabilidad económica de la familia.

(b.4) Responsabilidad por deudas en el régimen de separación de bienes.

Esta es una de las grandes ventajas del régimen de separación de bienes en el sentido de que las "obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad" (Ver art 130 del Código de Familia)

En otras legislaciones como España por ejemplo, la norma (art 1319 del Código Civil español) establece que cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendados 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 v 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 a su régimen. (El subrayado es nuestro).

La legislación panameña no dice nada con respecto a este tema. Mantiene una absoluta independencia patrimonial al punto de que el artículo 129 del Código de Familia dice que si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades de un mandatario

Nosotros consideramos que el Código debió dar alguna solución para los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia. Porque estas necesidades siempre deben ser atendidas por cualquiera de los cónyuges.

(b.5) Contribución a las cargas del matrimonio.

El artículo 128 del Código de Familia establece la obligatoriedad de los cónyuges a contribuir en el sostenimiento de las cargas del matrimonio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos.

Ahora, es cierto que existe esta obligatoriedad, pero no hay una norma que imponga una responsabilidad solidaria (como la legislación española) al momento de ejecutarla queda en la ley o en la sencilla obligatoriedad. De manera que consideramos nosotros que debió plantearse una solución más concreta.

(b.6) Críticas al régimen de separación de bienes.

La adopción del régimen de separación de bienes como régimen supletorio en muchas legislaciones del pasado está "íntimamente ligado a la situación históricamente desigual de los cónyuges en el matrimonio" (GONZALEZ, A., *Ibidem*, pág. 60)

De manera, que partiendo de esa base, las normas que regulan este régimen están encaminadas básicamente a lograr esa absoluta independencia de bienes. Que en el caso de las características particulares de una pareja en un momento dado pueden convenir (los cónyuges que son empresarios) pero en otros casos su adopción puede hacer mucho daño.

la seguridad y a la sociedad que esta constituida por la familia

5 Liquidación cuando hay muerte de uno de los cónyuges y el Régimen vigente es el de Participación en las Ganancias

(a) Administración

Como manifestamos anteriormente con el régimen de participación en las ganancias cada cónyuge conserva el disfrute y la libre disposición de sus bienes salvo que con las limitaciones que la ley imponga (Ver art. 103 del Código de Familia)

Y cuáles son estas limitaciones Son las siguientes:

1. Las que se originan del patrimonio familiar establecido en nuestro medio por el artículo 470 del Código de Familia

De manera que los bienes que pueden ser gananciales resultan afectados s en cantidad razonable por la declaratoria de patrimonio familiar, porque lo que se busca es el sostenimiento de la familia ya exista matrimonio o unión de hecho

2. En muchas otras legislaciones también se exigen autorización del otro cónyuge para disponer, enajenar, hipotecar la casa habitación

El Código de Familia para ello introdujo el artículo 105 que dice lo siguiente

Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre el inmueble que constituye la casa habitación de la familia, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere del interés para la

familia Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime conveniente

Este artículo fue declarado inconstitucional mediante fallo de 29 de mayo de 1996 (publicado en la Gaceta Oficial N° 23,063 de 21 de junio de 1996)

La Corte estimó que el artículo 105 de la Ley 3 de 1994 infringe el artículo 44 Constitucional por cuanto el mismo constituye sin lugar a dudas una limitación al derecho de propiedad privada al no permitir los actos de disposición a título oneroso del inmueble que constituye la casa habitación de la familia, si no es con el consentimiento de ambos cónyuges. "Si bien es cierto que el objeto de esta norma es la protección del otro cónyuge, esta Corporación considera que el derecho de alimentos está ampliamente protegido en el Código de Familia de manera que se garantiza a través de un sinnúmero de medidas, que el mismo sea efectivo, ya sea dándole preferencia ante otros créditos y mediante amplias potestades del Juez para decretar medidas cautelares por lo que, a juicio de quienes suscriben, no es necesario ni se justifica limitar la propiedad privada para tutelar derechos que ya están protegidos en el Código de Familia" .

Realmente este fallo es lamentable porque el interés social debe prevalecer sobre el particular. También el hecho de que la pensión alimenticia va a subsanar esto es relativo, porque aquí no se está hablando de pensión sino de un régimen de participación en las ganancias en donde ambos cónyuges tienen derecho y el análisis debió enfocarse en el contexto del régimen de participación en las ganancias y no en el hecho de la mantención de los hijos.

(b) Efectos de la Disolución del Régimen de Participación en las Ganancias

Es necesario distinguir aquí por qué causa se disuelve el régimen. Si la extinción es por causa de muerte, al cónyuge sobreviviente le corresponde una cuarta parte del patrimonio final del consorte fallecido en concepto de participación en ganancias. Si la extinción es por causa distinta a la muerte del cónyuge se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

Es precisamente de esta normativa donde básicamente podemos dar respuesta a la hipótesis presentada en nuestra investigación. Y es el hecho de que cuando hay muerte de uno de los cónyuges es necesario en primer lugar liquidar el régimen y luego ir a la sucesión.

Obvio es que los derechos de los cónyuges a través del régimen económico matrimonial que se ha pactado se regula por el Código de Familia y los derechos herenciales del cónyuge o de los hijos se regula en el Código Civil.

(c) Patrimonio Inicial

En otras legislaciones como Chile por ejemplo también se le denomina patrimonio originario.

El artículo 113 del Código de Familia dice.

Se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge:

- 1 Por los bienes y derechos que le pertenecen al empezar el régimen económico matrimonial, y
- 2 Por los bienes adquiridos a título gratuito, herencia, legado o donación.

De manera que integran el patrimonio inicial del cónyuge todos los bienes existentes

al momento de optar por el régimen de participación en las ganancias

El numeral 1 del artículo 113 del Código de Familia debe ser interpretado de manera amplia ya que en otros países se han planteado situaciones interesantes y fallos famosos con respecto a qué bienes se consideran incluidos dentro de ese patrimonio inicial. Estas discusiones jurisprudenciales han girado en torno a los derechos de autor, que a pesar de ser un derecho personalísimo, también tiene el aspecto patrimonial. Coincidimos así con la opinión de García Conteno quien señala que la "expresión bienes y derechos" ha de ser objeto de una interpretación amplia, comprensiva de toda clase de relaciones jurídicas susceptibles de valoración económica, aptos para ingresar en el patrimonio de una persona, cualquiera que sea el patrimonio de una persona, cualquiera que sea el título de adquisición y la fecha de la misma, con tal de que sea anterior al comienzo del régimen (García, 1996, pág. 141).

En cuanto a los bienes que se obtienen durante el matrimonio sólo se refiere a los adquiridos a título gratuito, herencia, legado o donación (Ver art. 113, numeral 2 del Código de Familia)

Si analizamos un poco el derecho comparado, vemos que España excluyó del patrimonio inicial a los bienes adquiridos a título gratuito por disposición del artículo 1418 del Código Civil español.

En Alemania también se excluyen del patrimonio inicial aquellas adquisiciones gratuitas que constituyen ingresos periódicos, como, por ejemplo una renta vitalicia. Y el Código Civil francés (art. 1570) excluye los frutos de los bienes, ni aquellos bienes que tendrían el carácter de frutos. Respecto de estos últimos el Código de Familia no dice nada de manera que deben entenderse incluidos.

Esta legislación comparada nos da una idea, de lo amplio que debe ser la interpretación del numeral 1 del artículo 113 puesto que son muy pocos los bienes que en otras legislaciones quedan excluidas del patrimonio inicial

(d) Cálculo del Patrimonio Inicial

De acuerdo a la legislación panameña para obtener el cálculo del patrimonio inicial se debe deducir las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen económico matrimonial y, en su caso, las cargas inherentes a la herencia, legado o donación en cuanto no excedan el valor de los bienes heredados o donados.

De manera entonces que si el pasivo o lo que se debe es más que el activo o lo que se tiene no habrá patrimonio inicial

Hay que realizar entonces una operación matemática determinando cuál es el activo del cónyuge y restarle el pasivo a la fecha de iniciarse el régimen de participación en las ganancias. El resultado de esto es lo que nos dará el patrimonio inicial.

Ahora, lo importante es determinar ¿cómo se debe estimar el valor de los bienes al iniciar el régimen de gananciales?

El artículo 116 del Código de Familia dice:

"Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieron al empezar el régimen económico matrimonial, en su defecto, al tiempo en que fueron adquiridos.

El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado"

De manera que se deben realizar dos operaciones matemáticas

1. Estimar o realizar la valoración de los bienes que constituyen el patrimonio inicial al empezar
2. Actualizar ese valor al día en que el régimen haya cesado

En realidad en la práctica las partes tendrán que utilizar los medios de prueba a su alcance para determinar el valor a través de factures, peritos, etc.

En esa primera fase no se deben tomar en cuenta las mejoras que se han realizado al bien después que inició el régimen o el deterioro del mismo

El legislador panameño se apartó aquí de la solución dada por otras legislaciones (como Francia, por ejemplo) que establece que los bienes se valorarán de acuerdo al precio que tienen finalizado el régimen.

Nosotros consideramos que la solución más justa es la que establece la legislación panameña porque la participación en las ganancias es más equitativa al actualizar los precios de los bienes al momento en que concluye el régimen. Sin embargo, consideramos que este sistema va a tropezar con muchas dificultades al aplicarse a casos concretos. Habrá un serio problema de pruebas sobre todo en los bienes muebles

(e) Prueba del Patrimonio Inicial

De acuerdo al artículo 45 numeral 9 del Código de Familia de todo matrimonio que se celebre, se extenderá inmediatamente un acta en donde debe constar el patrimonio inicial de cada cónyuge. De manera que esta es una prueba fehaciente del patrimonio originario

El matrimonio a su vez surte efectos jurídicos desde su celebración o comprobación si fuera de hecho. La inscripción registral realizada así es una formalidad probatoria y medida de publicidad (Ver art. 74 del Código de Familia)

Ahora el problema se presenta cuando se trata de matrimonio de hecho, en el cual las partes no concurren a ninguna autoridad a celebrar el matrimonio al momento de iniciarse, mal puede tenerse entonces un documento donde conste el patrimonio inicial.

Algunos autores establecen que "en caso de que no existan los medios de prueba precedentemente señalados y se demuestra que el cónyuge respectivo no estuvo en condiciones atendidas las circunstancias de procurarse un instrumento, se admitirán otros medios de prueba" (TRONCOSO, H., 1994, pág 13)

En nuestro medio consideramos nosotros que también se pueden utilizar los medios comunes de prueba no sólo para el caso de los matrimonios de hecho porque no se les confecciona el acta donde debe constar el patrimonio inicial sino también para aquellos en donde por alguna razón (de buena o mala fe) se omitió establecer la existencia de un bien

En el caso de los bienes inmuebles en nuestro medio no se presenta ningún problema porque son inscribibles en el Registro Público También es el caso de algunos bienes muebles Pero la mayoría de los bienes muebles no se inscriben en el Registro, entonces el medio probatorio es difícil

(f) El Patrimonio Final

En Panamá el patrimonio final, de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen económico

matrimonial con deducción de las obligaciones todavía no satisfechos (art. 117 del Código de Familia)

Es necesario tener bien claro que forman parte del patrimonio final también los bienes siguientes:

- 1 Los que el cónyuge dispone de ellos a título gratuito sin el consentimiento del otro cónyuge o consorte, salvo que se trate de liberalidades de uso
2. Los bienes que haya traspasado en fraude del otro (Ver art 118).

Aquí merece un comentario la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 105, pues, la Corte dice que el cónyuge propietario puede vender. Sin embargo, el bien debe entenderse incluido en el patrimonio final por disposición del artículo 118, entonces no tiene efecto el hecho de que se haya declarado inconstitucional el artículo 105.

Otras legislaciones como Chile, por ejemplo, incluyen dentro del patrimonio final también el "pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos. Esto no rige respecto de las rentas vitalicias convenidas al amparo de lo establecido en el DL 3,500 de 1980, salvo la cotización adicional voluntaria en la cuenta de capitalización individual y los depósitos en cuenta de ahorro voluntario. (TRONCOSO, H , 1974, pág 15) Este punto es tremendamente interesante porque en Panamá con la aprobación de la Ley 8 de 6 de febrero de 1997 (publicada en la Gaceta Oficial 23,222 de 7 de febrero de 1887) se permite la cotización adicional voluntaria y pudiera ser que uno de los cónyuges aumente su cotización voluntaria en perjuicio del otro De manera que aquí existe un vacío en nuestra legislación.

(g) Valoración de los Bienes que componen el Activo Final

Los bienes finales serán estimados de acuerdo al estado y valor que tuvieron al momento de la terminación del régimen económico matrimonial y los enajenados gratuita y fraudulentamente, conforme al estado que tenían al día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación (Ver art 119 del Código de Familia)

Por disposición del artículo 120 del Código de Familia los créditos que uno de los cónyuges tenga contra el otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquel, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor. Esta norma da vigencia al principio de que los cónyuges pueden contratar entre sí.

El Código de Familia no dice quién hace la valoración de los bienes, que hubiese sido una norma saludable. Nosotros, consideramos que si hay mutuo acuerdo y no existe controversia la pueden realizar los mismos cónyuges, sino por un tercero designado por las partes o por el propio juez a través de un perito idóneo. Así se realiza en muchos otros países de América Latina.

(h) Sanción por Ocultación de Bienes

El Código de Familia no establece ninguna norma para la ocultación de los bienes gananciales. Quizás podríamos interpretar como una sanción el hecho de que aún cuando se oculten si se logra demostrar en el juicio que son gananciales se pueden contar

imaginariamente en el patrimonio final más las sanciones de tipo penal en que pudieran incurrir los cónyuges que hacen esto.

Sin embargo, hay otras legislaciones más enérgicas en este sentido y establecen como sanción el hecho de sumar dos veces el valor del bien ganancial oculto (es el caso de Chile por ejemplo)

Esta sanción por ocultación de bienes en la legislación panameña debió ser más enérgica porque sólo así se da efectividad y cumplimiento a otras normas como por ejemplo a la obligatoriedad establecida en el artículo 45 del Código de Familia y que en realidad es una prueba fehaciente de la constitución de ese patrimonio inicial

(i) Forma de Repartir los Gananciales

Aquí pueden ocurrir una gran cantidad de variantes. Puede que sólo uno de los patrimonios finales haya aumentado o puede suceder que los dos haya aumentado.

Así cuando la diferencia entre patrimonio final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su incremento y el de otro cónyuge (Ver art. 121 del Código de Familia).

Pero si por el contrario el que se incrementa es un sólo patrimonio, el derecho de participación consistirá en la mitad del incremento para el cónyuge no titular (art. 122 del Código de Familia). Esto se debe básicamente a que lo que se persigue es que ambos cónyuges queden en iguales proporciones con respecto a las ganancias

j. Créditos

Puede que en la división de esos gananciales existan créditos. Estos deben ser satisfechos en dinero. Pero aún así pudiera ser que existan dificultades para el pago inmediato. En este caso, el Juez podrá conceder hasta un término que no exceda de tres años con la garantía de la deuda y de los intereses (art. 124).

También si las partes lo acuerdan o el deudor lo solicita al Juez, el crédito ganancial podrá ser satisfecho mediante la adjudicación de un bien concreto (art. 125).

En realidad nosotros consideramos que el término que la ley da hasta un máximo de tres años es excesivamente largo, tomando en consideración que en algunos casos el valor de los bienes aumentó pero que en otros rebaja.

(k) Forma de Perseguir el Pago del Crédito de Participación de gananciales

El artículo 125 del Código de Familia se limita a decir que si no hubiese bienes en el patrimonio del deudor para hacer efectivo el derecho de participación de ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechos a título gratuito sin su consentimiento y aquellos que hubieren sido realizados en fraude de sus derechos.

También es necesario anotar que las acciones de impugnación, a que se refiere el artículo anterior, caducan a los dos años de extinguido el régimen de participación y no proceden contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe (El subrayado es nuestro).

De manera que, las acciones de impugnación sólo proceden cuando se ha donado el bien porque si se traspasó por venta no se puede impugnar. De manera que este derecho queda muy limitado.

(I) Finalización del Régimen de Participación de las Ganancias

El régimen de participación en las ganancias concluirá de pleno derecho cuando:

1. Se disuelva el matrimonio.
2. Judicialmente se decrete la separación de cuerpos, y
3. Los cónyuges convengan un régimen económico distinto, en la forma prevista en este Código.

Veamos estas formas de terminación del régimen de participación en las ganancias

(I.1) Se disuelve el matrimonio.

De acuerdo al artículo 207 del Código de Familia el matrimonio se disuelve por muerte, por divorcio o por nulidad.

De manera entonces que la muerte real de un cónyuge extingue el matrimonio desde el momento en que tiene lugar la defunción. Y la muerte presunta disuelve el vínculo desde el momento en que se inscribe la resolución judicial en el Registro Civil (Ver art. 209 del Código de Familia).

El artículo 212 del Código de Familia establece a su vez las causas por las cuales se puede dar el divorcio

Este artículo (212) fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad mediante fallo de 12 de mayo de 1995 que fue publicado en la Gaceta Oficial 22,845 de 10 de agosto de 1995 y en efecto se declaró inconstitucional el acápite 1 del numeral del artículo 212 del Código de Familia.

El matrimonio también se disuelve por nulidad (ver art 224 y ss del Código de Familia).

(1.2) Judicialmente se decreta la separación de cuerpos

Debemos decir en primer lugar que la separación de cuerpos no extingue el matrimonio

Sin embargo, vamos a hacer referencia a ello por dos causas fundamentales a saber

Por las circunstancias excepcionales establecidas en el artículo 205 del Código de Familia

Porque la separación de cuerpos se puede convertir en divorcio

En cuanto al primer punto debemos decir que “el cónyuge culpable de la separación pierde todos los beneficios que el otro cónyuge le ha concedido en las capitulaciones matrimoniales, aunque hayan sido estipuladas con reciprocidad”

De manera que en principio el régimen de participación en las ganancias se extingue cuando se ha declarado judicialmente la separación pero al momento de la

liquidación es necesario tomar en cuenta excepciones establecidos en el artículo 205 del Código de Familia

Ahora, la dificultad que se presenta es que si la separación de cuerpo no extingue el matrimonio como va a extinguir el régimen. En qué situación quedan los bienes que se adquieren después de declarada judicialmente la separación de cuerpos sin que se convierta en divorcio. Será una interrogante que deberán dar los tribunales

En cuanto al segundo punto tenemos que decir, que la separación de cuerpos judicialmente declarada se convierte en divorcio después de un año de inscrita la separación (ver art. 206 del Código de Familia)

(1.3) Los cónyuges convengan otro régimen en la forma prevista en este Código

Puede suceder que una pareja no diga bajo qué régimen desea casarse y se le aplica el de participación en las ganancias como régimen supletorio y luego de liquidado este régimen decida acogerse a las capitulaciones matrimoniales

De acuerdo al artículo 108 del Código de Familia también concluye el régimen de participación en las ganancias a petición de uno de los cónyuges, en los siguientes casos:

1. Cuando el otro cónyuge se le incapacite judicialmente, por ser declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial
2. Al realizar el otro cónyuge actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrenen fraude, dano o peligro para los derechos del otro

en las ganancias,

3 Llevar separados de hecho más de un año, por acuerdo mutuo o por abandono de hogar, y

4 Cuando cualquiera de los cónyuges lo solicite al juez y éste lo autorice, fundado en justa causa.

De acuerdo al artículo 109 del Código de Familia cuando la participación se termine por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado contrayente de mala fe, podrá el otro optar por la liquidación del régimen

(m) Críticas que se Presentan con Respecto al Régimen de Participación en las Ganancias

Hay muchos autores que critican el régimen de participación en las ganancias. Una de las principales críticas es la dificultad que entrañan en la práctica la liquidación del régimen "la liquidación de los efectos (de este régimen) obliga a difíciles valoraciones de cada uno de los bienes de uno y otro cónyuge en momentos diversos y con arreglo a criterios móviles (BERNALDO, P , 1976, pág 125)

En nuestro medio como hemos visto la liquidación estando vigente el régimen de participación en las ganancias presenta dificultades prácticas Sin embargo, creo que no es punto para decir que no va a funcionar Lo ideal sería ir depurando o encontrando soluciones prácticas donde existan

(n) Ventajas del Régimen de Participación en las Ganancias

De una u otra manera a través de nuestra investigación hemos venido exponiendo las ventajas del régimen de participación en las ganancias. Sin embargo, podemos resumirlas así:

1. Es un sistema mixto donde hay separación en la administración de los bienes. Se liquida el régimen cuando se extingue el matrimonio.

2. Independencia, en el sentido de que es ideal para algunas parejas que se dedican a invertir.

3. En nuestro medio presenta la ventaja de que como es supletorio el cambio no ha sido tan drástico. Porque cambiar de separación de bienes a sociedad conyugal, habría que ver los efectos desde el punto de vista social.

(ñ) Caso Hipotético de Liquidación estando vigente el Régimen de Participación en las Ganancias

Patrimonio Inicial.

1. Casa B/.60,000 00 (sesenta mil balboas)
3. Carros valorados de la siguiente manera.
 - a. Toyota Tercel

6. Liquidación del Régimen cuando hay muerte de uno de los cónyuges y el régimen vigente es la Sociedad de Ganancial

Hemos dejado la liquidación de la sociedad de gananciales como último tema a desarrollar porque su aplicación práctica también presenta muchas dificultades

En la mayoría de las legislaciones se mantiene la sociedad de gananciales como régimen supletorio. Posteriormente y dentro del desarrollo de este tema veremos las variantes que se pueden presentar dentro de esa comunidad. Por tanto, es el primero que queremos abordar.

(a) La comunidad de bienes.

Tradicionalmente, la doctrina y los legisladores venían hablando de dos sistemas para ordenar y ubicar la economía del matrimonio. O dicho de otro modo para dictar las reglas bajo las cuales se van a manejar los bienes de los cónyuges. Estos sistemas son el de comunidad de bienes y el de separación. En nuestro medio tenemos que hablar de tres sistemas, incluyendo el de participación en las ganancias.

También hay la tendencia a pensar de que cuando se habla de comunidad se hace referencia a todos los bienes adquiridos por los cónyuges. Sin embargo, como veremos en adelante ello no es así, porque en diferentes legislaciones se han adoptado varios tipos de comunidad

Entre estas están

1 Comunidad universal

"Su nota característica es negativa; en el matrimonio sometido a las reglas económicas de comunidad universal de bienes no hay bienes privativos o particulares de cada uno de los esposos; éstos no conservan la titularidad ni la que afecta a los bienes que

tenían con anterioridad al matrimonio o al régimen económico (SERRANO, A , 1996, pág 57).

De manera que en esta comunidad universal son comunes de marido y mujer

- 1 Los bienes que cualquiera de los dos tenga antes del matrimonio.
- 2 Los bienes que se adquieren durante el matrimonio

Este régimen de comunidad universal no está regulado en el Código de Familia

Sin embargo, puede pactarse a través de capitulaciones matrimoniales

3. Comunidad de bienes limitada.

Como su nombre lo indica aquí hay bienes que pertenecen a ambos cónyuges pero otros son de propiedad exclusiva de cada cónyuge.

Dentro de esta comunidad limitada de bienes se han presentado igualmente muchas variantes En éstos están:

1. Comunidad de bienes muebles

En este sistema sólo los bienes muebles adquiridos oneroso o lucrativamente son comunes de los esposos. Los bienes inmuebles cada cónyuge conserva su titularidad cualquiera sea el momento en que se haya adquirido Tampoco está regulado por la legislación panameña pero se puede pactar a través de capitulaciones

- 2 Comunidad de adquisiciones oneroso

Que es el sistema vigente en nuestra legislación denominado "sociedad de gananciales" y que veremos posteriormente.

También existen la comunidad de muebles y adquisiciones y la comunidad de bienes futuros

Si nosotros estudiamos todos los regímenes que han existido a través de la historia

nos damos cuenta que son una gran cantidad. Lo importante es distinguir que la pareja puede elegir el que más convenga a sus intereses por el principio de autonomía de la voluntad que las partes conservan

(b) La sociedad de gananciales

Ya a este tema hemos hecho referencia anteriormente Sólo queremos indicar que en nuestro medio la sociedad de gananciales se restringe a considerar dentro de ello a los bienes obtenidos a título oneroso durante el matrimonio y los frutos, rentas e intereses que produzcan los bienes privativos y los bienes gananciales, es por esto que como hemos mencionado anteriormente hay comunidad limitada

(b.1) ¿Cuándo nace la sociedad de gananciales?

En nuestro medio la sociedad de gananciales nace o empieza en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales (Ver artículo 134).

También debemos decir que cuando hay impedimentos matrimoniales como es el caso de la minoría de edad el comienzo de la sociedad se da después que desaparece el impedimento.

La sociedad de gananciales como está concebida en nuestra legislación no puede pactarse para que inicie sus efectos antes de la celebración del matrimonio.

(b.2) Duración de la sociedad de gananciales.

En realidad dura hasta que se produzca cualquiera de las causales de extinción de la misma y que hemos visto anteriormente

(b.3) Bienes de la sociedad de gananciales

Ya a este tema hemos hecho referencia Sin embargo, en esta oportunidad queremos ver la situación de algunos bienes que el Código define por su dificultad de ubicar a quién pertenecen, si son comunes o corresponden a la sociedad

Los bienes gananciales en nuestro medio están enumerados en el artículo 136 del Código de familia y que ya vimos anteriormente.

Vamos a ver algunas situaciones que se presentan

1 Crédito pagadero en cierto número de años:

El artículo 137 del Código de Familia plantea la solución para este tipo de derechos y dice.

Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, si no que se estimará capital del marido o de la mujer, según a quién pertenezca el crédito.

Esta norma deja por fuera, los intereses que se adquieren con ese crédito Sin embargo, por disposición del numeral 2 del artículo 136 debemos entender que esos intereses son bienes gananciales

De esta norma también podemos concluir y coincidir con la opinión de la doctrina mayoritaria de que "el carácter privativo de un bien lo determina no sólo el momento en que es contemplada su aportación al matrimonio, sino, especialmente, la circunstancia de que su obtención no ha habido cooperación de la comunidad matrimonial (SERRANO, E , 1996, pág 69)

(b.3.1) El derecho de usufructo o de pensión

El artículo 138 del Código de Familia establece que el usufructo o la pensión perteneciente a uno sólo de los cónyuges, forma parte de sus bienes propios, los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales (el subrayado es nuestro). Esta última frase que subrayamos del artículo 138 del Código no era necesario ponerla, porque quedó comprendida en el numeral 2 del artículo 136.

(b.3.2) La situación de las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan el número aportado por cada uno de los cónyuges con carácter privativo.

Estas cabezas que exceden al número aportado por cada uno de los cónyuges con carácter privativo son gananciales (ejemplo los terneros)

Esta es una norma que sólo está en el Código de Familia de Panamá, porque haciendo la revisión de otros Códigos no aparece Sin embargo, es necesario en nuestro medio porque para las áreas del interior se presentan mucho éstas dificultades

(b.4) Las ganancias obtenidas por los cónyuges en el juego

Esto está regulado en el artículo 140 del Código de Familia y éstas ganancias pertenecen a la sociedad de gananciales

(b.5) Las acciones, títulos de otras participaciones sociales.

Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales, suscritos como consecuencia de la titularidad de otros bienes privativos. Así mismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir

Si para el pago de la suscripción se utilizasen fondos comunes o se emitieran acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

Esta norma obedece también al principio de libertad de empresa y al hecho de incentivar la inversión privada.

(b.6) Los bienes donados o dejados por testamento

Estos bienes donados o dejados en testamento conjuntamente o sin especial designación de partes, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad se acepte por ambos, y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario (Ver art 142)

El artículo 142 se contradice con respecto a lo establecido por el artículo 98 del Código de Familia, que regula las donaciones por razón del matrimonio y que establece

que para la validez de las donaciones no es necesario la aceptación

Ahora, puede que la intención del legislador haya sido la de establecer una excepción a la regla general. Es decir, que la regla general sea que las donaciones por razón del matrimonio no necesitan ser aceptados para su validez, pero que para considerados como bienes de la sociedad de gananciales deben ser aceptadas. Pero consideramos que si esta última fue la intención del legislador entonces como queda el bien en caso de que haya sido donado a uno de los cónyuges y no fue aceptado. La donación en este caso, es válido pero no puede incluirse en la sociedad de gananciales porque le falta el requisito de aceptación. Luego entonces, en qué categoría queda este bien, debe considerarse como un bien privativo. El problema se presentaría es cuando ha sido donado a los dos y no se aceptó.

La solución lógica y que plantea la mayoría de la doctrina en cuanto a los bienes donados sin especial designación es computar como privativo la mitad del bien donado o dejado por testamento.

Ahora lo que no contempla este artículo (142 del Código de Familia) es la donación remuneratoria y que se da mucho en la práctica. "No hay acuerdo en la doctrina sobre el carácter privativo o común de lo recibido por uno de los cónyuges como donación remuneratoria. Se han planteado básicamente dos soluciones

1. Considerar la donación remuneratoria como una verdadera donación e incluirla en los bienes privativos de cada cónyuge
2. La donación remuneratoria se da por un servicio dado al donante. En este sentido debe considerarse como ganancial la parte de la donación que remunera

En cuanto a nuestra legislación tendríamos que concluir que las donaciones remuneratorias son gananciales ya que el numeral 1 del artículo 136 del Código de Familia establece que son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo de la industria de cualquiera de los cónyuges. O sea, que nos adherimos a la primera solución

(b.7) Los bienes adquiridos durante la sociedad por uno de los cónyuges.

La solución a este problema está determinado básicamente por el primer desembolso. Y el artículo 145 dice que los "bienes adquiridos por uno de los cónyuges durante la sociedad, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviera carácter privativo, el bien será de esta naturaleza.

Sobre esta norma queremos hacer algunas anotaciones.

1. Se refiere básicamente a los bienes que son comprados en varios pagos. Solución que plantea el artículo siguiente, es decir, el artículo 146
2. Consideramos que esta norma entra en conflicto con el artículo 143 que define la solución para los bienes que se adquieren con capital en parte privativo y en parte ganancial

(b.8) Los bienes comprados a plazo

De acuerdo al artículo 146 los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, tendrán siempre el carácter privativo, aún cuando la

totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y la vestimenta familiares porque en estos dos últimos casos por disposición del artículo 143 será pro indiviso de ambos cónyuges.

Estas normas deben ser analizadas en concordancia con el artículo 147 del Código de Familia, que establece el derecho de desembolso cuando se pruebe que el capital que se utilizó en uno y otro caso es ganancial o privativo.

(b.9) Las edificaciones y plantaciones y las mejoras

Las edificaciones, plantaciones y cualquier otra mejora que se realice en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que se afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho (Ver art 148)

En este aspecto se sigue el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

(c) Las deudas de la sociedad de gananciales

Este es un punto muy interesante al momento de liquidar los bienes de la sociedad.

La lógica indica que los cónyuges deben responder con sus bienes propios si las deudas son personales y se debe responder con la sociedad si la deuda es de la sociedad. Sin embargo, la ley impone una serie de reglas que estudiaremos de la siguiente manera:

1. Regla General

En principio la sociedad responde por.

- a. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de la previsión acomodados a los usos y a la posición social de la familia

La alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges, correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar al reintegro en el momento de la liquidación

- b. La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes
- c. La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.
- d. La explotación regular de los negocios o del desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge

Esta norma, artículo 151 del Código de Familia, nos merece los siguientes comentarios.

1. Para evaluar si un bien debe estar a cargo de la sociedad conyugal en el caso del numeral 1 del artículo 151 del Código de Familia habrá que evaluar y ver de qué tipo de familia se trata porque se habla de "atención de previsión acomodados a los usos a la posición social de la familia"

Este punto es importante porque no se habla de necesidades básicas, sino de todas aquellas comodidades que de acuerdo a los usos o costumbre de la familia estaban permitidos

2. Véase que esta norma establece que para el caso de que los hijos sean de un sólo cónyuge y vivan fuera del hogar se reembolsará estos gastos. Y

esto el juez debe practicarlo al momento de la liquidación. La aplicación práctica de esta norma va a depender mucho de las pruebas y creo que va a ser difícil que tenga el resultado que se espera. Por ejemplo, qué criterios se van a utilizar para calcular los gastos de los hijos, desde cuándo se cuentan y si es necesario contarlos en la liquidación.

2 Excepciones

- a. En el caso de las donaciones o las cantidades prometidas por ambos cónyuges, de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos, serán de cargo de la sociedad de gananciales (art. 152 del Código de Familia)
- b. El cónyuge que hubiere aportado bienes para los gastos y pagos que sean de cargo de la sociedad, tendrá derecho a ser reintegrado del valor, a costa del patrimonio común (art. 153)
- c. También la sociedad de gananciales responderá directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en los siguientes casos:
 - 1. En el ejercicio de la potestad doméstica.
 - 2. En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, o la administración ordinaria de los bienes propios
 - 3. Cuando el cónyuge adquiere la deuda para atender los gastos de sostenimiento de la familia y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad.

(d) Responsabilidad Civil Extracontractual

El artículo 155 del Código de Familia dice que las obligaciones extracontractuales de un cónyuge a consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de responsabilidad y cargo de la sociedad, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (el subrayado es nuestro)

La norma así como está redactada indica que la sociedad es responsable en caso de que uno sólo de los cónyuges en su actuación en beneficio de la sociedad, incurra en responsabilidad extracontractual Sin embargo, exceptúa los casos de dolo y culpa grave Entonces, la sociedad nunca va a ser responsable porque generalmente la responsabilidad civil extracontractual no hay graduación de la culpa como lo hace este artículo.

En el caso de que un cónyuge sea taxista, por ejemplo, en donde lo que hay es falta de imprudencia en la mayoría de las ocasiones, el artículo 155 no hace referencia a ello Si se debe o no imputarse a la sociedad de gananciales el importe de la indemnización.

(e) Deudas de los Cónyuges

Por deudas de los cónyuges debe entenderse la que cada uno adquiere personalmente a exclusiva responsabilidad.

Estas son las siguientes

- 1 Del artículo 155 se deriva que cada cónyuge debe responder personalmente en el caso de dolo o culpa grave
2. Hay que tener claro que cada cónyuge responde solidariamente de las

deudas de la sociedad (Ver artículo 158) Sería interesante ver cuál va a ser el planteamiento de la Corte Suprema de Justicia en los casos de que la deuda sea de la sociedad de gananciales pero generada por culpa grave o dolo. Si en este aspecto se mantiene el criterio de que los cónyuges son solidariamente responsables de la deuda de la sociedad

- 3 Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, disminuirá su parte respectiva de los gananciales (art 159)

A esta norma le vemos mucha dificultad en la práctica porque en algunos juegos es difícil contar con las pruebas necesarias.

4. Cada cónyuge responde con su patrimonio personal por deudas propias, y si sus bienes privativos no fueron suficientes para hacerlos efectivos, el acreedor podrá pedir el embargo de los gananciales

Pero si se realiza la ejecución sobre bienes comunes, se reportará que el cónyuge deudor tiene recibos, a cuenta de su participación, el valor de aquellos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al de liquidación de la sociedad conyugal (ver art 161)

Muchos autores han escrito sobre este tema y la mayoría coincide en que esta es una norma de una protección exagerada a los acreedores de uno de los cónyuges. Por ejemplo Martínez Calcerrada dice "que esta es una protección excesiva a favor del derecho de los acreedores personales de uno de los esposos, pues, en definitiva, la garantía de tal derecho lleva a disolver la sociedad de gananciales" (MARTINEZ CALCERRAI:)A, pág 9). El legislador aquí ha partido de la base de que la sociedad de

gananciales es una universalidad Sin embargo, nosotros consideramos, que en la liquidación de la sociedad de gananciales la ley debió contemplar en estos casos el derecho de reembolso porque en realidad de acuerdo al artículo 162 la aplicación de esta medida, es decir, si no hay suficiente en el patrimonio del cónyuge se embarga el de la sociedad acarrea la disolución de la sociedad

(f) Administración de la Sociedad

Podríamos decir que dentro de la administración de la sociedad de gananciales hay reglas generales y especiales

Antes de entrar a este tema debemos decir que haciendo un análisis general de la normativa que contempla la administración de la sociedad (art. 163 a 180), nos damos cuenta que hay normas de gestión o administración, otras sobre actos de disposición y también normas sobre la denominada administración judicial

En la práctica una cosa es administración y otra muy diferente actos de disposición Nosotros consideramos que no se debió hacer esa mezcla porque son dos cosas totalmente diferentes

Nosotros en nuestro estudio vamos a hacer referencia primero a la gestión, o administración de la sociedad.

(f.1) Regla General

En principio la administración de la sociedad de gananciales salvo que el pacto de

capitulaciones disponga otra cosa corresponde a ambos cónyuges

En la mayoría de las legislaciones se ha mantenido el principio de la administración de la sociedad conyugal a una sólo persona (y generalmente era el hombre)

En la práctica generalmente uno sólo de los cónyuges administra la sociedad conyugal por la dificultad que existe contar en todos los actos con la presencia física de los cónyuges. Se presentarán situaciones en las cuales uno de los cónyuges no quiere dar la autorización para que el otro administre, en éstos casos el Juez deberá dar la autorización si lo considera de acuerdo (artículo 164 del Código de Familia)

(f.2) Reglas Excepcionales

Hay algunos casos excepcionales en el cual no se requiere la autorización de ambos cónyuges y son los siguientes casos

- 1 Realizar liberalidades de uso.
2. Puede cada uno de los cónyuges disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.
3. Disponer de los frutos de los bienes privativos
4. Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su consentimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los fondos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes (art 170).

En este caso lo que se indica es que al cónyuge no beneficiado de momento con la medida establecida en el artículo 170 del Código de Familia, se le debe notificar del anticipo

- 5 Son válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge, a cuyo nombre figuren o cuyo poder se encuentren (art. 172).
- 6 En cuanto a los derechos de crédito serán ejercitados a cuyo nombre aparezcan constituidos.

(f.3) Actos de Disposición

En primer lugar debemos empezar por decir, qué se entiende por actos de disposición y no es más que "todo acto jurídico tendiente a producir un desplazamiento de los bienes gananciales o a originar una limitación sustancial de su contenido; por lo tanto; dentro del concepto de "acto de disposición" hay que incluir la enajenación de acto de dispositivo en sentido estricto, que implica un cambio de la titularidad del derecho" (Ibídem, pág 2)

Consideramos que técnicamente no es viable hablar al mismo tiempo de actos de disposición que de gestión y administración porque son dos cosas totalmente diferentes

También en los actos de disposición hay que partir de una regla general y es que para disponer de los bienes de la sociedad de gananciales se requiere del consentimiento de ambos cónyuges. Es lo que está establecido en el artículo 165 que se refiere a los actos de disposición a título oneroso.

Deben concurrir por tanto los siguientes requisitos para que se de la disposición a título oneroso:

1. Consentimiento de ambos cónyuges
2. Si uno de ellos se negare o estuviere impedido para realizarlo el Juez podrá tomar las siguientes medidas
 - a. Autorizar previa información sumaria uno o varios actos dispositivos.

Lo que indica que en cada acto dispositivo que se va a realizar de un bien ganancial es necesario la autorización judicial. A menos que el juez autorice varios actos dispositivos en uno sólo.

Y ¿cómo se realiza esta autorización a través de un juicio sumario que debe llevar al juez al convencimiento de la necesidad o el interés para la familia que se de ese acto dispositivo

La pregunta que surge inmediatamente es ¿si el juez debe solicitar afianzamiento en éstos casos? Pues, la norma es clara y deja esta decisión al criterio exclusivo del juez porque excepcionalmente acordará las limitaciones necesarias Y cuáles son estas limitaciones. El juez deberá ver cada caso en particular y dictar las medidas que considere conveniente.

Ahora, uno sólo de los cónyuges puede autorizar un acto de disposición en los siguientes casos

1. Uno sólo de los cónyuges puede disponer de la mitad de los bienes gananciales por testamento (art 167)
2. Para realizar gastos urgentes de carácter necesario aún cuando sean

extraordinarios (art 175)

3. Los derechos de crédito si se encuentra a nombre de uno sólo de los cónyuges.

(f4) Actos de Disposición: Principios y Responsabilidades

El Código de Familia también establece reglas sobre responsabilidad en el caso de la actuación de un sólo cónyuge

De manera que si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un dano a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la ineficacia del acto (art 179)

Esta norma es importante al momento de que proceda la liquidación

También el artículo 180 del Código de Familia establece que si un cónyuge actúa en fraude de los derechos del otro y se prueba que actuó de mala fe, se produce la nulidad del acto

(f5) Actos de Disposición y Registro de Propiedad

Este es un punto muy importante, en el sentido de que la sociedad de gananciales tiene características muy especiales y hay algunos actos que deben ser inscritos con ciertas particularidades.

España, por ejemplo, tiene una amplia regulación sobre esta materia, recoge la inscripción de bienes inmuebles afectos al régimen de sociedad de gananciales. Se establece las soluciones para los casos de secuestro y embargo, etc

En nuestro medio no existe esta regulación tan pormenorizada como en España y Puerto Rico. Esto se debe quizás a que en estos países el régimen supletorio es el de sociedad de gananciales. Por tanto, es el que más se da en la práctica

En Panamá, hay normas que garantizan la publicidad del régimen de sociedad de gananciales. Pero para que una pareja se someta a este régimen debe pactarse a través de capitulaciones matrimoniales y éstos deben ser inscritos, como medida de publicidad con respecto a terceros.

El registrador deberá también conocer en los casos que se presenten de sociedad de gananciales las normas del Código de Familia que garanticen en la práctica la real distribución y administración de los bienes afectos al régimen

(g) Causas de Disolución de la Sociedad de Gananciales

Ya a este tema hemos hecho referencia anteriormente. Y manifestamos que por razón del tema de nuestra investigación nos interesa la disolución por causa de muerte

(h) La Liquidación

Una vez que la persona se muere o existe una resolución judicial que se declara una presunción de muerte los bienes del cónyuge muerto quedan en un abstracto o en una

indivisión. Lo lógico es que se solicite la división de esos bienes para proceder a la adjudicación.

Una vez que se pide la división inicia la liquidación

"Llegar a determinar si al final ha habido o no gananciales es una tarea compleja que requiere previamente reintegrar a cada cónyuge los bienes que sean privativos suyos, abonar las deudas de la sociedad frente a terceros y frente a los propios cónyuges, y una vez efectuada esa labor, atribuir el remanente o superávit por mitad a cada cónyuge" (SERRANO, A., 1996, pág. 115)

Esta tarea difícil de determinar si ha habido o no gananciales implica un conjunto de operaciones o actos que por mandato del artículo 197 del Código de Familia se debe aplicar supletoriamente las normas del Código Civil en lo que se refiere a formación de inventario, reglas de transacción y venta de bienes, etc

Ahora, la pregunta que surge es ¿Quién realiza esta liquidación? En realidad la debe conocer el Juez de Familia que admite la demanda de divorcio. En caso de muerte debe hacerlo el Juez en el proceso de sucesión.

Pero, ¿pueden las partes de común acuerdo realizar esta liquidación? A mi juicio sí. Si las partes pueden ponerse de acuerdo y dividir sin ningún problema se puede admitir. Pero, cuando hay muerte uno de los cónyuges difícilmente se puede dar este tipo de liquidación. Sin embargo, puede ser que se llegue a transacción con los herederos y se hagan los trasposos de acuerdo a lo que corresponde.

La liquidación también puede hacerse a través de los tribunales arbitrales

Pero, en todos estos casos es necesario aplicar las normas del Código de Familia.

(i) Operaciones de Liquidación

Como manifestamos anteriormente para que la liquidación se de es necesario realizar las operaciones correspondientes, que enumeramos a continuación

1. Inventario del activo y pasivo

Un inventario no es más que la enumeración pormenorizada y descriptiva de los bienes que existen, ya sean estos activos o pasivos

De acuerdo al artículo 184 del Código de Familia el activo comprende.

1 Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.

Aquí hay una gran cantidad de normas que hay que recordar Y son las siguientes:

- a. Se presumen gananciales aquellos bienes que no se sabe si son privativos
 - b. La atribución de ganancial o privativo por parte de los cónyuges de cualquier bien que claramente establecido en nuestra legislación Este punto ha sido objeto de grandes críticas no sólo por el fraude de acreedores sino también porque entre los mismos cónyuges este principio puede crear conflictos de uno en contra del otro (Para esclarecer más este punto recomendamos la lectura del artículo " Consideraciones en torno al llamado "Negocio Jurídico de Aportación" a la sociedad de Gananciales", publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 640, mayo-junio, 1997).
- 2 El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento, si no hubieran sido recuperados**

Esto es porque aunque hayan sido vendidos y traspasados éstos se cuentan en la liquidación imaginariamente

- 3 El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueron de cargo sólo de un cónyuge, y en general, los que constituyen créditos de la sociedad contra éste.

El pasivo está integrado así:

1. Las deudas pendientes a cargo de la sociedad,
2. El importe actualizado del valor de los bienes cuando su retribución debe hacerse en metálico, por haber sido gastado en interés de la sociedad. Igual regla se aplica al deterioro producido en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad, y
- 3 El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno sólo de los cónyuges, fueron de cargo de la sociedad y, en general, los que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad

De manera entonces que finalizado este inventario de activos y pasivos todos los bienes deben quedar adecuadamente individualizados en la categoría de ganancial o común y de activo o pasivo.

Terminado este inventario se procede a pagar. En primer lugar se pagan las deudas de la sociedad, comenzando por los alimenticios

El artículo 187 del Código de Familia hace referencia que para las demás deudas se atiende a lo dispuesto para la prelación y concurrencia de créditos

El problema de la prelación y concurrencia de créditos es que en Panamá hay una gran cantidad de leyes que establecen prelación de créditos. Y ante la situación de dos

créditos que tenga prelación por disposición de la ley cómo se hace Nosotros consideramos que se deben cancelar las deudas más antiguas (solución española) y luego establecer la prelación de créditos

Una vez que se hayan hecho los pagos a los acreedores de la sociedad inclusive a través de la adjudicación de bienes gananciales (art. 182 del Código de Familia) se hayan abonado las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado (art 190 del Código de Familia) el remanente es el haber de la sociedad, que se debe dividir por mitad entre marido y mujer o sus herederos (art 191)

Por esto, es que al inicio de nuestra investigación planteamos la hipótesis que en caso de muerte de uno de los cónyuges es necesario liquidar el régimen primero y luego irse a la liquidación Y no sólo es que la liquidación así concebida se debe realizar primero sino que para cada régimen que se pacte o que sea supletoria la liquidación se debe hacer de diferente forma y arroja resultados diferentes.

En el caso del régimen de participación en las ganancias vimos que en la liquidación le corresponde al cónyuge vivo las dos terceras partes del patrimonio final En el de sociedad de gananciales remanente que resulte después de haber pagado y cumplido con lo establecido en los artículos 188 y siguientes del Código de Familia.

(j) División del Remanente

Para ésto el Código de Familia ha establecido varias reglas que sintetizamos a continuación:

1 Si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor

personal del otro podrá solicitar la adjudicación de bienes comunes (ver art. 192)

2. Cada cónyuge tendrá derecho a que se le incluyan con preferencia en su haber:
 - a. Los bienes de uso personal no incluidos en el numeral 7 del artículo 135
 - b. La explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo.
 - c. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, y
 - d. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde estuviere la residencia habitual

En el caso de los numerales 3 y 4 del artículo 135 podrá el cónyuge pedir que se constituya un derecho de uso de habitación a su favor

(j.1) Las que se aplican en caso de Pensiones Alimenticias

Partimos de la base de que las primeras deudas en pagarse son las alimenticias pero, ¿qué pasa con este derecho de alimento mientras dure la liquidación? Pues de la mora común se dará alimentos a los cónyuges, o al sobreviviente pero en el proceso de liquidación deben rebajarse en caso de que excedan lo que le hubiese correspondido en concepto de frutos (ver art 195).

En el artículo 195 del Código de Familia deberá entenderse la palabra alimento en el sentido estricto de la palabra, es decir lo necesario para seguir viviendo mientras dure la liquidación porque los bienes en ese período no se sabe a quién corresponde y sólo se

sabrá después de realizar todas las operaciones o actos de liquidación y que se obtenga el remanente Decimos que el concepto de alimentos debe verse en su sentido estricto porque tampoco los herederos o el cónyuge puede tomar lo que desee porque esto definitivamente perjudicaría a los acreedores

(j.2) Liquidación Simultánea de varias Sociedades

Esta situación se puede presentar en muchas ocasiones. Y es que "puede ocurrir que una persona a lo largo de su vida matrimonial haya estipulado varias veces el régimen de gananciales y también será normal, sobre todo una vez que se admite el divorcio, que una persona contraiga sucesivos matrimonios y que los someta al régimen de la sociedad de gananciales; dada que la liquidación es un efecto de la disolución, pero no es necesario pedir que practique de forma que pueda disolverse la sociedad de gananciales y no interesa la liquidación de la misma (Ibídem, pág 121) (el subrayado es nuestro)

Esta misma situación ocurre en caso de que un cónyuge haya muerto y haya tenido dos matrimonios inmediatamente anteriores, luego entonces es necesario liquidar los dos regímenes y luego proceder a la sucesión

En este aspecto el artículo 196 del Código de Familia establece que siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios En caso de duda, se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades proporcionalmente atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

Muchos autores han coincidido en que esta norma se aplique supletoriamente. Porque lo ideal es que cada cónyuge al adquirir le de la categoría que corresponde ganancial o privativo. Pero en los casos en donde no se da es necesario aplicar lo establecido en el artículo 196 del Código de Familia.

CONCLUSIONES

1. En el concepto de matrimonio debemos concluir que es muy difícil establecer un patrón que ubique a todas las personas que contraen matrimonio ya que se han presentado críticas innumerables a los conceptos que se han ensayado
2. En nuestro medio, con la aprobación del Código de Familia se le da efectos civiles al matrimonio religioso aún cuando el "civil" no se haya realizado. Esto crea una serie de interrogantes y de casos que es necesario establecerlo. El caso de que la Iglesia permita celebrar un matrimonio entre personas que están enfermas (por ejemplo con SIDA) si se le da efectos civiles a este matrimonio
3. Hay requisitos para la celebración del matrimonio que se dan antes, durante y después de la celebración civil y sólo generan efectos si se realizan de esta forma.
4. El principio de autonomía de la voluntad de las partes es el que rige el régimen económico del matrimonio. En defecto de esta la ley establece el régimen que las partes deben acoger
5. Con el Código Civil el régimen supletorio era el de separación de bienes. Con el Código de Familia el régimen es el de separación de bienes
6. Este cambio que se da del Código Civil al Código de Familia en cuanto a régimen supletorio, fue bueno porque no nos podíamos quedar con el de separación de bienes y cambiarlo a sociedad de gananciales era muy drástico el cambio.
7. La mayoría de las legislaciones (España, Puerto Rico, etc) han adoptado como régimen supletorio el de sociedad de gananciales
8. La liquidación en caso de muerte de uno de los cónyuges debe hacerse primero y

luego la sucesión.

9. La liquidación en caso de muerte de uno de los cónyuges se hace de diferente manera de acuerdo al régimen que esté vigente
10. En el régimen de participación en las ganancias, el patrimonio inicial en nuestro medio se entiende constituido por todos los bienes y derechos que le pertenezcan a los cónyuges al empezar el régimen económico matrimonial y por los bienes adquiridos a título gratuito, herencias, legado o donación
11. En otras legislaciones se entienden excluidos del patrimonio inicial las cotizaciones voluntarias que fueron creadas en Panamá mediante la Ley 8 de 1998.
12. Cuando la extinción del régimen se da por causa de muerte y el régimen aplicable es el de participación en las ganancias al cónyuge sobreviviente le corresponde la cuarta parte del patrimonio final en concepto de ganancias si resulta aplicable es la sociedad de gananciales es la mitad del remanente que queda después de haber pagado todas las deudas de la sociedad.
13. Una de las ventajas más importantes del régimen de participación en las ganancias es que los cónyuges mantienen la administración de sus bienes. Cuando se extingue es que se viene a dar la participación.
14. En principio, la sociedad de gananciales debe ser administrada por ambos cónyuges. Sin embargo, existen excepciones reguladas en la Ley que es necesario estudiarlas y ver las implicaciones legales de las mismas para ver los efectos que generan desde el punto de vista de responsabilidad civil

RECOMENDACIONES

1. Dictar charlas y conferencias a los Jueces, abogados litigantes y a la comunidad en general que permita conocer las normas de liquidación
2. Realizar adecuadamente todas y cada una de las operaciones de liquidación del régimen económico. Sólo así podremos ser justos y equitativos en la distribución de los bienes. Liquidar primero en los casos que se da la extinción del régimen por muerte de uno de los cónyuges
3. Liquidar primero en los casos que se da la extinción del régimen por muerte de uno de los cónyuges
4. En cuanto a la evaluación de los bienes es necesario realizar operaciones matemáticas que permitan realizar una verdadera y real distribución de los bienes

BIBLIOGRAFIA

- AGUEDA, L BONANNO, M MASSA, M 1989. Contratación entre Cónyuges En Revista del Notariado No. 819. Octubre - Diciembre, Buenos Aires, Argentina, pp 1269-1272
- 1 ALLENDE, J 1985, Compraventa entre esposos En Revista del Notariado Octubre, Noviembre, Diciembre de 1985 No 803, Argentina, pp 911-924
 2. ALLENDE J 1982 Matrimonio, Sociedad Conyugal y Divorcio En Revista del Notariado. Noviembre, Diciembre, No. 786 pp. 1611-1634
 3. ALONSO PEREZ, M. 1988 Acerca del Matrimonio Civil. En Revista de Derecho Privado, febrero Caracas, pp. 12-35
 - 4 ALTERINE A., LOPEZ, Roberto 1991. Cuestiones de Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia” En: La Ley. Año LV. No 33 15 de febrero. Buenos Aires, Argentina, pp 1- 4
 5. ALVAREZ, A 1980. La Naturaleza del Matrimonio y de la familia. En Revista Chilena de Derecho Vol. 7, No 1-6 pp 306-309
 - 6 ARECHAGA, P. ARIANNA, C. 1990. El dono como causal de separación de bienes En La Ley Buenos Aires, Argentina, pág 32-34
 - 7 ARECHEDEBERRA, L 1994 El Matrimonio Informal En. Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 No 2, pp. 227
 8. ASTUENA, N 1983 El acto de disposición celebrado sin asentimiento del cónyuge. En Revista del Notariado No 790 Pp 987 -999
 - 9 AVILA ALVAREZ, P. 1981. El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Noviembre Diciembre. Madrid, España Pp 1373-1405
 10. BALZAC, H 1982 Contrato del Notariado. No 758 pp 1379-1392
 - 11 BENDERSKI, M 1986 Revisión del Régimen Patrimonial del Matrimonio En Revista La Ley No. 75 Buenos Aires, Argentina Sep. Pp. 1 - 5
 - 12 BENDERSKI, M 1987 Nuevo régimen consensual de separación personal y divorcio vincular por presentación conjunta de los cónyuges, en el derecho argentino” . Revista La Ley, No. 202, Argentina, pp 1-6
 13. BENDERSKI, M. 1987. Alimentos entre Cónyuges”. En Revista La Ley No 242, Argentina, pp 1-4.
 14. BENDERSKI, M. 1987 Nuevo Régimen consensual de separación personal y divorcio vincular por presentación conjunta de los cónyuges, en el derecho argentino. En Revista la Ley. Argentina pp 1-5.
 15. BIDARI, G 1986. Es inconstitucional la indisolubilidad del matrimonio? En: Revista La Ley, Argentina, No. 113 Pp. 1-2.
 - 16 BORDA, G. 1978 Muerte Presunta y Matrimoonio En Revista La Ley Buenos Aires Pp 1
 - 17 BOSSERT, G. 1993. La Mujer y el Derecho de familia En Revista La Ley No 111, Argentina, pp. 1-2.
 18. BOSSERT, G. 1979 Un fallo y la ética en las relaciones patrimoniales de los cónyuges En Revista La Ley, No 96, Buenos Aires, p 1

19. CALUENTO, U. 1980 Modernas tendencias del derecho Familia En: Boletín del Instituto Interamericano del Niño Uruguay, pp 155-163
20. CAPPARELLI, J 1988 “El derecho de habitación del cónyuge inocente y del enfermo en caso de separación personal o divorcio En Revista La Ley No 248 21 de diciembre de 1988 Argentina, pp 1-2
21. CAPPARELLI, J. 1990. “Las Convenciones Matrimoniales en el artículo 163 del Código Civil En: Revista La Ley Argentina, pp 1-4.
22. CIFUENTES, S. 1990. “El divorcio y la responsabilidad por daño moral” En revista La Ley. Argentina pp. 1-3
23. DE PASSALACQUA, J SERRACANTE, A 1993 Derecho de las personas y de la familia. En: Revista Jurídica Vol. 162 Pp 749-745
24. DESIMONE G , CAINMI, A 1995 Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta En. revista La Ley No 4, Argentina pp 1.
25. DIEZ, P Y POONCE DE LEON, L “Las nuevas tendencias del Derecho de Familia En. Revista de Derecho Puertorriqueño Pontificia Universidad. Pp. 1-12.
26. ESCRIBANO, C. 1989 En. Revista La Ley. Argentina, pág 1-4
27. ESCRIBANO, C 1990. En Revista La Ley. Argentina, pp. 1-4
28. FERRARI, C. F. 1994. “Límites a la extensión del dominio de los bienes de los cónyuges que, de acuerdo al artículo 1246 debe hacerse constar en las escrituras adquisitivas. En: Revista del Notariado, Argentina No. 837. Abril-Junio
29. IÑIGUEZ, M. 1984 Convenios de liquidación de la sociedad conyugal Separación de hecho En: Revista La Ley No 254 Argentina Pp. 1-2
30. KIEL, J. 1996 Medidas cautelares en el Proceso de Familia Revista La Ley Pp. 1-3.
31. LEVY, L 1990. La Situación de Divorcio como generación de responsabilidad civil entre los cónyuges En: Revista la Ley No 113 Argentina, pp 4-6
32. MADRID, Raúl. Es el concepto jurídico de familia un principio general del Derecho? En: revista Chilena de derecho, Vol 21, p 245.
33. MAKIANIH de BASSET, L Causal de Separación Personal y de Divorcio moralmente neutros”. En. Revista La Ley Argentina, pp 1-7.
34. MAKIANIH, L. Vocación Alimentaria post – separación personal o divorcio y reparación de los perjuicios. En: Revista La Ley No 65, Argentina, pp 1-5
35. PINEDA, E. La Separación de hecho como causal de divorcio En. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana, No. 95 Colombia, p 141-146.
36. TRONCOSO, H. Régimen de Participación en los Gananciales. En. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. No 195 Chile, pág. 7