

REVISTA

del

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Bogotá, Mayo de 1935

MILCIADES CORTÉS A.

REGIMEN CONYUGAL DE BIENES

Conferencia dictada el 2 de mayo de 1935 ante la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en el salón de actos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Señores académicos, señores :

Cumplo con el satisfactorio deber de presentar a los ilustres miembros de esta augusta asamblea de ciencias jurídicas el homenaje emocionado de mi reconocimiento, por el alto honor que se me ha conferido, al designármese para iniciar el presente ciclo de conferencias, y hago trascender estos sentimientos a la docta concurrencia que me enaltece escuchándome.

Para dar principio a esta conversación, voy a recordar los distintos regímenes conyugales de bienes, para detenerme luégo en los existentes en Colombia, y poder así analizar la obra de la Ley 28 de 1932.

Los regímenes principales podemos clasificarlos en cinco grupos:

1.º Régimen de la sociedad conyugal o de la asociación;

- 2.º Régimen de la separación total de bienes;
- 3.º Régimen de la unión de bienes;
- 4.º Régimen dotal o de bienes parafernales o extradotales, y
- 5.º Régimen de libertad.

RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Algunos le dan impropriamente a este régimen el nombre de comunidad, que en nuestro derecho no es otra cosa que el condominio en proindiviso, que es distinto de la sociedad. En ésta como en la asociación o cuentas en participación los bienes sociales andan confundidos con los del socio gestor. Por eso el señor Bello dice en una de sus notas: «en la sociedad conyugal hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad, trinidad indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los cónyuges entre sí; respecto de terceros no hay más que marido y mujer, la sociedad y el marido se identifican». Pero en verdad, la mujer juega un papel tan secundario, que me atrevo a afirmar que ante terceros sólo aparece el marido y pocas veces la mujer en forma subsidiaria; el marido no sólo se presenta y actúa como dueño de los bienes sociales, aprovechando directamente el usufructo hasta de los bienes propios de la mujer, sino que desde el día del matrimonio se hace responsable de todas las deudas de ella y de las que la mujer contraiga durante el matrimonio (arts. 1796, 1806 y 1807). La mujer sólo responde por las deudas llamadas personales, a falta de bienes sociales o propios del marido.

Para aplicar este pensamiento el régimen modificado de la Ley 28 de 1932, podría agregarse: En el régimen actual de la sociedad conyugal no hay igualmente respecto de terceros más que marido y mujer; la sociedad se identifica con el marido o con la mujer,

según que en cabeza de uno u otro o de ambos estén radicados los bienes sociales o los bienes propios de cada uno de aquéllos, cuyo usufructo le corresponde a la sociedad.

No hay masa partible de bienes, como lo pretenden algunos, sino una masa social, que entra en el período de la comunidad el día de la disolución, y es entonces cuando es divisible entre los cónyuges.

Si el marido y la mujer son copropietarios en proindiviso de un bien el día de la celebración del matrimonio, pueden pedir división en cualquier tiempo, pero si el marido y la mujer adquieren conjuntamente, a título oneroso, un inmueble durante la sociedad, no es divisible por ser un bien social.

REGIMEN DE LA SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES

Hay dos patrimonios absolutamente independientes: el del marido y el de la mujer. Como si no existiera matrimonio, uno y otra adquieren para sí, como dos personas particulares cualesquiera, usufructúan los bienes con independencia uno de otro, y administran y disponen de igual manera. El marido se obliga independientemente de la mujer, y la mujer se obliga independientemente del marido, sin que los bienes de la mujer queden afectados con los contratos de su marido, y sin que los bienes del marido queden afectados con los contratos de la mujer, salvo que aquel se hubiera obligado como fiador o como codeudor, o que uno de los cónyuges se beneficie del contrato celebrado por el otro, como en el pago de una deuda personal del uno hecho por el otro, comprendiendo en este beneficio el de la familia común.

REGIMEN DOTAL O DE BIENES PARAFERNALES O EXTRADOTALES

Este sistema tuvo su origen en Roma, y en él se distinguen dos clases de bienes: los dotales y los para-

fernales. Si la dote se constituye por los ascendientes se llama dote profecticia; si se constituye por la mujer misma o por terceros, toma el nombre de adventicia, y si se impone al marido la obligación de restituir la dote, se denomina recepticia, si la mujer cae *in manus*, el marido era *dominus dotis*. Los parafernalia son bienes análogos a los comprendidos en la separación parcial del derecho civil colombiano, pues la mujer los administra y usufructúa para sí, Los bienes dotales respondían por todas las cargas del matrimonio, y eran administrados y usufructuados directamente por el marido. En el régimen de la sociedad conyugal, todos los bienes que pertenecen a cada uno de los cónyuges el día del matrimonio o que aporten a él, y todos los que adquiera cualquiera de ellos a cualquier título son *rei uxorie*.

El régimen dotal fue combinado en España con la sociedad conyugal, obligando a la mujer a contribuir con los bienes dotales a la formación de un peculio familiar. El sistema dotal ha venido cayendo en desuso, por la inalienabilidad de los bienes dotales.

REGIMEN DE LIBERTAD

Este sistema consiste en que los esposos, en las capitulaciones matrimoniales pueden escoger con toda libertad la manera de administración, usufructo y disposición de los bienes, durante la sociedad, conforme a los regímenes existentes o a otros regímenes combinados. Entre nosotros existe un régimen de semi-libertad a este respecto. Ocurre algo análogo al testamento. Si no hay asignatarios forzosos, el testador tiene la libre disposición de sus bienes. Si hay tales asignatarios, tiene una libertad restringida.

REGIMENES EXISTENTES EN COLOMBIA

En primer lugar rige entre nosotros el sistema de la sociedad conyugal, con las modificaciones que introdu-

jo la Ley 28 de 1932, pero el sistema primitivo de la sociedad conyugal es aplicable sin modificación alguna para la mujer casada menor, ya que el artículo 5.º de tal Ley comprende sólo a la mujer casada mayor. Hay también el sistema de semilibertad, un sistema combinado de la separación parcial con la sociedad conyugal, y por último existe el régimen de la separación total que es legal en los siguientes casos:

1.º Para los matrimonios contraídos en país extranjero donde no haya habido sociedad de bienes entre los cónyuges y que luégo pasen éstos a domiciliarse en Colombia (art. 180-2º);

2.º Por decreto judicial en los eventos que se enumeran en seguida:

a) Insolvencia o administración fraudulenta del marido. Pero si los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, podrá oponerse a la separación prestando cauciones que aseguren suficientemente los intereses de la mujer (art. 200 del C. C.).

De acuerdo con el art. 800 del C. J. la separación puede decretarse de plano en cualquier tiempo si se presenta copia del auto por el cual se le haya admitido al marido cesión de bienes, o se le haya declarado en estado de quiebra, o se haya abierto concurso de acreedores.

b) Por disipación o juego habitual del marido (arts. 534 y 539), y por las causales imputables al marido y que generan divorcio, según lo preceptuado en el art. 2.º de la Ley 8.ª de 1922; o sea, por amancebamiento del marido, la embriaguez habitual, el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de marido y padre y los ultrajes, el trato cruel y los maltratos de obra, si con ellos pelagra la vida de la mujer o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos;

3.º Por sentencia de divorcio (arts. 162 a 165), y

4.º *La separación de bienes por la sola voluntad de la mujer, pero decretada por el juez, a solicitud de ésta.* En ciertos casos la mujer es llamada a someterse a la dirección de un curador, o sea, cuando se decreta la interdicción del marido disipador (art. 539), y en otros casos la mujer es llamada a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal por interdicción del marido demente (arts. 551 y 565) o sordomudo (art. 23 de la ley 57 de 1887) o en el evento de larga ausencia del marido sin comunicación con los suyos, y sin que hubiera dejado procurador (arts. 561 a 563), conforme lo preceptúa el art. 1814, y si la mujer que cumplió 21 años rehusa continuar sometida a la dirección de un curador o cuando habiéndolos cumplido antes del decreto de interdicción no quiere someterse a la dirección de éste o cuando se niega a tomar la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, en los demás casos, puede pedir la separación de bienes, de conformidad con el art. 18100.

Es ésta una separación judicial y no voluntaria, como lo sostienen algunos autores, pues ella no se predice por la simple y exclusiva voluntad de la mujer, sino que tal voluntad es el único fundamento que se puede invocar ante el juez para hacer la petición legal.

El doctor J. J. Gómez contempla una situación análoga del marido a quien se le defiere la guarda de la mujer disipadora, demente o sordomuda, y que por causas de incapacidad o de excusa no se le defiere la curaduría y éntra un tercero a sustituirlo. Es la misma situación contemplada con respecto a la mujer. No dudamos que en tales casos — dice el doctor Gómez — el marido puede pedir la separación con fundamento en el art. 1818.

Yo hago extensiva esta teoría a todos los casos que se dejan analizados y en los cuales la mujer puede pedir la separación por causales imputables al marido, pues teniendo hoy la mujer una administración y disposición

separada de la sociedad conyugal, como se verá a su tiempo, es lo natural que al marido se le reconozca este derecho, por presentarse la misma situación jurídica del marido ante la mujer para la defensa de los intereses de éste.

SISTEMA COMBINADO DE LA SEPARACIÓN PARCIAL CON LA SOCIEDAD CONUGAL

En este sistema se conjugan el régimen de la sociedad conyugal con el de la separación, que aunque es parcial se rige por las disposiciones relativas a la separación total, en cuanto a los bienes separados, y por los preceptos legales a la sociedad conyugal, en cuanto a los demás bienes, conforme lo dispone el ordinal 2.º del art. 1820 por las siguientes palabras: «si la separación es parcial, continuará la sociedad sobre los bienes no comprendidos en ella».

Hay separación parcial en los siguientes casos:

1.º Cuando se hace una donación o se deja una herencia o legado a la mujer, a condición de que no administre el marido (art. 211);

2.º Cuando se haya estipulado en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administra una parte de sus bienes con independencia del marido o que ella dispondrá de una determinada suma de dinero o de una pensión periódica, conforme al art. 1776 del C. C.

3.º Cuando el tutor o curador que haya administrado o administre los bienes de la mujer menor de diez y ocho años, se case con ésta, sin que las cuentas de su administración hayan sido debidamente aprobadas, pues entonces quedará privado de la administración de los bienes de su mujer, según lo preceptúa el art. 14 de la Ley 57 de 1887;

4.º En el caso de los depósitos hechos en cajas de ahorros que funcionen legalmente, siempre que per-

tenezcan a mujeres casadas cuya renta anual bruta no exceda de \$ 1.200 y que se hayan constituido por cuotas periódicas en un lapso no menor de seis meses antes de la fecha del mandamiento ejecutivo, si fuere el caso (art. 12 de la Ley 124 de 1928).

Voy a estudiar ahora el proyecto del gobierno del doctor Olaya Herrera, elaborado por el doctor Luis Felipe Latorre, no porque ese proyecto y la Ley 28 sean una misma cosa, con modificaciones accidentales, como su autor lo asegura, y no porque él sirva de norma para interpretar la ley, como se les ha ocurrido a la mayor parte de los hombres del foro de este país, sino antes bien para precisar sus diferencias y para despejar los errores que se han venido sosteniendo en torno de la ley, entre los cuales se puede contar como el más grave el de creer que ella consagra un nuevo régimen en que coexisten tanto el sistema de la separación total como el de la comunidad de adquisiciones, que es el sistema propio de la legislación húngara en que se inspiró el autor del proyecto, o un nuevo sistema en que coexisten tanto el sistema de la separación total como el de la sociedad conyugal, como más propiamente lo afirman otros.

De la exposición que hace Georgett Ciselet, tomamos lo siguiente que sintetiza el régimen conyugal de bienes en Hungría y otros países europeos:

«El régimen matrimonial legal en Hungría, consiste en una separación de bienes combinada con una comunidad de adquisiciones.

1.º *Separación de bienes:* De hecho, durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges dispone libremente de su fortuna propia y de todo lo que pueda adquirir por su industria. Prácticamente, en tanto que la unión conyugal perdura, la situación de hecho equivale a una separación de bienes pura y simple,

2.º *Comunidad de adquisiciones:* Durante el matrimonio esta comunidad no tiene sino una existencia teórica. Pero a la disolución del matrimonio se hace una masa de todas las economías realizadas sobre las rentas y los salarios de los cónyuges. Esta masa representativa de la comunidad de adquisiciones, se reparte en dos porciones iguales.

Como el régimen conyugal húngaro consiste en un sistema combinado de la separación total de bienes con una comunidad de adquisiciones, y como el proyecto Latorre trajo en verdad un nuevo sistema distinto de aquél y diferente de los que han regido y rigen en Colombia, consiste en un régimen combinado de la separación total de bienes con la sociedad conyugal, es menester establecer la diferencia que hay entre sociedad conyugal y comunidad de adquisiciones, para poder apreciar las disimilitudes que por este solo aspecto existen entre el sistema húngaro y el régimen del proyecto de que se trata, el cual consistió en tomar del sistema húngaro la separación total, como puede verse del artículo 2.º del proyecto como coexistente no con la comunidad de adquisiciones, sino con la sociedad conyugal, consagrada en los arts. 1.º y 4.º del mismo proyecto.

De allí que el doctor Latorre dijera en alguno de los escritos que publicó en sustentación del proyecto:

El sistema de la separación práctica combinada con la sociedad teórica no es la fórmula empírica, incongruente e inconsulta, inventada por el abogado Latorre, sino que las novísimas legislaciones de Suecia, Islandia, Noruega, Dinamarca y Finlandia tienen adoptado un sistema semejante.

La sociedad conyugal—Es ésta la única sociedad de adquisiciones a título universal que comprende bienes presentes y futuros, pues a la sociedad conyugal le corresponden no solamente los bienes muebles que les pertenecen a los cónyuges el día de la celebración del

matrimonio, sino todos los bienes muebles e inmuebles que adquieran durante él a título oneroso, todos los bienes muebles que adquieran durante él a título gratuito y el usufructo de los bienes raíces aportados al matrimonio o adquiridos durante él a título gratuito por cualquiera de los cónyuges. Es, pues, la sociedad en su sentido más amplio que no sólo comprende adquisiciones a título universal desde el día del matrimonio, sino adquisiciones de bienes futuros, y que abarca todas las obligaciones, ya del marido, ya de la mujer, ya de la sociedad, tanto entre sí como ante terceros, aunque es conveniente advertir que éstos no ven más que marido en el régimen primitivo en que la sociedad y éste se confundían e identificaban, y mujer excepcionalmente para obligaciones personales de ésta y en casos de administración extraordinaria de la sociedad conyugal, y marido y mujer en el régimen modificado de la Ley 28 en que como lo voy a demostrar los bienes sociales andan confundidos ya con los bienes propios de la mujer, ya con los bienes propios del marido.

La sociedad de adquisiciones—No la llamo comunidad, para distinguirla del condominio, como lo hice con la sociedad conyugal. La sociedad de adquisiciones, como su nombre lo indica, está restringida a las meras adquisiciones que hagan los cónyuges durante el matrimonio, a título oneroso, a las utilidades obtenidas durante él, por cualquiera de los cónyuges, por medio de su industria y su trabajo personal, a los provechos acumulados por su espíritu de ahorro, y en general a las ganancias que resulten el día de la disolución de esta pequeña sociedad.

En el sistema húngaro se combina, pues, el régimen de la separación total con el de la sociedad o comunidad de adquisiciones.

En el proyecto Latorre se combina el régimen de la separación total con el de la sociedad conyugal.

EL REGIMEN COMBINADO DE LA SEPARACION TOTAL
CON LA SOCIEDAD CONYUGAL FUE DESCARTADO EN
LA LEY 28 DE 1932

La Ley 28 de 1932 sólo trae algunas reformas al régimen de la sociedad conyugal, que dejó en plena vigencia.

Al hacer esta aseveración y al fundamentarla, como entraré a hacerlo en seguida, no trato en manera alguna de amenguar el adelanto que implica la trascendental reforma, el profundo mejoramiento que hizo de la condición civil de la mujer casada mayor de edad, pues yo sé que a mayor emancipación de la mujer, corresponde un más elevado nivel de la libertad humana, y que la cultura jurídica de un país se revela ante todo por la situación de independencia económica, de igualdad jurídica y de posiciones políticas con que la estructura legislativa del Estado vaya favoreciendo a la mujer casada.

Por eso me anticipo a declarar que la Ley 28 fue la que estableció en Colombia la verdadera sociedad conyugal.

Muy fácil es demostrar cómo la separación total que traía el proyecto Latorre fue totalmente eliminado de la Ley 28, pero un raro fenómeno de ilusión jurídica colectiva, vino a arrebatar a la generalidad de los abogados y jueces de este país y aun al mismo Senado de la República donde en vez de discutir, como habría sido lo lógico, la ley o principio de ley aprobado por la Cámara de Representantes, y que fue aprobado sin modificación por el Senado, se tomó en cuenta como base de discusión el proyecto Latorre que ya venía deformado, toda vez que le arrebataron la ingeniosa combinación ideada por su autor.

Sustento así la teoría de que la separación total no aparece por parte alguna en la Ley 28, y someto estos

argumentos a la ilustrada consideración de los magistrados y jueces que me hacen el favor de oírme:

1.º El régimen de la separación total de bienes consagrado expresamente en el proyecto, como coexistente con el régimen de la sociedad conyugal, no quedó establecido expresamente en la ley 28, como puede comprobarse con la sola lectura del proyecto y de la ley, pues la supresión de la siguiente frase que traía el artículo 2.º del proyecto: «Durante el matrimonio, los cónyuges se considerarán ante terceros como si vivieran bajo el régimen de la absoluta separación de bienes», implica la abolición de todo un régimen, de todo un sistema, de todo un conjunto de preceptos legales, o sea de los artículos 197 a 212 del C. C. que reglamentan el estatuto de la simple separación de bienes.

2.º El régimen de la separación total de bienes tampoco está consagrado tácitamente en la Ley 28 por las siguientes razones:

A) En el régimen de la separación total, la mujer adquiere exclusivamente para sí, sin que el marido tenga parte alguna en los gananciales de ella; el marido adquiere exclusivamente para sí sin que la mujer tenga participación alguna en los gananciales de aquél (artículo 203), pero la ley 28 al no haber consagrado en parte alguna este principio dejó en plena vigencia el régimen primitivo de adquisiciones de la sociedad conyugal en que adquiere a veces la sociedad, a veces la mujer y a veces el marido.

B) No estableció el legislador del año 32 en la Ley 28 que el usufructo y la propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, o que pertenecían a cualquiera de los cónyuges el día de su celebración, le corresponden al cónyuge adquirente, como ocurre en el régimen de la separación total (artículo 1809). Luego quedó vigente el sistema primitivo en que el usufructo de los bienes raíces que pertenece a cada uno de

los cónyuges el día del matrimonio o que durante él adquiriera a título gratuito, y la propiedad de los bienes muebles que a cualquiera de los cónyuges les perteneciera el día del matrimonio o que adquirieran durante él a cualquier título, le corresponden a la sociedad conyugal, salvo ciertas restituciones que debe la sociedad al cónyuge por los bienes muebles cuya propiedad adquiere ésta de aquél.

En síntesis el régimen de las adquisiciones y el sistema del usufructo legal de la sociedad conyugal del C. C. no sufrió la más ligera modificación por la ley 28 que guardó un profundo silencio respecto de tal estatuto.

C) Como el régimen de la sociedad conyugal estaba establecido en la ley civil el día en que entró en vigencia la Ley 28 la expresión del artículo 1.º de que al disolverse el matrimonio «se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio» no transforma la sociedad conyugal en una institución teórica, como no la transformaría una ley que dijera que declarado nulo el matrimonio, se considerará que los cónyuges han tenido la sociedad desde el día en que lo celebraron, pues ya el ordinal 4.º del artículo 1820, la ha considerado existente, a pesar de la declaratoria de nulidad y por eso provee a su disolución.

D) La responsabilidad separada de cada uno de los cónyuges por las deudas que personalmente contraiga, establecida por el art. 2.º, es consecuencia lógica de la separación de administración y de la libre disposición de bienes establecida por el art. 1.º en favor de cada uno de los cónyuges, pero no implica por sí misma un régimen de separación total de bienes, sino simples modificaciones al estatuto de las obligaciones contraídas por los cónyuges durante la sociedad conyugal, pues no aparece consagrado en la nueva ley el princi-

plo de que el marido no es responsable con los bienes que separadamente administra de las deudas contraídas por la mujer y que la mujer a su vez no es responsable con los bienes que administra de las deudas contraídas por el marido, como lo hace el art. 206, dejando por lo tanto subsistente la facultad que dentro del régimen de la sociedad conyugal tienen los acreedores para embargar bienes sociales.

Si el legislador hubiera querido establecer siquiera separación de obligaciones ha debido decir: Se suprimen las cargas sociales: Cada cónyuge se obliga independientemente, sin que la mujer pueda obligar al marido ni el marido a la mujer (art. 206), o sin que los bienes de la mujer respondan por las obligaciones del marido, ni los bienes del marido respondan por las obligaciones contraídas por la mujer.

TRASCENDENCIA DE LA REFORMA

Pero si es verdad que el régimen combinado ideado por el doctor Latorre no quedó trasfundido en la Ley 28, no es menos cierto que él originó la expedición de esa Ley que fue la que vino a crear la verdadera sociedad conyugal en Colombia.

Hasta el 31 de diciembre de 1932 existía en la Ley civil con el nombre de sociedad conyugal un monstruoso engendro jurídico que le daba al marido la propiedad de todos los bienes muebles de la mujer, y que le entregaba también los bienes raíces de ella, para que los administrara y usufructuara a su antojo. El marido no tenía que prestar caución, no tenía que rendir cuentas, no tenía que hacer consulta alguna a su mujer respecto del manejo de los bienes de ella, y era algo más que un administrador arbitrario e irresponsable. La ley despojaba y desposeía a la mujer de todos sus bienes y se los entregaba al marido, quien podía disponer a su arbitrio de los bienes muebles.

Por eso al discutirse la ley, el doctor Eleuterio Serna, que fue uno de los senadores que más profundamente auscultaron el alma de la ley civil en lo relativo al proyecto discutido, que fue uno de los que removieron la entraña viva del derecho, exclamaba: Qué sociedad es ésta en que el marido es todo y la mujer no es nada?

El estatuto denominado social conyugal no era otra cosa que una trampa puesta por el legislador en beneficio exclusivo de los conquistadores de dotes, de los galanteadores de fortunas de herederas o presuntas herederas ricas.

Y tocó al legislador del año 32 crear la verdadera sociedad conyugal en Colombia, con una administración dual en que el marido y la mujer tienen iguales derechos.

Y como en torno de la ley se hacen críticas interesadas y falaces, yo me permito aprovechar esta alta tribuna de derecho, para decirles a las señoras casadas radio-oyentes: Si la Ley 28 supo reconocer vuestros excelsos atributos, aprovechad los efectos de esa ley y no prestéis inconscientemente vuestras firmas a los maridos fallidos, dilapidadores, holgazanes, o que obligan su fortuna en especulaciones aventuradas. La Ley 28 os ha puesto como guardianes de vuestro patrimonio que es el patrimonio de vuestros hijos y por eso debéis conservarlo, con vuestro espíritu de economía y de ahorro, que es previsión y es templanza, que es sacrificio de inútiles goces momentáneos por el bienestar futuro.

Ya presiento el escándalo artero e hipócrita de muchos maridos que me escuchan: este señor viene a turbar el sosiego de nuestros hogares, a interrumpir la armonía conyugal, dirán maldiciéndome: Ese sosiego y esa armonía la estáis socavando vosotros, maridos enloquecidos e indolentes. Yo sólo trato de deteneros en

la vía de la miseria hacia donde vais precipitando a vuestra mujer y a vuestros hijos. Una carta de una familia salvada de la ruina justificaría con creces este primer paso que da la honorable academia colombiana de jurisprudencia en su noble labor social de divulgación científica.

Yo quiero también decirles a los novios codiciosos de fortunas conyugales: Las mujeres de Colombia sabrán negar desde ahora su firma a los maridos, en los mismos casos en que éstos les negarían la suya.

Hoy la mujer tiene una capacidad jurídica igual a la del hombre, y ella sabrá aprovecharla en beneficio de sus hijos, en bien de su marido y en el suyo propio.

No hay tales peligros para la mujer, señores enemigos de la nueva ley. Desconocer la dignidad, la inteligencia, la capacidad de trabajo, el carácter y el espíritu de ahorro de que está investida la mujer, es cerrar los ojos a la realidad social que con caracteres fulgurantes ha venido escribiendo ella en la historia del mundo.

ALGUNAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA LEY 28 DE 1932

El estatuto de las adquisiciones no fue modificado en forma por tal ley, de modo que dentro de su vigencia adquiere el marido, adquiere la mujer y adquiere la sociedad, de acuerdo con las reglas generales de la sociedad conyugal.

En cuanto al usufructo de la sociedad tampoco sufrió la más leve modificación.

En materia de administración y disposición, los arts. 1.º y 5.º crearon dos administraciones separadas para la sociedad conyugal: el marido de un lado y del otro la mujer. Cada cónyuge administra, pues, los bienes que le pertenecían antes del matrimonio y los que adquiera con posterioridad a él.

Las facultades dispositivas concedidas a la mujer casada mayor han llevado a muchos a la conclusión de que ella es perfectamente capaz, pues si la ley la facultaba para la celebración de actos que conduzcan directamente a la disposición de sus bienes, *a fortiori*, tiene ella la facultad de celebrar toda clase de actos o contratos, pues todos ellos llevan necesariamente a la disposición directa o indirecta de los bienes.

Aunque yo acepto la teoría anterior, creo sin embargo que es menester una aclaración legislativa sobre el particular, pues existe otra teoría que tiene bastante fundamento jurídico y es la siguiente:

Si el legislador hubiera querido conferirle la plena capacidad jurídica a la mujer casada mayor lo habría dicho expresamente, como lo hizo en el artículo 2.º de la Ley 67 de 1930. Pero los artículos 1.º y 5.º de la ley 28 de 1932 limitan esta capacidad a los actos administrativos y dispositivos y a la comparecencia en juicio. Así lo entendió el legislador cuando en el art. 7.º de la misma ley tuvo que agregar que se le cedería también la capacidad civil para liquidar previamente las sociedades conyugales existentes a la vigencia de la ley y para distribuirse gananciales con el marido. Si el art. 182 del C. C. prohíbe a la mujer casada la celebración de todo contrato, la nueva ley la capacita para toda clase de contratos relativos a sus propios bienes, pero no sucede lo propio con contratos que celebre relativos a bienes ajenos como ocurriría con el hecho de que ella tomara una casa en arrendamiento, aun para alojamiento de su marido, de ella y de sus hijos, pues en cuanto al contrato de arriendo en sí, si no lleva la autorización del marido, quedaría viciado de nulidad relativa.

En materia de obligaciones, el art. 1796 del C. C. establece que todas las deudas son cargas sociales, no sólo las contraídas por cualquiera de las cónyuges du-

rante la sociedad, sino aun¹ las deudas personales que cualquiera de los cónyuges hubiera contraído antes del matrimonio.

Deudas personales son aquellas que sólo interesan a uno de los cónyuges particularmente, y que son independientes de la unión de personas y de la fusión de bienes inherentes al matrimonio, como las deudas contraídas antes de la sociedad, y las que van destinadas a gastos de alimentación de hijos no comunes, a una donación cuantiosa en favor de un tercero que no es descendiente común o para un efecto de eminente piedad o beneficencia, o para una mejora en inmueble comprendido en la separación parcial.

LAS CARGAS CONYUGALES SON RELATIVAS O ABSOLUTAS

Se da el nombre de relativas a aquéllas deudas que siendo pagadas por la sociedad, le dan a ésta derecho a reembolso, como ocurre con las deudas personales a cuyo gasto es obligada la sociedad.

Deudas absolutas son aquéllas que no dan derecho a reembolso, es decir que una vez pagadas por la sociedad, ésta no puede repetirlas contra ninguno de los cónyuges.

El art. 2.º de la Ley 28 de 1932 no suprimió las cargas sociales, sino que se limitó a decir que «cada uno de los cónyuges será responsable por las deudas que personalmente contraiga» y a establecer la solidaridad para ciertas cargas sociales relativas al mantenimiento de los cónyuges y de los hijos comunes, con motivo de lo cual el estatuto de las obligaciones apenas quedó modificado en cuanto a la responsabilidad directa del conyuge contratante ante los acreedores y en cuanto a la solidaridad de que se habló.

Y es que la responsabilidad directa y separada de cada uno de los cónyuges no se opone al estatuto de las

obligaciones, no es contradictorio con él como entro a demostrarlo.

Antes se obligaba el marido directamente, aun por las deudas que contrajera la mujer. Como el marido era el único administrador, lógicamente tenía que ser el único responsable, pero con respecto a las deudas personales de la mujer, los acreedores tienen dentro del régimen primitivo derecho de perseguir subsidiariamente bienes propios de ella.

Hoy que hay dos administradores, dos gestores, es lo natural que cada uno de ellos pueda obligarse separadamente, pero si uno de los cónyuges contrae una deuda para pagar una obligación personal del otro, los acreedores pueden perseguir los bienes propios y los sociales del cónyuge contratante, pero si éste está insolvente, pueden hacer efectivo su derecho sobre los bienes sociales y aun sobre los bienes propios del otro cónyuge. La *actio de in remverso* me sacaría avante en esta teoría. Mas si la deuda contraída por el respectivo cónyuge es absoluta y el cónyuge contratante aparece insolvente, los acreedores podrán perseguir los bienes sociales que estén en cabeza del otro cónyuge, pero no los bienes propios de éste. Y es lo natural que si uno solo de los cónyuges paga las deudas absolutas tenga acción contra el otro cónyuge por la mitad de su importe, si no hay bienes sociales con qué satisfacerlas y en cuanto el cónyuge contratante las haya satisfecho con sus propios bienes.

De allí que la renuncia de gananciales no sea posible dentro del régimen de la Ley 28.

A primera vista parece que siendo la mujer casada mayor, perfectamente capaz, ella pudiera renunciar los gananciales, no sólo antes del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales, y después de su disolución, como ocurre en el régimen primitivo, sino también durante el matrimonio como pasa en el derecho español.

Si los gananciales son el residuo que queda de la masa social, después de que cada uno de los cónyuges ha retirado sus bienes propios, y después de que la sociedad les haya pagado a cada uno de los cónyuges lo que les debe y de que cada uno de ellos haya pagado a la sociedad sus deudas con ella, o de que se hayan extinguido unas y otras por compensación, tenemos que llegar a la conclusión de que los gananciales son como un patrimonio en que no sólo hay derechos, sino obligaciones, comprendiendo por tales las cargas absolutas o relativas insolutas.

De allí que la ley establezca que si la mujer no renuncia los gananciales se entienden aceptados con beneficio de inventario, y que para la división de ellos se emplean las mismas reglas de la partición de bienes hereditarios.

Dentro del régimen primitivo la renuncia de los gananciales por parte de la mujer es perfectamente jurídica, por cuanto que los acreedores no tienen más deudor que el marido y subsidiariamente la mujer en cuanto las deudas personales de ella, y ya se sabe que la renuncia de los gananciales deja en pie su responsabilidad por las deudas personales que le conciernan a ella. De modo que la renuncia de los gananciales que haga la mujer no afecta en este caso los intereses de terceros.

Pero dentro del régimen modificado de la Ley 28, todo ha cambiado por este aspecto: la renuncia de los gananciales comporta la renuncia de un derecho si el activo es superior al pasivo, pero la mujer no puede renunciar durante el matrimonio el derecho a los gananciales, porque en este caso equivaldría a una donación, y ya se sabe que son absolutamente nulas las donaciones entre cónyuges (art. 3.º). Si el pasivo es superior al activo las obligaciones no se extinguen por renuncia, pues la ley faculta en ciertos casos la renuncia de un derecho, pero en ninguna parte autoriza la renuncia de

obligaciones. Disuelta la sociedad, ni el marido puede renunciar los gananciales que resulten de la administración de la mujer, ni la mujer puede renunciar los gananciales que resulten de la administración del marido, por cuanto que ello modificaría la situación jurídica de terceros y ya se sabe que conforme al artículo 15 del C. C. podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y ya se sabe que los gananciales dentro de la Ley 28 comprenden intereses de terceros que contrataron ya con el marido, ora con la mujer, y la renuncia vendría a modificar sin su consentimiento, la situación jurídica de ellos. Esta teoría puede aplicarse hoy a la renuncia de gananciales en las capitulaciones matrimoniales.

Puede la mujer casada mayor ser fiadora, dentro de la Ley 28? Algunos afirman que sí, puesto que el contrato de fianza en último análisis conduce a la disposición de los bienes, y la mujer está capacitada para ejercitar actos dispositivos. Yo sostengo una teoría contraria, y por lo tanto asevero que la mujer casada mayor no puede ser fiadora.

Si el fundamento jurídico de la prohibición del ordinal 3.º del art. 2368 del C. C. hubiera sido la incapacidad de la mujer casada, yo adoptaría esa teoría. Pero se trataba de algo distinto, pues los actos o contratos de la mujer casada sin autorización del marido quedaban viciados de nulidad relativa, pero el contrato de fianza quedaba viciado de nulidad absoluta, sin que esto fuera discutido por persona alguna.

La prohibición de la fianza a la mujer casada tuvo su origen en Roma. Los emperadores Augusto y Claudio empezaron por dictar edictos sucesivos en que prohibían a la mujer casada servir de fiadora, pues cuando los divorcios se hicieron frecuentes, los maridos ines-

crupulosos se valieron de este recurso para arrebatarse a la mujer los *rei uxorie* con deudas personales que ellos contraían garantizadas con la fianza de la mujer.

Luego vino el senado consulto veleyano y consagró en norma jurídica lo que ya la costumbre tenía establecido, prohibiendo a la mujer casada ser fiadora, por dos razones: 1.^a Para evitar la influencia del marido sobre la mujer, y 2.^a Para impedir que la mujer se mezclara en relaciones jurídicas y que participara en los *officia virilia*. Quedó así garantizada la restitución de la dote que debía hacer el marido a la mujer a la disolución del matrimonio «protegiéndola contra las disipaciones del marido y contra la debilidad de ella».

El régimen primitivo de la sociedad conyugal que es más aberrante que el sistema dotal, por cuanto que en éste la mujer administra y usufructúa sus bienes parafenales o extradotales para sí y en la sociedad conyugal todo se convierte en *rei uxorie*, quiso traer esta prohibición del sistema dotal, y aunque es verdad que el 2.^o fundamento analizado no existe hoy, dadas las conquistas realizadas por la mujer en la vida profesional y comercial, no es menos cierto que la influencia del marido y aun de los hijos que deseen apoyar a su padre subsiste.

Por otra parte en el contrato de fianza la consecuencia dispositiva de los bienes aparece muy remota, pues en la hipoteca se ve un gravamen real directo que pesa sobre el bien disminuyendo su valor económico, y no sucede lo propio en la fianza, aunque se trate de un deudor actualmente insolvente o de un deudor solvente pero que mañana deja de serlo. Y ya se sabe que la mujer ve más prontamente las consecuencias directas que las consecuencias lejanas de sus actos.

En tal virtud, yo creo que no habiendo desaparecido con la nueva ley todo el fundamento jurídico de la

prohibición, el contrato de fianza celebrado por la mujer casada queda viciado de nulidad absoluta que el juez está obligado a declarar de oficio, ya que tal nulidad no puede ser alegada por quien ejecutó el acto viciado.

SOCIEDADES CONYUGALES EXISTENTES EL DIA DE LA VIGENCIA DE LA LEY 28

Se preguntan algunos si las sociedades conyugales anteriores a la vigencia de la Ley 28 y que subsisten durante ésta, han quedado disueltas o no, ya que el art. 7.^o autoriza su liquidación y aun la distribución de gananciales.

Al hablar el legislador de que «si se distribuyeren gananciales, se imputarán a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles (a los cónyuges) en la liquidación definitiva», es porque trata de una liquidación previa, de una liquidación simplemente provisional que habrá de tomarse en cuenta en la liquidación definitiva.

Es la liquidación definitiva y no la liquidación provisional la que presupone la disolución de la sociedad. Luego las sociedades conyugales de que se trata no están disueltas, como lo demostraré luego con mayores razonamientos.

Si tales sociedades no están disueltas, ¿en qué condiciones han quedado los bienes que el marido administraba? En cuanto a los bienes propios de la mujer, ella tiene la libre administración y disposición de ellos, luego puede hacérselos entregar del marido para administrarlos y enajenarlos libremente, sin que la falta de tal entrega material sea obstáculo para la enajenación.

En cuanto a los bienes sociales, ¿podrá disponer libremente de ellos el marido? Si así ocurriera éste podría burlar los efectos de la ley y privar por este me-

dio a la mujer de la distribución de bienes gananciales. ¿Pero por qué razón no puede disponer libremente de tales bienes? ¿Es que han entrado en el período de la comunidad? No, porque la comunidad sobreviene a la disolución de la sociedad, y ya se vio que tales sociedades no están disueltas.

Para disponer válidamente de los muebles y los inmuebles gananciales de que se trata, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, según mi concepto, por la sencilla razón de que los poderes del marido han sido restringidos por la nueva ley, pues él ya no goza de la amplia procuración que le confería el antiguo régimen, y ya se sabe que «los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos se regirán por la ley nueva» de acuerdo con el art. 20 de la Ley 153 de 1887. Y no goza de tales poderes, por la razón que en lugar de un administrador de la sociedad conyugal existen dos administradores desde la vigencia de tal ley: el marido y la mujer.

Si en una sociedad colectiva se pusiera la siguiente cláusula: La sociedad durará por el término de 20 años, pero al final del primer decenio los socios podrán definir extrajudicialmente las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que deba corresponder a cada uno de ellos, y si se distribuyeren utilidades o dividendos se imputarán a buena cuenta de los que deba corresponderles en la liquidación definitiva. Al finalizar tal decenio cada uno de los dos socios que constituyen la sociedad tendrá la calidad de gestores que antes le correspondía sólo a uno de ellos, aunque sus administraciones serán separadas.

Se pregunta: ¿Transcurridos los diez primeros años podría considerarse como disuelta tal sociedad? La liquidación previa y aun el reparto previo de utilidades son de constante ocurrencia en las sociedades ya

civiles, mineras o comerciales, sin que a nadie se le haya ocurrido hasta ahora que tales hechos disuelven la sociedad. Luego el haber pactado una duración de 20 años, en el caso que se estudia, la liquidación previa o provisional acordada, no puede dar fin a la sociedad. Es lo mismo que ocurre con las sociedades conyugales existentes el día en que entró en vigencia la Ley 28, pues es la ley lo que las reglamenta, por no tratarse de sociedades contractuales.

Se pregunta: ¿Transcurridos los diez primeros años después de la fundación de la sociedad, el socio gestor primitivo tendrá facultad para enajenar por sí solo los bienes sociales? Si se ha pactado una distribución de bienes para facilitar la administración separada de cada uno de los socios y aun una distribución de utilidades, es evidente que el socio gestor primitivo carece de la facultad dispositiva que exclusivamente ejercía, y si enajena un bien por sí solo, sin la intervención de su consocio, aunque lo haga a nombre de la sociedad, tal enajenación sería inválida por falta de poder y estaría viciada de nulidad absoluta, fuera de que ello implicaría una violación de contrato que es ley entre las partes.

Lo propio exactamente ocurre con las sociedades conyugales existentes el 1.º de enero de 1933, en que entró en vigencia la Ley 28. Antes había un solo administrador: el marido, pero por tratarse de una sociedad legal, el legislador modificó los poderes administrativos y dispositivos del marido desde tal día, designando también a la mujer como administradora con facultades dispositivas respecto de ciertos bienes.

MILCIADES CORTES A.

