

ALGO SOBRE LA LEY 28 DE 1932

Conferencia del Dr. Milcíades Cortés A., Profesor de la Universidad Libre de Colombia.

El Centro Jurídico de la Universidad Libre me ha discernido el honor de llamarme a este lugar, para tratar algunos de los problemas que surgen al rededor de la Ley 28 de 1932 en orden a los bienes conyugales. A aquella destacada agrupación científica de jóvenes mentalidades, le manifiesto la expresión emocionada de mi más cálido reconocimiento.

Si se considera la Ley 28 de 1932 desde el aspecto de los artículos del C. C. que fueron derogados o reformados, puede decirse que ejerció una acción devastadora, pero las innovaciones que introdujo al antiguo estatuto de la sociedad conyugal son de una trascendencia y de un alcance imponderables, por el espíritu de justicia que la anima, por el establecimiento del principio moderno de la equidad y la igualdad jurídica de los sexos y por haber liberado a la mujer colombiana de la menguada situación civil en que se la había sumido.

La ley 28 de 1932 vino a liberar a la mujer de su condición civil de esclava, en el sentido de que el marido la convertía o podía convertirla en simple instrumento de adquisición de bienes, pues él administraba y usufructuaba con sus propios bienes los bienes propios de ella y todos los bienes sociales, siendo un administrador irresponsable que no estaba obligado a prestar caución ni a hacer inventario, ni a rendir cuentas, al propio tiempo que ella, sustraída a la vida de los negocios, se hallaba incapacitada civilmente para contratar y obligarse, sin el consentimiento del marido o sin autorización de la justicia en subsidio.

TRES TEORIAS se han sostenido al rededor de la trascendental reforma:

PRIMERA.—La Ley 28 de 1932 estableció un nuevo régimen conyugal de bienes en Colombia consistente en la combinación del sistema de la separación total con la sociedad conyugal.

SEGUNDA.—Estableció simplemente como régimen legal general el de la simple separación o separación total de bienes.

TERCERA.—Tal Ley vino sólo a perfeccionar y modificar el antiguo régimen de la sociedad conyugal.

PRIMERA TEORIA.—La primera teoría está sustentada por el ilustrado autor del proyecto de Ley, quien asevera que éste sólo sufrió reformas accidentales, puesto que en realidad de verdad quedó consagrado en la legislación del País un régimen combinado de sociedad conyugal con separación total de bienes, pero de manera que durante el matrimonio sólo existe ante terceros la separación total de bienes entre cónyuges, y la sociedad conyugal, que sólo produce efectos entre éstos tan pronto como se disuelve el lazo conyugal.

Según este sistema, los cónyuges actúan durante el matrimonio con una independencia absoluta, pero les asegura a cada uno de ellos cierto peculio después de disuelto el vínculo conyugal, es decir que durante el matrimonio, los cónyuges adquieren y usufructúan, cada uno de ellos y de manera independiente y para sí, administran y disponen de idéntica manera, pero después de disuelto el vínculo conyugal, cada uno de ellos tiene derecho a la participación que le corresponda en las utilidades o beneficios de la sociedad.

Fué tomado este régimen combinado de la legislación húngara, y está acogido en las legislaciones de Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, como lo afirma el distinguido autor del proyecto de Ley, pero si en aquellas legislaciones la separación total se combina con una comunidad de adquisiciones, entre nosotros se quiso combinar con una sociedad de más amplias proyecciones, como lo es la sociedad conyugal.

Es una verdad de toda evidencia que el proyecto de Ley que fué presentado a las Cámaras Legislativas por agentes de la egregia administración del doctor Enrique Olaya Herrera, contenía la combinación de que se trata, pues en el Art. 2, de aquella importantísima iniciativa se establecía que "Durante el matrimonio los cónyuges se considerarán ante terceros como si vivieran bajo el régimen de la absoluta separación de bienes...", pero resulta que al discutirse este asunto en la Cámara de Representantes, fué suprimida totalmente la parte trascrita, lo que equivale a destruir la separación total de bienes o simple separación ante terceros que traía el proyecto. Pero ocurrió que en el Senado no discutieron el proyecto así modi-

ficado, sino que todo el debate versó al rededor del régimen combinado que el proyecto original establecía.

Es un hecho incontrovertible que la Ley 28 de 1932 no establece expresamente la separación total ante terceros durante el matrimonio combinada con la sociedad conyugal, pero es necesario estudiar si tácitamente se halla establecida. Para ello es necesario tener presente que cuando entró en vigencia la nueva ley existía como régimen legal general de bienes en el matrimonio, la sociedad conyugal. Nada dice la Ley 28 sobre separación total, pero algunos creen que como el Art. primero estatuye que a "la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al C. C. deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación", es forzoso concluir con que la existencia de la sociedad durante el matrimonio es meramente teórica, que ante terceros no existe y que sólo tiene vida jurídica desde el día de la disolución del matrimonio, es decir, que se trata de una sociedad que sólo viene a nacer ante terceros desde el momento en que ella muere, porque la disolución del matrimonio es una de las causas de terminación de la sociedad.

Sin necesidad de suponer tal combinación de regímenes conyugales, o sea, la separación total con sociedad conyugal, la sociedad por sí misma ofrece la característica de que ella no aparece ante terceros durante el matrimonio, como si no existiese, sino que se evidencia y se relievra o perfila a la disolución de éste. En efecto, dentro del régimen primitivo de la sociedad conyugal, el marido era reputado ante terceros dueño de los bienes sociales que con los suyos propios formaban un solo patrimonio. Con esta ficción durante el matrimonio no había bienes sociales, sino bienes del marido, la sociedad conyugal no existía ante terceros durante el matrimonio, y no había otra persona que se obligara ante ellos sino el marido, aunque contra la mujer, pues ésta resultaba obligada subsidiariamente en el caso de que se tratara de una deuda personal de la mujer, pero a la disolución del matrimonio, la sociedad conyugal surgía a la plenitud de su vida jurídica, para decretar su disolución, liquidación y distribución de gananciales.

Es un error tener por una novedad, por un avance del derecho civil en legislaciones extranjeras, lo que ya estaba consagrado en nuestra legislación civil, o sea, una existencia meramente teórica de la sociedad durante el matrimonio, y en tal virtud el Art. 1

de la Ley 28 de 1932, no hizo otra cosa que corroborar lo que la legislación civil ya tenía establecido o sea, que cuando deba liquidarse la sociedad conyugal "se considerara que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio".

Ahora, desde otro punto de vista hay que tener en cuenta que sólo existen dos modos o maneras de abrogación de la ley, conforme a los Arts. 71 y 72 del C. C.: la expresa y la tácita. A la luz de este principio, vamos a ver si el régimen de separación de la ley durante el matrimonio aparece establecido en la nueva ley, en reemplazo de la sociedad conyugal que enantes existía. Como nadie puede sostener que la Ley 28 abrogó expresamente la sociedad conyugal durante el matrimonio para reemplazarla por la separación total, es menester estudiar si hubo una derogación tácita. El Art. 1, sólo dice que "Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiera aportado a él, como de los demás que por cualquiera causa hubiera adquirido o adquiriera...." Como un régimen de bienes conyugales no sólo comprende un conjunto de leyes relativas a la administración y disposición, que es de lo que trata el artículo preinserto, sino a la adquisición y usufructo de los bienes que existían antes de la celebración del matrimonio por haberlos adquirido cualquiera de los cónyuges, y de los que adquieran durante él, es forzoso admitir que si la nueva ley guardó silencio en punto a adquisiciones y usufructo de bienes conyugales, el estatuto de las adquisiciones del C. C., quedó intacto, como el del usufructo de los bienes que corresponde a la sociedad conyugal, de modo que hoy adquieren durante el matrimonio, el marido, la mujer o la sociedad conyugal, y los bienes de cualquiera de ellos que existan el día de la celebración pertenecen al cónyuge, si son inmuebles, pero su usufructo corresponde a la sociedad; o si son bienes muebles, pertenecen en propiedad a la sociedad, quedando ésta obligada por su valor ante el cónyuge para el día de la disolución. Otra cosa muy distinta habría ocurrido si el Art. 1, citado se hubiera expresado así: Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges adquiere y usufructúa para sí, con independencia del otro y tiene la libre administración y disposición de sus bienes. Entonces, habrían quedado abrogados tácitamente los estatutos de las adquisiciones y del usufructo de la sociedad conyugal, al menos con relación a terceros durante el matrimonio, ya que la adquisición independiente estaría en abierta y evidente contradicción con el ré-

gimen de adquisiciones y con el del usufructo de la sociedad conyugal. Pero resulta que como el Art. 1, citado, sólo habla de administración y disposición, la administración unitaria e irresponsable anterior del marido fué modificada con dos administraciones: la del marido y la de la mujer, con iguales facultades dispositivas cada uno de ellos sobre los bienes que estén radicados en su persona.

SEGUNDA TEORIA.—La teoría de que la Ley 28 establece como régimen legal general de bienes en el matrimonio, la separación total, es la más injurídica de todas, como vamos a verlo con un somero análisis de los deleznable argumentos en que se apoya, aunque para ello bastaría hacer presente el desconocimiento que ella hace de los artículos de la nueva ley que tratan expresamente de la sociedad conyugal.

Se sostiene que quien hable de administración y disposición, habla implícitamente de adquisición, puesto que sólo el dueño dispone válidamente de sus propios bienes. A nadie se le ha ocurrido que un administrador de bienes con facultades dispositivas, se convierta en un instrumento de adquisición, para el dueño de los bienes. Pretender que al hablar el legislador de administración y disposición, comprendió las adquisiciones y el usufructo de los bienes conyugales, para estimar abrogados los estatutos de adquisición y usufructo existentes el día de la vigencia de la Ley 28, equivale a buscar una contradicción entre los nuevos textos y el antiguo que no fluye directamente de la nueva Ley, sino que busca por vía de interpretación, y ya se sabe que para que se produzca la abrogación tácita es menester que resulte una contradicción evidente entre el nuevo texto y el antiguo y no que ella se deduzca por vía de interpretación, pues ni en la época del derecho romano, cuando existió la **permissio jura condendi**, que fue una especie de función legislativa de que se investió a ciertos jurisconsultos, consistente en que la opinión unánime obligaba a magistrados y jueces, la actividad interpretativa jamás podía llegar hasta declarar abrogados los textos de la ley positiva.

Se basa también esta teoría en que como la nueva ley les confiere tanto a la mujer como al marido la libre administración y disposición de los bienes que cada uno de ellos hubiera adquirido antes de la celebración del matrimonio, como de los que adquiera con posterioridad, no puede existir hoy sociedad conyugal por sustracción de materia.

Es sabido que la sociedad conyugal es una sociedad **sui generis**, que comprende no sólo bienes presentes sino futuros, pues a ella le

pertenecen no sólo el usufructo de los bienes inmuebles que cada uno de los cónyuges posea el día de la celebración del matrimonio y la propiedad de los bienes muebles que cualquiera de aquellos posea el mismo día, sino la propiedad de todos los bienes muebles que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a cualquier título, con excepción de todos los determinados en el Art. 1792 del C. C. y el usufructo de todos los bienes raíces adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a título gratuito, durante el matrimonio. Luego para que exista sociedad conyugal no se requiere, como en las sociedades civiles, comerciales o mineras, la existencia de una masa social de bienes, sino como lo dice algún tratadista, la "certeza jurídica de ella", pues en un matrimonio de indigentes v. gr. existe sociedad conyugal, a la cual pertenecerían ya en propiedad, ya en usufructo, en su caso, los bienes futuros que adquirieren.

TERCERA TEORIA.—Nosotros, en vista de que el Art. No. 1 de tal Ley sólo habla de la administración y disposición de bienes conyugales, hemos sostenido que la sociedad conyugal subsiste como régimen matrimonial de bienes con modificaciones al estatuto de la administración y al estatuto de la disposición, así como también con las modificaciones que introdujo el Art. 2 al estatuto de las obligaciones, cuando quiera que estatuyó: "Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al C. C."

Dentro de esta teoría, puede sostenerse que si antes existía una ficción consistente en que los bienes sociales se confundían e identificaban con los del marido ante terceros, de manera que éstos sólo veían a aquél como deudor, aún cuando contrataran con la mujer quien sólo excepcionalmente y de manera subsidiaria quedaba obligada, hoy existen dos ficciones, o sean las de que tanto los bienes sociales que administra el marido se confunden e identifican ante terceros con los suyos propios, sino que otro tanto ocurre con los bienes sociales que administra la mujer, de manera que los terceros que contratan con la mujer pueden perseguir para el cumplimiento de las obligaciones de ella tanto sus bienes propios como los bienes sociales que ella administra. Pero si la mujer toma en arrendamiento una casa de habitación v. gr. para el alojamiento de su familia, entendiéndose por tal los hijos comunes, el marido responde solidariamente,

auncuando no haya intervenido en el contrato, de acuerdo con el Art. 2 que se transcribió anteriormente. Hoy la sociedad conyugal, como sucedía antes, no se ve durante el matrimonio, sino que ella hace su aparición en toda su plenitud legal, tan pronto como se disuelve el vínculo conyugal.

Los que sostienen que actualmente no existe sociedad conyugal por sustracción de materia, por falta de bienes sociales, deberían para ser lógicos negar también la existencia de las sociedades conyugales anteriores a la vigencia de la Ley 28, porque en ellas no existían bienes sociales, sino bienes del marido durante el matrimonio, aunque a la disolución de éste, los bienes sociales aparecían en la plenitud de su vida jurídica.

CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA.— En lo relativo a la capacidad de la mujer casada mayor para contratar y obligarse y para comparecer en juicio libremente, la ley le devolvió la plena capacidad, salvo en lo relativo a la fianza en favor de su marido. Algunos creen que la mujer puede ser hoy fiadora sin restricción alguna; otros que no puede serlo, pero nosotros sostenemos que por regla general ella puede celebrar el contrato de fianza, salvo en favor de su marido. Dentro del régimen primitivo de sociedad conyugal, la mujer no podía ser fiadora, no por ser relativamente incapaz, sino por prohibirlo expresamente el ordinal No. 3 del Art. 2368 del C. C. La doctrina y la jurisprudencia se habían inclinado unánimemente hacia la teoría de la nulidad absoluta de la fianza de la mujer, antes de la vigencia de la Ley 28. Es verdad que la prohibición a la mujer casada para ser fiadora tuvo su origen en el senado consulto veleyano, y si los fundamentos jurídicos de esta institución han desaparecido, en presencia de la nueva ley, no sucede lo propio con el de la influencia familiar que se presenta en las fianzas en favor del marido. Es verdad que si a la mujer se la tenía alejada antes, de la vida de los negocios, salvo casos excepcionales, lo más prudente al permitirle entrar a la tumultuosa, febril y agitada voráGINE de la vida de los negociantes, habría sido protegerla, prohibiéndole la fianza, la hipoteca y la prenda en favor de terceros, dejándola en capacidad plena de ser fiadora de cárcel segura de su marido y de sus hijos, ya que las fatales consecuencias de estos contratos, que son difícilmente previsibles, aún para personas de notoria prudencia, conducen generalmente al pago obligado de deudas ajenas, con un menoscabo patrimonial insospechado.

BIENES SOCIALES PERTENECIENTES A LAS SOCIEDADES CONYUGALES EXISTENTES EL DIA DE LA VIGENCIA DE LA LEY 28

Con respecto a la venta de tales bienes se han sostenido dos teorías que conducen ambas a la conclusión de que la venta o en general, la enajenación de ellos, requiere para su validez el consentimiento de los dos cónyuges.

PRIMERA TEORIA.—La del condominio o copropiedad indivisa de cada uno de los cónyuges sobre tales bienes.

SEGUNDA TEORIA.—La de la falta de poder del marido para enajenarlos, unida al derecho que el Art. No. 7 de la nueva Ley consagra en favor de la mujer para hacerse entregar los muebles o inmuebles gananciales que le correspondan.

La primera se funda en que las sociedades existentes el día en que entró en vigencia la nueva ley, quedaron disueltas porque el Art. No. 7 autoriza la liquidación de ellas. Nosotros sostenemos que es la liquidación definitiva de la sociedad conyugal la que viene como consecuencia directa de la disolución de ésta. La nueva ley sólo habla de una liquidación provisional que se tendrá en cuenta en la liquidación definitiva. Los balances generales y liquidaciones periódicas de los negocios de las sociedades civiles y mercantiles, y la distribución de utilidades, nunca les dan fin a aquéllas, sino que son una de las cláusulas usuales de su funcionamiento y existencia.

La segunda teoría se basa en que los poderes legales irrestrictos de administración y disposición que consagraba la antigua ley en favor del marido, quedaron restringidos por la nueva Ley, en cuanto que el marido sólo tiene hoy la administración ordinaria de los bienes que se radicaron o que se radiquen en su cabeza, al paso que a la mujer se le concedió también la libre administración y disposición de los bienes que hubiera adquirido o adquiriera. Ahora, si se creyera que el marido continúa dentro del régimen primitivo de la sociedad conyugal, como si la Ley 28 no hubiera traído modificación alguna por este aspecto, el Art. 7 sobraba porque el marido con tales enajenaciones podría arrebatar y hacer nugatorios a su arbitrio los derechos que tiene la mujer a la liquidación provisional y a la entrega de los muebles o inmuebles gananciales que le correspondan.

Algunos han creído erróneamente que el Art. 7 citado consagra el derecho a una liquidación extrajudicial, pero tal liquidación no puede ser demandada ante la justicia. No existe derecho alguno

sin la acción correlativa que lo haga viable, y tanto más en este caso en que el legislador impuso a la mujer la solidaridad en la responsabilidad ante terceros por los perjuicios que éstos pudieran sufrir en las liquidaciones extrajudiciales de negocios de una sociedad conyugal de cuya administración ha permanecido alejada y sin información legal alguna la mujer casada. Sólo la liquidación judicial vendría a liberarla de tan grave responsabilidad.

GANANCIALES.—Algunos confunden la voz **gananciales** con utilidades o ganancias, sin recordar que por gananciales se entiende el residuo que queda en la liquidación de la sociedad conyugal, después de haberle entregado a cada uno de los cónyuges sus bienes propios, de haberles pagado a éstos los créditos a su favor y a cargo de la sociedad conyugal y de que cada cónyuge haya extinguido sus obligaciones a favor de la sociedad. Este residuo puede consistir en bienes y en deudas de la sociedad a favor de terceros, o sólo en deudas, pues así como se habla de bienes gananciales, se puede tratar de deudas gananciales, y de allí que la ley civil disponga que a la partición de los gananciales se aplican las reglas de la división de bienes herenciales, pues los gananciales son como una especie de patrimonio o sea un conjunto de bienes afectados por las obligaciones contraídas. Aunque siempre hemos sostenido que donde no hay bienes no puede hablarse de patrimonio, sin embargo éste se reduce a meras obligaciones en los casos en que los bienes sean insuficientes para extinguir aquéllas.

Mayo de 1941.

MILCIADES CORTES A.