

Régimen legal de bienes en el matrimonio

LUIS ECHECOPAR GARCIA

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Pontificia Universidad Católica del Perú, Catedrático
Titular de Derecho Civil.

PRIMERA PARTE

NOCIONES PRELIMINARES

Capítulo Primero

EL MATRIMONIO, SU CARACTER Y PROBLEMAS

1.—El matrimonio; sus fines; su carácter sacramental y permanente.

Por el matrimonio —decía acertadamente el Art. 132 de nuestro Código Civil de 1852— se unen perpétuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.

El matrimonio es así una institución trascendental, pues concierne íntimamente a la subsistencia y felicidad del hombre en la tierra.

Su fin primordial, la procreación de los hijos (1), comprende la crianza, alimentación, educación y, en general, la atención de éstos, en la mejor forma posible, para que puedan en el mundo ser útiles a la sociedad, y alcancen la perfección que les permita más tarde ser dichosos en la eternidad.

Su fin complementario, la vida en común, tiene también singular importancia, ya que, en virtud del mismo, el hombre y la mujer se unen también, como decía Portalis (2), para ayudarse, mediante socorros mutuos, a soportar el peso de la vida.

(1) Encíclicas del Papa León XIII "Arcanum Divinae Sapientiae" y del Papa Pío XI "Casti Connubii". Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1944, p. 561 y 693.

(2) Cita de los señores Planiol y Ripert. *Traité Élémentaire de Droit Civil.*—París, 1927. Tomo I. Pág. 253, Nº 694.

Por razón de su naturaleza y por sus fines, el matrimonio debe ser, de acuerdo con la definición de nuestro Código Civil de 1852, una institución perpétua. Lo es, como sacramento, para los católicos (3), y también lo debe ser como institución jurídica, por más que en el Perú, este carácter perpétuo se haya debilitado muy sensiblemente con la admisión del divorcio vincular, a partir de la dación de los Decretos-Leyes Nos. 6889 y 6890 de 8 de Octubre de 1930.

No cabe sostener que al legislador no le interesan el carácter sacramental del matrimonio y su naturaleza perpétua, porque no es justificado desprender una institución de su propia esencia al legislar sobre ella.

El carácter sacramental del matrimonio no puede negarse puesto que, como bien se ha dicho (4), "confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, para engendrar piamente la prole y educarla santamente".

Dice al efecto, el Papa León XIII en su Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae*:

"Dios formó al hombre de polvo de la tierra en el sexto día de la creación e infundió en su rostro el soplo de la vida, quiso darle compañera, la cual sacó del costado del mismo varón mientras dormía. Con lo cual quiso el providentísimo Dios que aquellos dos cónyuges fuesen el principio natural de todos los hombres, del cual se propagase el género humano y por continuas procreaciones se propagase siempre" (5).

De ésto se desprende que el matrimonio no es la simple unión de los sexos, sino algo muchísimo más elevado, desde que convierte al hombre en parte activa de la Creación y le permite contribuir así a la prolongación de la obra de Dios.

Fué Cristo quien lo elevó a la dignidad de Sacramento (6) ennobleciendo con su presencia las Bodas de Caná. San Pablo en su Epístola a los Efesios dice por eso (7) "Sacramento es éste y grande". Así lo ha establecido, por lo demás, en forma irrevocable el Concilio de Trento.

De ello se deriva también su carácter permanente, declarado por Nuestro Señor, en forma terminante.

Cuando los fariseos le preguntaron si era lícito al hombre repudiar a su mujer por cualquier motivo, El contestó, según dicen los Evangelios: (8)

... "¿No habéis leído que aquel que al principio crió al linaje humano, crió un solo hombre y una sola mujer, y serán dos en una sola carne?."

(3) Encíclicas citadas en la Nota 1.

(4) Cita del Doctor César Toledo Mas. Régimen matrimonial en el Perú p. 20.

(5) Obra citada en la Nota Nº 1. Pág. 562, *Arcanum* Nº 3.

(6) Obra citada en la nota Nº 1. Pág. 564, *Arcanum* Nº 5.

(7) Nuevo Testamento de N.S.J., traducido por el Ilmo. Dr. Félix Torres Amat 3ª y 4ª Edición Friburgo de Brisgovia (Alemania) Herder y Cía. Eph. V, 25 y sigs. Pág. 605.

(8) Obra citada en la nota Nº 7). Pág. 63, San Mateo XIX 3 al 9.

"...Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y unirse ha con su mujer, y serán dos en una sola carne.
 "Así que ya no son dos, sino una sola carne. Lo que Dios, pues, ha unido, no lo desuna el hombre.
 "...Pero ¿por qué, replicaron ellos, mandó Moisés dar libelo de repudio y despedirla?
 "Díjoles Jesús:
 "...A causa de la dureza de vuestro corazón os permitió Moisés repudiar a vuestras mujeres; más desde el principio no fué así.
 "...Así, pues os declaro que cualquiera que despidiere a su mujer, sino en caso de adulterio, y aún en este caso se casare con otra, éste tal comete adulterio; y quien se casare con la divorciada, también lo comete".

San Pablo en su primera Epístola a los Corintios (9) confirma estas palabras cuando dice "pero a las personas casadas, mando no yo, sino el Señor, que la mujer no se separe del marido. Que si se separa por justa causa, no pase a otras nupcias, o bien reconcíliese con su marido. Ni tampoco el marido repudie a su mujer".

Este carácter permanente establecido por voluntad divina es, por lo demás, una necesidad inmanente de la naturaleza. Como bien dice Planiol (10), la unión prolongada del padre y de la madre es el medio de llenar los deberes comunes hacia los hijos, pues la debilidad del niño a quien la madre es impotente para proteger por sí sola, impone al hombre esta unión perpétua. El socorro mutuo que se deben los cónyuges en la vida, forma también parte esencial de ésta.

De todo lo expuesto se desprende el fundamento divino y sacramental del matrimonio y la necesidad de que, como institución, sea permanente.

Podría sostenerse que la especie humana se prolonga igualmente por el nacimiento de hijos fuera del matrimonio, pero a ésto debe responderse que precisa distinguir entre lo lícito y lo ilícito; y que así como unos viven de su trabajo y otros del hurto, puede procrearse hijos dentro y fuera del matrimonio; pero que, dentro de la sana organización de las instituciones, corresponde aprobar lo lícito y repudiar lo que no lo es.

2.—Bases y problemas, económicos del matrimonio.

Atendiendo a los fines del matrimonio y a su carácter permanente resulta evidente que debe reposar sobre bases de orden económico que garanticen su subsistencia material.

Por eso, nuestro Código Civil de 1936, al igual que el derogado Código de 1852, establece que los cónyuges, por el hecho del matrimonio, se obligan mutuamente a alimentar y a educar a sus hijos y que se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, (Arts. 158, 159 y 398). Por lo mismo, tam-

(9) Obra citada en la nota Nº 7, pág. 517, Corintios VII, 10 y 11.

(10) Obra citada en la nota Nº 2, Tomo 1º, pág. 253.

bién, la ley determina que el marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación (Art. 164 del Código Civil).

No basta, sin embargo, que la ley proclame una obligación de orden económico, para los esposos. Su simple enunciación supone la existencia de bienes o de rentas, de prestaciones y de deudas o sea de una serie de cuestiones que requieren solución en la práctica y ante la ley.

Todo matrimonio hace surgir una multitud de problemas (11). Es necesario establecer, en efecto, a quién pertenecerán los bienes que poseían los cónyuges con anterioridad al matrimonio, si a uno de ellos o a ambos en conjunto; cuál será el régimen de los que adquieran después; quién soportará las deudas y cargas económicas de la familia; qué derechos en materia patrimonial tendrá el marido y cuáles la mujer; quién administrará los bienes; qué límites tendrá el poder del administrador; a qué excepciones, condiciones y variantes estarán sujetas las reglas de la administración; si se transmitirán o no los derechos de los esposos a sus herederos; y, en fin, cómo se hará la liquidación de bienes al término de la vida matrimonial.

3.—Factores que influyen en la solución de los problemas económicos originados por el matrimonio.

Numerosos factores sociológicos, económicos, sentimentales y jurídicos han influido para que se de variadas soluciones a los problemas de orden pecuniario originados por el matrimonio. Entre ellos, naturalmente, el fenómeno preponderante ha sido siempre la lucha entre el predominio marital y las tendencias emancipadoras de la mujer.

Creada la mujer en un pie de igualdad con el hombre y como compañera de éste, su posición hubo de decaer mucho en el curso de la historia, como consecuencia de la relajación de las costumbres.

Dice por eso el Papa León XIII, en su Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae* (12): "Pero esta forma del matrimonio, tan excelente y aventajada, empezó insensiblemente a corromperse y desaparecer entre los gentiles; y aún entre los mismos hebreos pareció como anublada y oscurecida. Pues prevaleció entre éstos la costumbre general de que a cada varón fuese lícito tener más de una mujer, y más tarde, cuando por la dureza de su corazón les concedió benignamente Moisés la facultad de repudiar, se abrió la puerta al divorcio. En cuanto a la sociedad pagana, apenas parece creíble hasta qué punto degeneraron y se corrompieron las nupcias; como que estaban expuestas a las corrientes de los errores de cada pueblo y a liviandades torpísimas. Todas las naciones, más o menos, parecieron olvidar la verdadera noción y origen del matrimonio; y por esta causa se decretaban con frecuencia respecto del matrimonio leyes que parecían útiles a la república, aunque no fuesen conformes a la naturaleza. Solemnes ritos inventados al arbitrio de los legisladores hacían que las mujeres llevasen el honesto nombre de esposa o el torpe de concubina, y aún llegó a determinar-

(11) Obra citada en la nota Nº 2, Tomo 3º, pág. 1 y sgts.

(12) Obra citada en la nota Nº 1, pág. 563.

se por autoridad de los jefes de la república a quienes fuese o no permitido contraer matrimonio: tanto repugnaban las leyes con la equidad y la justicia. Además, la poligamia, la poliandria y el divorcio fueron causa de que el vínculo nupcial se relajase hasta el extremo. Hubo también una gran perturbación en los derechos y obligaciones mutuas de los cónyuges, toda vez que el varón adquiría el dominio de la mujer y se separaba de ella muchas veces sin causa alguna razonable; mientras que a él, precipitado en una sensualidad indómita y desenfrenada, le era impunemente permitido discurrir por entre lupanares y siervas, como si de la divinidad, y no de la voluntad, dependiese la culpa. Desbordado el libertinaje del marido, nada había más miserable que la mujer sumida en tanta degradación, que se consideraba casi como un mero instrumento adquirido para satisfacer la pasión o engendrar prole. Ni se tuvo por vergonzoso comprar y vender, como si fuesen cosas corporales, a las que habían de casarse, dándose a las veces al padre y al marido la facultad de castigar con la última pena a la esposa. La familia nacida de tales matrimonios necesariamente había de estar sojuzgada por el Estado o constituida en propiedad del padre de familia, a quien las leyes habían investido también de la facultad, no sólo de ajustar y disponer a su arbitrio las bodas de sus hijos, sino también de ejercer sobre ellos la bárbara potestad de vida y muerte".

Cupo al cristianismo remediar esta situación elevando la condición de la mujer, haciendo respetar sus calidades humanas y espirituales, limitando la autoridad del marido y convirtiendo el matrimonio en una verdadera sociedad moral.

La doctrina de la Iglesia a este respecto la encontramos precisada en forma hermosísima en la epístola de San Pablo a los Efesios (13), cuando dice:

- " Las casadas estén sujetas a sus maridos, como al Señor".
 " Por cuanto el hombre es cabeza de la mujer, así Cristo es cabeza de la Iglesia, que es su cuerpo místico, del cual él mismo es salvador".
 " De donde así como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres lo han de estar a sus maridos en todo".
 " Vosotros, maridos, amad a vuestras mujeres, así como Cristo amó a su Iglesia, y se sacrificó por ella".
 " Para santificarla, limpiándola en el bautismo de agua con la palabra de vida".
 " A fin de hacerla comparecer delante de él llena de gloria, sin mácula, ni arruga, ni cosa semejante, sino siendo santa e inmaculada".
 " Así también los maridos deben amar a sus mujeres como a sus propios cuerpos. Quien ama a su mujer, a sí mismo se ama".
 " Ciertamente que nadie aborreció jamás a su propia carne; antes bien la sustenta y cuida, así como también Cristo a la Iglesia".

(13) Obra citada en la nota N° 7, pág. 604.

- " Porque nosotros que la componemos somos miembros de su cuerpo, formados de su carne y de sus huesos".
 " Por eso está escrito: Dejará el hombre a su padre y a su madre y se juntará con su mujer, y serán los dos una carne".
 " Sacramento es éste grande, más yo hablo con respecto a Cristo y a la Iglesia".
 " Cada uno, pues de vosotros ame a su mujer como a sí mismo; y la mujer tema y respete a su marido".

Dignificada así la mujer por el cristianismo, fué reconocido el rol fundamental que le correspondía en la vida del hogar y de la familia.

Más tarde con la revolución francesa se proclamó su igualdad política con el varón. Surgieron luego las corrientes feministas tendentes a otorgar a la mujer una absoluta independencia, las cuales han prosperado a punto tal que algunas legislaciones no hacen distinción entre los esposos como sucede en Rusia con el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela (Arts. 9º y 10º), en el Código Civil Mexicano (Art. 167), en el Código Civil de Guatemala (Art. 83), en la Constitución de Cuba (Art. 43), en algunos Estados Norte Americanos y en los países escandinavos.

Sin embargo, la mayoría de los Códigos modernos, junto con la Iglesia, asignan al marido la dirección de la familia.

La razón para que se mantenga esta subordinación de la mujer a pesar de que se reconozca su igualdad "en cuanto atañe a la persona y dignidad humanas, y en las cosas que se derivan del pacto nupcial", es para unos su menor fortaleza física; para otros, la mayor preparación del marido; y para la mayoría, la necesidad de dividir el trabajo dentro de la familia.

Para nosotros, las dos primeras razones son injustificadas ya que, en el curso de la historia, se ha podido comprobar que la mujer es capaz de hacer los mayores esfuerzos y sobrellevar los más grandes sacrificios y también ha demostrado, en incontables casos, poseer una capacidad intelectual que no desmerece en ninguna forma ante la del varón.

Es verdad, en cambio, que, por razones fisiológicas naturales, corresponde a la mujer atender a sus hijos, cuidar de ellos y velar por la vida interna del hogar; y es por lo mismo que, al dividir el trabajo, se le asigna, por lo general, el cuidado de la casa, dejando al marido la jefatura general de la familia y la atención de sus actividades económicas.

Además, como bien dicen Planiol y Ripert (14), "en la sociedad conyugal, como en toda sociedad, es necesario que haya unidad de dirección. Sin duda es de desearse que esta unidad se realice por un acuerdo completo de los dos esposos en las cuestiones que haya que decidir. Pero, por muy perfecta que sea su unión, pueden subsistir diferencias de opinión y conviene que una de ellas tenga la preponderancia. El error que ha determinado la reacción feminista ha sido el considerar esta autoridad como una prerrogativa ejercida por el marido en su propio interés, cuando las razones que la justifican hacen de ella una función que el marido debe cumplir en bien de la familia".

(14) Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.—Tomo 2, pág. 282. Editorial Cultural S.A. La Habana 1945/46.

No cabe pensar en un doble comando o cogobierno absoluto o que, como lo dispone el Código Mexicano, (Art. 168), en caso de desacuerdo se recurra al Juez, puesto que éste no sólo impediría las decisiones rápidas, sino, lo que es más grave aún, conduciría a la disolución de los matrimonios al convertir cada discrepancia, grande o pequeña, en una cuestión judicial que, sin duda alguna, iría distanciando a los cónyuges, sin perjuicio de recargar la función de los magistrados con querellas muchas veces sin importancia.

Refieren Planiol y Ripert (15 y 16) que en los primeros proyectos del Código Civil Francés, Cambacères atribuía iguales derechos a ambos esposos en cuanto a la administración de los derechos comunes, pero que en su tercer proyecto renunció a esas ideas alegando que "esa administración común destruiría, con las discusiones que traería, el encanto de la vida doméstica".

Desde luego, al lado de los factores que tienden a reducir o a conservar la potestad marital, hay también otros que influyen en la legislación matrimonial: en España, la tradición, la religión y el sentimiento; en Alemania el espíritu familiar; en Francia e Italia, las tendencias económicas; en los países anglo-sajones, el apego a la libertad individual y a las disciplinas contractuales; y en Rusia la adhesión del Estado a una teoría social absorbente.

En cada país influyen más unos factores y otros menos, según los casos y de ello surge el régimen económico que elige cada cual para su legislación sobre el matrimonio.

* * *

Capítulo Segundo

LOS REGIMENES MATRIMONIALES, EN GENERAL

De acuerdo con lo expuesto, la propiedad y administración de los bienes dentro del matrimonio se organiza variadamente en los diferentes países.

Los sistemas respectivos pueden clasificarse en cuatro grupos que son: de unidad, de comunidad, de separación, y de tipo mixto.

4.—Régimen de unidad.

Pertenece a la historia y, según Colin y Capitant, (17) descansaba en la idea de que la mujer, por el hecho del matrimonio, caía bajo la autoridad de su marido y entraba en su familia lo mismo que los hijos que nacieran dentro del matrimonio. Por ello, todos los bienes que aportase al casarse, o que pudiera adquirir durante el matrimonio, pasaban a ser propiedad del marido, constituyéndose así un solo patrimonio perteneciente a éste.

(15) Obra citada en la nota Nº 14, Tomo 8º, pág. 571.

(16) Obra citada en la nota Nº 14, Tomo 8º, pág. 571.

(17) Colin y Capitant: Derecho Civil.—Tomo 6, pág. 6, Editorial Reus S.A. Madrid 1926.

Ocurría así en Roma, donde en los primeros siglos, en virtud de la "manus" o potestad marital, la mujer era considerada habitualmente como una hija de familia, sin derecho patrimonial alguno. Pero, a partir de la ley de las Doce Tablas, que permitía a la mujer, en el matrimonio por "usus", interrumpir la posesión marital pasando tres noches cada año fuera del hogar, fué haciéndose cada vez más frecuente el matrimonio sin "manus" en que cada cónyuge tenía su propio patrimonio. Derivó de allí la constitución de una dote, por el marido, por la mujer, o por extraños, a fin de que la mujer contribuyera a las cargas de la familia.

Así mismo, entre los pueblos germánicos, la familia íntima era una comunidad sujeta a la potestad (*munt*) (18) del señor de la casa. El marido era considerado como sucesor del padre de la novia y, como tal, alcanzaba junto con la autoridad sobre la persona de la mujer, el derecho de administrar sus bienes.

Según Martín Wolff (19) "acaso sólo se dejaba a disposición de la mujer los utensilios caseros y femeninos, llamados "gerade". El resto del patrimonio, especialmente la dote (20), en tanto no sea "gerade" entraba en la "Gewere" del marido, que los administraba durante el matrimonio junto con su patrimonio, pero sin adquirir la propiedad".

Inglaterra también acogió este sistema de unidad hasta fines del siglo XIX.

En la actualidad ya no se practica en la generalidad de los países porque, con el mismo, por preservar la potestad del marido y el patrimonio familiar de tipo feudal, se despojaba a la mujer.

5.—Régimen de comunidad.

Por virtud de este sistema el marido y la mujer ponen en un fonda común y bajo la administración del marido todos sus bienes o parte de ellos. Se diferencia del anterior en que la mujer no pierde su derecho al patrimonio común, puesto que se le considera como copropietaria de los bienes conyugales y tiene derecho a recibir una parte de tal patrimonio común, generalmente la mitad, al disolverse la sociedad matrimonial.

En este régimen de comunidad se conocen varios tipos y entre ellos los más importantes son:

-
- (18) El "munt" germánico se diferenciaba del "manus" romano en que, mientras que el primero se ejercía tanto sobre la mujer como sobre los hijos, los siervos y los extraños dependientes de la casa, el "manus" sólo confería autoridad especial sobre la mujer y restrictivamente sobre los hijos y los esclavos.
- (19) Derecho de Familia, por Theodor Kipp y Martín Wolff, Sexta Edición. Traducción por Blas Pérez González y José Castán Tobeñas.—Volumen 1º, "El Matrimonio". Publicado por Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1941. pág. 262.
- (20) El marido reconocía una dote a la mujer, en virtud de pacto que se celebraba antes del matrimonio, o se fijaba por leyes. También existía el "morgengad" o "donación de la mañana" que se adjudicaba a la esposa al día siguiente de la boda como premio a su virtud. Igualmente se reconocía a la esposa el "Witua" o dote para su viudedad.

- A) La comunidad universal o absoluta; y
- B) La comunidad relativa, que puede ser:

- I) De muebles;
- II) De gananciales;
- III) De muebles y gananciales;
- IV) De aportaciones;
- V) De bienes futuros;

A).—Comunidad universal.

En la comunidad universal, los esposos ponen todos sus bienes en un fondo común, bajo la administración del marido. Es una verdadera sociedad universal de bienes que se liquida al extinguirse el vínculo matrimonial dividiendo los bienes, generalmente por mitades, entre el marido y la mujer o entre sus herederos.

Se le justifica diciendo que el matrimonio significa unidad de vida, de afectos, de aspiraciones y de ideales y que tal unidad en las existencias de los esposos requiere que se extienda a sus patrimonios, pues no sería aceptable que en la parte económica los esposos se trataran como extraños. Por ello, se sostiene que el patrimonio conyugal, mientras subsista el matrimonio, debe formar un todo indivisible.

Es evidente, sin embargo, que este régimen puede resultar peligroso y dar lugar a grandes abusos debido a los poderes excesivos del marido, o cuando exista una gran desigualdad económica entre los futuros esposos, antes del matrimonio, que despierte los apetitos y malas artes de los cazadores o cazadoras de fortunas. Se le critica también diciendo que convierte el afecto que originó el matrimonio, en título de dominio.

Se practica muy raramente en Francia, y como régimen legal en Holanda, Noruega, Finlandia, Portugal, Brasil y Dinamarca.

B).—Comunidad relativa.

B-I).—Comunidad de Muebles.

En este sistema se ponen en común tan sólo los bienes muebles que los esposos tenían antes del matrimonio y los que adquieran durante la vida de casados. La administración corresponde generalmente al marido, repartiéndose el patrimonio común por igual al fenecer la sociedad conyugal.

Cada esposo conserva la propiedad sobre sus respectivos bienes inmuebles.

Salta a la vista las dificultades que pueden presentarse con este régimen si uno de los esposos posee bienes muebles y el otro inmuebles, pues en tal caso uno de ellos perdería todos sus bienes en beneficio común y el otro conservaría los suyos.

Se practica a veces en los países donde existen convenciones o pactos nupciales.

B-II).—Comunidad de gananciales.

En ella cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes de cualquier clase que poseía antes del matrimonio y sólo van a integrar el fondo común las rentas de los bienes propios de los cónyuges, los frutos del trabajo de cualquiera de ellos y los muebles o inmuebles que adquieran durante el matrimonio a título oneroso con fondos comunes.

Se le critica diciendo que es difícil determinar la responsabilidad por las deudas, o sea cuándo son propias o comunes; y alegando que origina también litigios al momento de la liquidación.

Sin embargo, es el sistema más antiguo, pues se le encuentra ya en el Código Hamurabi que data de 2100 años antes de la Era Cristiana.

Según Colin y Capitant (21) es el que más se emplea por los esposos que celebran contrato de matrimonio en Francia.

Es obligatorio en el Perú, en Argentina, en Rusia y en algunos Estados Norte Americanos. Se practica también, con categoría preferente, en España y Chile.

B-III).—Comunidad de muebles y gananciales.

Este régimen combina los dos sistemas anteriores. Según él se pone en el fondo común todos los bienes muebles de los esposos y los bienes inmuebles que adquieran durante el matrimonio a título oneroso. Los bienes inmuebles que tenían antes del matrimonio y los que adquieran durante él a título gratuito, ésto es por herencia o donación, continúan siendo propios de cada uno, aún cuando sus rentas se incorporan al patrimonio común. Según el mismo, la renta proveniente del trabajo de cada cónyuge se incorpora al patrimonio común. La administración corresponde al marido y la división se hace generalmente por igual cuando fenece la sociedad conyugal.

Se le critica diciendo que origina grandes desigualdades cuando los aportes de los cónyuges no son equivalentes (si uno de los cónyuges tiene inmuebles que conserva como propios y el otro muebles que debe aportar al fondo común); que es difícil establecer la responsabilidad por las deudas propias y comunes; y que origina litigios al momento de la liquidación.

Es el régimen legal de Francia, o sea el que se aplica allí cuando los cónyuges no han escogido uno especial por medio de una convención matrimonial o cuando ésta deviene nula. Se practica también en Quebec, Luisiana, Haití, Santo Domingo, Bélgica y Luxemburgo.

B-IV).—Comunidad de aportaciones.

Ocurre cuando los esposos restringen la comunidad a ciertos bienes que limitativamente aportan a la masa común.

Se practica en Francia en algunos pactos nupciales.

(21) Obra citada en la nota N° 17, pág. 7.

B-V).—Comunidad de bienes futuros.

Bajo este régimen, la comunidad comprende todos los bienes que por cualquier título, oneroso o gratuito, se adquirieran después del matrimonio, pero no los que tenían antes los cónyuges. Es una limitación poco usada de la comunidad universal.

B-VI).—Comunidad con bienes reservados.

Este tipo es una variante de cualquiera de los regímenes de comunidad, y en virtud de él, la mujer administra y dispone libremente de los frutos de su trabajo, por mas que se les considere comunes, con cargo de que contribuya equitativamente al mantenimiento de los hijos comunes y del hogar en general, y de que, al concluir la vida matrimonial, se divida por igual lo que se haya adquirido con tales frutos o sus rentas.

Se aplica en Francia, Alemania, Argentina y Suiza. Entre nosotros rige imperativamente, como un complemento del sistema de comunidad de gananciales.

6.—Régimen de separación.

Los pueblos en que la mujer ha adquirido un grado sumo de independencia practican por lo general el sistema de separación en el que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes y disfruta de ellos sin que llegue a constituirse jamás un patrimonio común.

Los partidarios de este sistema lo fundamentan diciendo que es indispensable para la independencia económica de los esposos y como una garantía de concordia entre ellos, pues elimina las ambiciones de carácter personal y favorece la emancipación de la mujer.

Se sostiene, para este efecto, que el matrimonio es un vínculo de orden personal y afectivo y que no altera la economía individual de los esposos, quienes pueden atender sin ninguna dificultad a las necesidades de los hijos y del hogar en general, contribuyendo proporcionalmente a los gastos que se produzcan.

Aún cuando este sistema se practica en muchos países con carácter forzoso, como en Austria, Escocia, la mayoría de los Estados Americanos, Inglaterra, Italia y Rumanía; con carácter voluntario en otros países como Bulgaria, Checoeslovaquia, Servia, Grecia, Turquía, parte de Australia, Lituania y Yugoslavia; y, en forma muy limitada, en Chile; lo cierto es que está sujeto a numerosas críticas, pues, a veces va contra la unidad familiar, favorece el cálculo y el desacuerdo entre los esposos y conspira contra la armonía entre ellos. La mujer no participa de las ganancias del trabajo del marido aún cuando colabore con él dentro del trabajo del hogar y sufra toda clase de penalidades; y si el matrimonio se disuelve, después de muchos años, es difícil discriminar cuáles son los bienes propios de cada cual, sobre todo cuando, a pesar de la separación, la mujer deja tácitamente que administre el marido.

No puede negarse, sin embargo, que en los países o lugares donde se da mayor importancia a los intereses pecuniarios y a la independencia

de la mujer, la separación puede llegar a ser una necesidad, lo mismo que en los casos en que la comunidad de bienes resulta insostenible por razón de la forma como se administran los bienes por uno de los cónyuges o por ambos.

7.—Regímenes mixtos.

Existen además ciertos sistemas en que los bienes de los esposos tienen al mismo tiempo características del régimen de comunidad y de la separación.

Sucede así en el régimen dotal, en la comunidad de administración y en la comunidad de participación.

Desde luego, podría también llamarse sistemas mixtos a todos los regímenes de comunidad relativa, porque en ellos hay simultáneamente bienes propios y bienes comunes, pero no los incluimos en esta categoría por que en los sistemas de comunidad relativa los bienes propios son claramente así, sin tener matices de comunes y sucede igual cosa con éstos últimos.

En cambio, en los regímenes que nosotros calificamos de mixtos sucede lo contrario.

A).—Régimen dotal.

En el régimen dotal la mujer lleva al matrimonio ciertos bienes propios destinados a atender a las necesidades del hogar. Como bienes de ella, deberían estar sujetos a su administración, pero el hecho es que los entrega al marido para que éste los administre.

Aunque las leyes nacionales han reglamentado siempre el otorgamiento de dote a la mujer, la institución no rige, en la práctica, entre nosotros. Se admite como régimen voluntario en España, Francia y otros países.

B).—Régimen sin comunidad.

En este sistema que también se llama de unión de bienes o de comunidad de administración y goce del marido, y también de disfrute del marido, cada cónyuge conserva la propiedad de su patrimonio, pero la mujer entrega sus bienes al marido para que éste los administre y disfrute de ellos durante el matrimonio.

Los bienes de la mujer no pierden así su carácter de propios, pero, en cambio, ella pierde durante el matrimonio la posibilidad de gozar de ellos.

Es el sistema legal para Suiza y Alemania cuando no se ha optado por otro en la convención matrimonial.

C).—Comunidad de participación.

En Costa Rica, Colombia y Suecia, cada cónyuge conserva la propiedad y administración de su patrimonio, pero al extinguirse el vínculo conyugal se ponen todas las ganancias en común y se dividen por igual. Por eso se llama el sistema de comunidad de participación.

Capítulo Tercero

ADOPCION DE LOS REGIMENES MATRIMONIALES

Hemos dado cuenta ya de los diversos sistemas o regímenes que pueden adoptarse para resolver los problemas económicos que origina el matrimonio, pero queda por dilucidar, en virtud de qué se aplican algunos de los regímenes antes examinados, varios de ellos, una mezcla de los mismos o algo diferente.

La respuesta es que las cuestiones económicas originadas por el matrimonio se resuelven por la ley, por la voluntad de las partes, por la ley unida a la voluntad de las partes o por resolución judicial.

8.—Imperio de la ley.

La ley actúa por sí sola, en algunos países, imponiendo un sistema exclusivo del cual no pueden apartarse los interesados, salvo casos muy excepcionales.

Así sucede en el Perú, en que es forzoso el régimen de comunidad de gananciales y en que se tolera el régimen de separación únicamente por causas excepcionales.

También opera la ley por sí sola, en los países donde se admiten pactos nupciales, cuando las partes no han escogido régimen alguno o cuando deviene nulo o impracticable el sistema que han elegido.

9.—Imperio de la voluntad. Los pactos nupciales.

En numerosos países las partes establecen por medio de contrato el régimen que quieren aplicar a sus bienes durante el matrimonio.

A).—Denominación.

Se llama a estos contratos capitulaciones o convenciones matrimoniales o también contratos matrimoniales o contratos con motivo del matrimonio.

En España se les denomina capítulos o pactos nupciales.

B).—Fundamentos y crítica.

Se les defiende diciendo, de un modo general, que no interesa a la Sociedad que los esposos se sometan a un régimen económico determinado, pues eso está sólo dentro de su interés privado, y que basta, por consiguiente, que el Estado dé normas generales que obliguen a respetar los fines del matrimonio y los principios universales concernientes a la moral, orden público y buenas costumbres.

Para muchos, sin embargo, el Estado no puede dejar que los interesados decidan por sí solos el régimen económico a que se deberá someter su vida conyugal, pues interesa a la sociedad, en general, y al orden público, en particular, la consolidación de la familia y el que ésta funcione den-

tro de las normas económicas y legales más adecuadas para su buen desarrollo. Se agrega, por lo mismo, que resulta peligroso dejar a las partes que elijan libremente el sistema que encuentren más conveniente, ya que pueden equivocarse al convenir en algo ilícito, deficiente o contrario al interés general.

C).—Antecedentes.

El hecho es, sin embargo, que la institución se generaliza y que se practica en muchos de los países más importantes del mundo.

Se le conocía ya en Roma cuando se celebraban convenciones para la constitución de la dote; se hace referencia a ella en la Novela 97, Capítulo I, al ocuparse de la inalterabilidad de los pactos dotales anteriores y posteriores al matrimonio; se le menciona en El Digesto, Libro XXIII, Título 4º, Ley Primera; tratan de ella Las Partidas, Ley 24, título XI, Partida IV, autorizando los pactos en que las partes convinieren como dividirse lo que ganaren de consumo.

Se reconoce, asimismo, que comenzaron a tener auge desde el siglo XVI y nadie niega que tienen gran difusión en la actualidad.

D).—Momento de celebración.

En casi todos los países, solo pueden celebrarse los pactos nupciales antes del matrimonio.

Así sucede en el Brasil, Chile, Venezuela, Costa Rica, Haití, Uruguay, Panamá, Québec, Francia, Italia, Holanda y Japón.

En México, inclusive, es imperativo celebrar las convenciones como una formalidad inherente al matrimonio.

Turquía, Noruega y Suiza los admiten con ciertas dificultades, después del matrimonio y sólo en Alemania, Austria, Checoslovaquia, Yugoslavia, Livonia, Estonia, Curlandia, Suecia, Dinamarca e Inglaterra, se permite que las convenciones matrimoniales puedan concluirse antes o después del matrimonio.

Como dicen Theodor Kipp y Martin Wolff (22), en el primer caso (pactos pre-nupciales), se impide que entre en vigor el régimen legal y, en el segundo caso, (pactos post-nupciales), el régimen legal o convencional ya en vigor, se altera a posteriori.

Dicen los mismos autores que "no está exenta de inconvenientes la admisión de contratos de matrimonio después de la celebración del mismo y, por lo tanto, la alteración del régimen matrimonial ya existente. La experiencia enseña que casi siempre el fin de tales contratos es perjudicar a los acreedores de uno de los cónyuges, aunque tal intención no puede demostrarse claramente".

Por la misma razón en muy pocos lugares se permite reformar las convenciones después del matrimonio.

(22) Ennecerus-Kipp-Wolff.—Tratado de Derecho Civil, obra citada en N° 19. Tomo IV, Volumen I, pág. 275.

E).—Cómo opera la voluntad.

Cuando la ley permite que funcione libremente la voluntad de las partes, pueden éstas establecer el régimen que quieran adoptando uno reglamentado por la ley, reformándolo combinándolo con otro, o en fin, creando uno nuevo.

Así en Brasil, Francia y España puede pactarse en las convenciones matrimoniales todas las cláusulas que se desee siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres, al estatuto familiar o a los principios de la herencia.

Sin embargo, aún en estos países, la ley ha cuidado de reglamentar varias fórmulas-tipos para que las partes, si lo desean, puedan elegir una de ellas, sin necesidad de hacer su propia reglamentación.

En Francia, rigen como fórmulas-tipos: la comunidad, que puede ser universal de muebles y gananciales, o restringida al arbitrio de las partes; el régimen sin comunidad; o la separación y el régimen dotal. Si las partes no han celebrado convención o si la celebrada deviene nula o no puede ejecutarse, los cónyuges deben sujetarse al régimen de comunidad de muebles y gananciales.

En España, las fórmulas-tipos reglamentadas por la ley son: la comunidad de gananciales que rige también a falta o por defecto de la convención; el régimen dotal; y la separación. También se permite los sistemas forales, pero con la condición de que en un lugar no se puede adoptar el régimen foral de otro sitio, a fin de que no haya confusión acerca de la ley por aplicar. Se prohíbe allí reformar las convenciones después del matrimonio.

10.—Actuación de la voluntad bajo la tutela de la ley.

En no pocos países como Alemania y Suiza la ley autoriza la convención matrimonial, pero no permite a los interesados pactarlas a su arbitrio, obligándolos a elegir entre una de las fórmulas-tipos que establece la ley. Así en Alemania, las partes deben elegir necesariamente entre el régimen de administración y disfrute maritales; la comunidad, que puede ser universal, de gananciales, o de muebles; y la separación. En Suiza ocurre lo mismo. En Chile existe la comunidad de gananciales que puede ser atemperada con una separación limitada.

11.—Régimen judicial.

Cuando es imposible aplicar el régimen-legal o cuando las convenciones resultan inoperantes, hay que recurrir a los Tribunales y es entonces que éstos pueden imponer a las partes un régimen legal o un sistema alternativo.

Entre nosotros, de acuerdo con los artículos 240, 241 y 271, en muy contadas circunstancias, se pone en suspenso la comunidad de gananciales y por vía judicial se impone a los consortes la separación de bienes.

SEGUNDA PARTE

GENERALIDADES SOBRE EL REGIMEN PERUANO

Capítulo Cuarto

BASES Y ANTECEDENTES

12.—Régimen peruano.

De acuerdo con el Art. 176 del Código vigente, por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en la que puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes.

El Art. 1339 agrega que se prohíbe contratar entre cónyuges.

Por consiguiente, nuestro Código impone un sistema legal forzoso: el de la comunidad de gananciales, llamado también sociedad conyugal o sociedad de gananciales y no permite los pactos nupciales.

La separación es un régimen supletorio que las partes no pueden escoger por su propia voluntad y que sólo rige cuando ocurren situaciones muy graves, previa resolución del poder judicial.

El régimen de sociedad conyugal, elegido por la ley peruana se caracteriza, de acuerdo con el Art. 176 del Código Civil, por lo siguiente:

- 1º—Existen bienes propios de cada cónyuge;
- 2º—Existen bienes comunes;
- 3º—Cada uno administra sus bienes propios, salvo los bienes dotales de la mujer que son administrados por el marido;
- 4º—El marido administra los bienes comunes, salvo los frutos del trabajo de la mujer y la renta de los bienes de los hijos de ésta, que ella administra;
- 5º—Cada cónyuge responde con sus bienes por las deudas propias; y
- 6º—Los bienes comunes responden por las deudas comunes y el marido por las suyas y las comunes.

13.—Ubicación de la sociedad conyugal como institución jurídica.

Muchos se preguntan a qué institución de orden económico o jurídico puede asimilarse la comunidad de bienes que se establece entre los esposos por razón del matrimonio.

Para unos es una **sociedad civil** porque los cónyuges ponen bienes en común, formando con el matrimonio una nueva unidad familiar; para otros, es un **condominio**, y para algunos, una **persona jurídica**.

Nosotros pensamos que, en realidad, la llamada sociedad conyugal no es una **sociedad civil** ni una sociedad mercantil, porque faltan los elementos indispensables para la constitución de una sociedad de esta clase, desde que no hay **afectio societatis**, ni espíritu de lucro, puesto que los esposos no contraen matrimonio para los efectos de poner bienes en común ni con el objeto de obtener utilidades.

Como bien dice Planiol (23), en la sociedad civil o mercantil, las partes establecen libremente cómo ha de funcionar la sociedad, quién ha de ejercer la gerencia, cuándo comenzará y terminará la sociedad. Existe la obligación de rendir cuentas e, inclusive, muertos los socios, puede continuar la sociedad con sus descendientes. En cambio, en la llamada sociedad conyugal, la ley es la que estipula como funcionará esta sociedad, quien ejercerá la representación; quien será el jefe de ella; permite que haya bienes propios de cada cónyuge que no forman parte de la sociedad. Sólo ciertos bienes quedan en común, lo mismo que determinadas deudas. El marido no rinde cuentas de su administración, la duración de la sociedad conyugal no depende de la voluntad de las partes; dura mientras existe el vínculo conyugal y termina con la muerte de uno de los cónyuges sin que pueda prorrogarse posteriormente.

Tampoco puede confundirse con el condominio porque no hay partes alícuotas, sino bienes propios y comunes; no administra cada cual una parte alícuota ni puede enagenar su parte proporcional por separado, ni pedir la división y partición como sucede en la co-propiedad, sino que debe someterse a la administración de una de las partes que puede, inclusive, disponer de los bienes sin el consentimiento de la otra.

Finalmente no es una **persona jurídica** nueva, porque no hay ley ni razón moral ni jurídica que autorice la creación de un ser ficticio que se interponga entre los esposos con desmedro de la unión absoluta que significa la vida matrimonial.

Si bien los asociados no responden en la persona jurídica por las deudas de ésta, en cambio, en la sociedad conyugal, el marido, y algunas veces la mujer, responden por las deudas comunes, de modo que no existen en el texto de la ley ni en la práctica las características jurídicas indispensables para que se forme con el matrimonio una nueva persona jurídica.

Hay que admitir, por lo mismo, que la sociedad conyugal es una institución **sui-generis** que participa en cierta proporción del condominio, en cuanto hay bienes comunes, y de la sociedad, en cuanto hay un administrador común en ciertos bienes. En lo demás es una institución autónoma y válida por sí sola.

14.—Origen del sistema peruano.

Los antecedentes más remotos del sistema de comunidad de bienes que se practica en el Perú se encuentran, según algunos, en el Código Hamurabi, hallado en Susa y que data del año 2100 antes de la Era Cristiana (23a.).

Desde luego, no podemos pretender que hemos extraído nuestra legislación de esa fuente tan distante, y por eso debemos basar nuestra historia en antecedentes más próximos: los hispánicos.

(23) Obra citada en la nota N^o 14, Tomo 8, pág. 191 y sgtes.

(23a) Hamurabi o Yamurabi, fué uno de los monarcas de la primera dinastía Babilónica; reinó en los años 2,125 a 2,081 (A.J.). El Código fué descubierto por Morgan en la Mesopotamia. Susa era una ciudad en el Elam (Mesopotamia).

En las tribus germánicas hubo la costumbre de dividir entre los cónyuges el botín que traía el esposo de la guerra o de la caza y los frutos que obtenía la mujer en el trabajo de la tierra. Se dice que llevaron estas costumbres de Tracia e Iliria a España y que se fué formando así en la Península un derecho consuetudinario de participación de ambos esposos en las ganancias obtenidas durante el matrimonio, aún cuando no hubiera regla precisa acerca de la proporción que tocaba a cada cual y siendo lo más probable que tal participación variase según las tribus y las regiones.

Estas costumbres se fueron transformando poco a poco en legislación positiva, y, así, en el Código de Eurico (años 466-499), hay vestigios de la institución, lo mismo que en el Liber Judiciorum de Recesvinto (años 649-672); en el siglo XII se dictó una disposición por el Papa Urbano III, mandando que los gananciales se partieran por igual entre los esposos; el Fuero Juzgo (siglo XIII) reconoció los gananciales pero no estableció proporción definida para dividirlos; en el Fuero Real (año 1255) se regula la institución en las leyes 1 y 3, Título III del Libro III (23b) en Las Partidas (años 1256-65) se hace varias referencias a los gananciales, sin fijar el derecho preciso de cada cónyuge; pero es en las leyes de Toro (año 1505), ley N^o 77, que se establece que al liquidarse la sociedad conyugal corresponderá a cada cónyuge la mitad de los gananciales, disposición que se incorpora posteriormente a la Nueva Recopilación (año 1567) y a la Novísima Recopilación (año 1805) (23c).

Estas leyes nos vinieron al Perú con la Colonia y siguieron rigiendo algunos lustros durante la República.

Es así como nos ha llegado la institución, tal como rige en la actualidad, de España, pues en el imperio incaico no se reconocía gananciales a la esposa.

En tiempo de los Incas, el común de las gentes dependía de su ayllu; las tierras que cada cual recibía en las distribuciones periódicas, no podían ser enajenadas ni transmitidas a otro; y los poseedores tenían, por lo general, un simple derecho de usufructo que les permitía aprovechar de los rendimientos sólo para subsistir, pero no para ahorrar ni para formar un capital en el sentido actual de la palabra.

No podría hablarse, pues, entonces, de una comunidad de gananciales, donde no había dominio privado, y cuando sólo podía transmitirse, al fallecimiento, los bienes de uso personal.

Es cierto que entre los incas, los curacas y los grandes señores, se admitía la propiedad individual, pero entre ellos mismos la situación de la mujer era completamente subordinada —casi una propiedad del jefe de la familia— y la transmisión de los bienes se hacía habitualmente por la línea

(23b) El Fuero Real, en la ley 1A título 3, lib. 3, dice: Toda cosa que marido y la mujer ganasen o comprasen estando de consuno, háyanla ambos de por medio.

(23c) Don. Felipe Clemente de Diego, en su Derecho Civil Español, en la pág. 445 (Ed. Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930) dice: "Aparecen los gananciales en el Fuero Juzgo, dividiéndose entre los cónyuges en proporción al capital de cada uno, salvo que hubiese poca diferencia entre ellos, pues entonces se dividían por mitad. En el Fuero Real y en el Viejo se sigue el propio criterio".

del varón. Muy raros fueron los casos en que la coya o la consorte de un curaca quedó con el patrimonio familiar (24).

Al advenimiento de la República siguieron rigiendo en el Perú las leyes españolas. Cuando, en 1836, se dictó el Código de Santa Cruz, de corta duración, se sometió a los esposos a la comunidad de gananciales, en la forma que rige en nuestros días (Art. 970). El proyecto de Vidaurre, en su Art. 39, contiene disposiciones análogas; y los Arts. 955 y 956 de nuestro Código de 1852 dicen prácticamente lo mismo que el 176 del actual.

La institución, por consiguiente, en sus líneas fundamentales, no ha variado desde la época del Virreynato, salvo algunos principios que conducen a la liberación de la mujer al permitirle la administración de sus bienes propios y de las ganancias que obtenga en su trabajo y con la renta de los bienes de sus hijos menores.

15.—Fundamentos.

Se justifica la subsistencia del régimen de comunidad de gananciales como obligatorio en el Perú, haciendo presente que, como bien dice Rébora (25), la comunidad de gananciales es el régimen de las economías minúsculas, necesario para la familia agricultora o ganadera, para el pequeño comerciante, para el funcionario, para el empleado y para el profesional, pues si bien el marido trabaja fuera de la casa, la mujer lo hace en el hogar, y ambos para los hijos, de modo que deben compartir las ganancias entre los dos.

Se critica el sistema de acuerdo con las observaciones generales hechas al régimen de comunidad de bienes, pero lo cierto es que la sociedad de gananciales contribuye a la unidad de los esposos, no contraría los derechos de la mujer y, por lo contrario, comunica a ambos el mismo interés solidario en las actividades económicas de la familia.

Cuando se trató de redactar el nuevo Código Civil, los miembros de la Comisión Reformadora en sus reuniones iniciales acordaron mantener el régimen del Código del 52, sin más reformas que las indispensables para elevar la condición de la mujer, que siendo absolutamente capaz de soltera se convertía en una incapaz relativa por el hecho del matrimonio (Art. 28, inc. 1º).

Más, cuando se presentó el ante-proyecto del Doctor Pedro M. Oliveira, encargado de redactar el respectivo título del Código, se creyó ver en el articulado una disposición que permitía las convenciones matrimoniales (Art. 4º), lo cual fué observado por el Doctor Juan José Calle.

El Doctor Manuel Augusto Olaechea, partidario de los pactos nupciales, propuso entonces que se mantuviera la sociedad conyugal, pero facultando a los contrayentes para elegir el régimen de separación.

(24) Historia del Derecho Peruano por Jorge Basadre.—Pág. 105 y sgtes. pág. 169 y sgtes. y pág. 176 y sgtes. Ed. Editorial Atenea S.A. Lima, 1937.

(25) Cita del Doctor Emilio F. Valverde. Derecho de Familia en el Código Civil Peruano.—Pág. 437. Ed. Imprenta Ministerio de Guerra 1942.

Reconoció el Doctor Olaechea que el régimen de comunidad de gananciales correspondía a la tradición nacional, diciendo: (26).

"Este sistema intermedio, que consagra el genuino régimen nupcial de la familia peruana, es expresivo de una combinación feliz que suprime los inconvenientes del sistema de la comunicación general de bienes y los del régimen económico de separación dentro del cual cada uno de los esposos conserva su propiedad y la libre administración de ella. Los resultados de la producción, las ganancias obtenidas y las adquisiciones efectuadas con posterioridad al enlace, vienen a formar, por decirlo así, una propiedad colectiva que pertenece a la entidad jurídica creada por los esposos mediante el enlace. Sin duda alguna la intención de los que se unen por el matrimonio es constituir una comunidad moral y material y desde este punto de vista la presunción legal de la sociedad de gananciales es inherente a la índole misma de la institución del matrimonio".

Pero, al mismo tiempo, defendió la introducción del régimen de separación, como subsidiaria, con las siguientes palabras: (27).

"No se ha aducido, empero, ningún argumento concluyente para destimar el régimen jurídico-económico de la separación, cuando este régimen es simplemente opcional y subsidiario; porque el hecho solo de adoptarlo los esposos es la revelación tangible de su bondad en cada caso ocuriente, cuando su adopción obedece a situaciones excepcionales en que el marido y la mujer tienen intereses complicados y distintos. Ninguna legislación sagaz puede sustraerse a los hechos; y cuando dos esposos eligen libremente el régimen de separación de patrimonios para organizar la futura familia, es preciso admitir que este régimen cumple una necesidad efectiva".

Agregó luego "que la nueva institución, creada por la ley en forma simplemente opcional y subsidiaria, acomoda el anteproyecto al escenario de lo real en un futuro que ha de llegar en el Perú y que presupone un camino fundamental en la organización de la vida social peruana. El Perú, como todos los demás países de América, tiende a formarse por aluvión y ha de llegar en su evolución un momento en que las aspiraciones jurídicas, suscitadas por el cosmopolitismo del medio ambiente, requieran y vitalicen ampliamente la institución que el exponente ha tenido el honor de someter a la Comisión como forma puramente opcional y de carácter subsidiario".

"El régimen de la separación de bienes afirma y define la personalidad civil de la mujer, casada y desde este punto de vista feminista gana terreno en los Códigos y en la literatura jurídica".

Concluyó finalmente el Doctor Olaechea, expresando que:

"El régimen que propugno tiene la ventaja moral incuestionable de alejarse en la medida de lo posible, de las uniones celebradas bajo la influencia deleterea del cálculo. El ejemplo de los codificadores español y brasileño, dando cabida al régimen de separación como subsidiario es, a mi parecer, un hecho legislativo digno de ser imitado en el Perú".

(26 y 27) Germán Aparicio y Gómez Sánchez. Código Civil, Concordancias.—Tomo 3, pág. 219. Ed. Taller Librería Guadalupe, año 1922.

(28) Obra citada en la nota N° 26, Tomo 8°, "Jurisprudencia", pág. 98 y 99. Edición de la Librería e Imprenta Gil S.A., 1938.

El Doctor Alfredo Solf y Muro, aún cuando manifestó su simpatía por los conceptos del Doctor Olaechea, opinó porque no debería introducirse la innovación propuesta, por cuanto creía que:

"En el momento actual, dada la sociabilidad del Perú, ese pacto no tendría vida, rompe con la costumbre y sería utilizado en poquísimas veces ... para un futuro más o menos próximo dependiente del ritmo de la inmigración ese pacto en la forma española de ser pre-nupcial, no sería bastante, pues no es antes del matrimonio sino durante él, que los consortes y sobre todo la esposa, llegando a darse cuenta de la necesidad del régimen de separación de bienes; ... admitir desde luego la posibilidad de cambiar de régimen después del matrimonio permitiendo esa contratación entre esposos importa una novedad en la institución española y brasileña, que ofrece tales inconvenientes que por ellos no la acepta el mismo señor Olaechea; y ... en conclusión, con la institución de los bienes reservados en la forma tan amplia propuesta por el señor Oliveira y aceptada ya por la Comisión, queda perfectamente satisfecha la necesidad sentida hoy de romper el exclusivismo y rigidez de la regla general de la comunidad de bienes como único sistema legal".

El Doctor Juan José Calle defendiendo los mismos puntos de vista que el Doctor Oliveira, sostuvo que el Art. 4º del proyecto, al permitir a los cónyuges todas las estipulaciones lícitas, se refería a las relaciones personales entre ellos y no a los bienes de la sociedad conyugal e insistió en la tesis contraria a las capitulaciones matrimoniales, reproduciendo los argumentos del Doctor Solf y agregando:

"El argumento de la inmigración futura que cambie el medio ambiente del Perú carece de fuerza, porque una observación atenta y constante de la realidad me tiene persuadido de que el hombre de fortuna y aún aquel que con sólo su trabajo, industria o profesión, consigue lo preciso para subvenir a sus necesidades y a las de su familia, no emigra nunca; emigra únicamente el que no encuentra en su patria campo para desarrollar su actividad y busca en el extranjero trabajo bien remunerado que le proporcione más o menos tarde comodidades y fortuna; ... uno de los medios con que para ese fin cuenta el emigrante que viene a estas Américas es el de un posible enlace con una heredera rica o aunque no lo sea, tenga lo preciso para asegurarle una subsistencia cómoda, un pequeño capital con el cual pueda elaborar la fortuna a que aspira y persigue; ... a una persona en tales condiciones no puede convenirle el régimen de separación de bienes, sino más bien el de la comunidad y de gananciales, únicos que pueden llevarle a la realización de sus aspiraciones; ... por consiguiente, cualquiera que sea la importancia o volumen que adquiera con el tiempo la inmigración en el Perú, nunca llegará a ser viable el régimen de la separación de bienes, quedando, por consiguiente, superflua toda legislación sobre la materia".

Terminó diciendo que:

"Sería, en consecuencia, introducir forzosamente por una ley una institución extraña a nuestras costumbres, y respecto de la cual tampoco se puede discurrir sobre su utilidad futura por cuanto están distantes las condiciones dentro de las cuales puede esperarse que sea necesaria, siendo es-

tas mismas, insospechables desde que se discurre sobre la base de que serán las determinadas por futuras corrientes inmigratorias”.

La Comisión, en vista de estas opiniones, resolvió, finalmente, mantener como régimen legal obligatorio el de la comunidad de gananciales y admitir la separación sólo para casos excepcionales y no como un sistema electivo para los esposos.

16.—Cómo nace la sociedad conyugal en el Perú.

De acuerdo con el Art. 176 del Código, la sociedad conyugal solamente nace entre nosotros por razón del matrimonio. El concubinato y cualquier otra unión ilícita no produce los efectos de la sociedad conyugal. Así se ha establecido ya por diversas ejecutorias supremas entre las que pueden citarse las de 3 de Enero y 15 de Octubre de 1935, y la de 11 de Diciembre de 1936 (28).

La razón para que esta sociedad se establezca sólo con el matrimonio es clara.

Contraen matrimonio, y, por consiguiente, se unen en una sociedad conyugal, quienes quieren someterse a la ley; en la ceremonia nupcial se lee a los esposos los artículos pertinentes del Código para que conozcan a qué se obligan en esencia y, es en virtud de su consentimiento que se les impone determinadas normas que les producen obligaciones y beneficios.

En cambio, viven en concubinato quienes no desean someterse a la ley, pues de otro modo, si lo quisieran, se casarían.

La ley no puede amparar a quienes viven al margen de ella y a quienes deliberadamente se abstienen de cumplirla.

El único recurso que tendría el varón contra la mujer o vice-versa, en caso de una unión de esta clase, sería el reclamo por enriquecimiento ilícito, pero de ningún modo pueden pretender que existe entre ellos una sociedad conyugal sujeta a las leyes del matrimonio.

17.—Cómo termina.

Nacida la sociedad conyugal con el matrimonio fenece según el Art. 199 del Código Civil: por la muerte de uno de los cónyuges; por la nulidad del matrimonio; por el divorcio; por la separación de bienes; y por la declaración de ausencia.

T E R C E R A P A R T E

REGLAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Capítulo Quinto

EL ACTIVO PROPIO

BIENES DE CADA UNO DE LOS CONYUGES

18.—Los tres patrimonios.

Según el Art. 176 del Código vigente, en la sociedad conyugal peruana hay bienes propios de cada cónyuge, y bienes comunes.

Por consiguiente, con el matrimonio, se forman entre los esposos tres patrimonios distintos, o sea

- El patrimonio de la mujer;
- El patrimonio del marido; y
- El patrimonio común.

A estos tres patrimonios se agrega, en calidad aparte, el menaje ordinario de casa que, conforme al Art. 200, al fenecer el matrimonio se entrega al cónyuge sobreviviente o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio.

Los dos primeros patrimonios se califican por el Código con el nombre de "bienes propios de cada cónyuge" y conviene examinarlos en todos sus aspectos.

19.—Cuáles son los bienes propios.

Dice el Art. 177 del Código Civil de 1936, que son bienes propios de cada cónyuge:

- 1º—Los que aporte al matrimonio;
- 2º—Los que adquiriera durante el matrimonio a título gratuito;
- 3º—Los que adquiriera durante el matrimonio a título oneroso cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento; y
- 4º—La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la sociedad.

Veamos el alcance de cada uno de estos incisos.

20.—Bienes anteriores al matrimonio.

Art. 177. Inc. 1).—"Son bienes de cada cónyuge... Los que aporte al matrimonio".

Pertenece a esta clase todos los bienes, acciones o derechos que cada cónyuge tiene en el momento del matrimonio, salvo aquellos que les haya sido otorgados o donados, en común, por razón de su unión.

A).—Bienes de la mujer.

Antiguamente, el Código Civil de 1852 establecía que eran bienes propios de la mujer, como aportes al matrimonio (Art. 961), la dote, las arras y los bienes parafernales.

Se llamaba dote, a todo lo que llevaba la mujer para sostener a las cargas del matrimonio con sujeción al régimen especial propio de la institución.

Llamábase arras (Art. 1029) a todo aquello que el esposo daba a la esposa por razón del matrimonio.

Eran bienes parafernales (Art. 1033) todo lo que llevaba la mujer al matrimonio, sin estar comprendido en la dote y, por consiguiente, quedaba bajo el dominio y administración de la mujer (Art. 1035).

El actual Código, de acuerdo con la redacción del Art. 177, no hace distinción entre arras y bienes parafernales, y cubre con una sola denominación todo lo que lleva la mujer al matrimonio, aunque se reglamente por separado los bienes dotales.

B).—Bienes del marido.

Tratándose del marido, el Código de 1852 disponía (Art. 957) que eran bienes propios del marido los que llevó al matrimonio, siempre que apareciera del capital o inventario que, por escritura pública, debía firmar antes de celebrarlo (Art. 958).

Resultaba así, que, si el marido no hacía inventario por escritura pública antes de casarse, se convertían todos sus bienes en comunes salvo que, tratándose de los inmuebles, pudiera probar su propiedad exclusiva por medio de escritura pública o sentencia judicial (Art. 1047).

El actual Código no exige al marido capital de bienes y son propios suyos todos los que aporte al matrimonio, siempre que pueda probarlo, de acuerdo con el Art. 185 que dice: "Todos los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario".

Esta disparidad entre la legislación antigua y la legislación moderna respecto de los bienes propios del marido origina, o puede originar, importantes conflictos, pues, tratándose de las sociedades conyugales formadas conforme al Código del 52, que se liquidan con posterioridad a la dación del Código del 36, existe el problema de saber conforme a que Código se ha de determinar la propiedad de los bienes del marido: si de acuerdo con el Código de 1852, que exige escritura de capital de bienes, o de acuerdo con el Código de 1936, que no la exige.

El problema es de la mayor importancia, pues, según la ley que se aplique, el marido casado antes de 1936 que no hubiera hecho inventario, por escritura pública, conservará o perderá el dominio de sus propios bienes.

El problema resulta muy agudo en los casos de divorcio y más penoso aún cuando el marido debe partir los gananciales con otros hijos legítimos o ilegítimos de su esposa pre-muerta o con ascendientes o hermanos de ella.

Para resolver el caso no existe sino una disposición en el Código Civil que nos rige. Es el Art. 1824 que dice: "Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación no se violan derechos adquiridos".

Pero, sensiblemente, este artículo admite dos interpretaciones exactamente opuestas:

- a) Si no se violan derechos adquiridos se aplicará el Código Civil de 1936; y
- b) Si se violan se aplicará el de 1852.

Puede decirse que según tal artículo la sociedad conyugal nacida conforme al Código Civil de 1852 y fenecida durante la vigencia del Código Civil de 1936, debe liquidarse conforme al Código Civil de 1936 por cuanto su aplicación no viola derechos adquiridos; pero puede sostenerse también que el Código de 1936, de aplicarse, violaría derechos adquiridos y que, por consiguiente, una sociedad conyugal, en las condiciones de que se trata, debe ser liquidada de acuerdo con el Código Civil de 1852.

Puede decirse también que los bienes que aportó el marido sin hacer capital de bienes son comunes conforme al Código Civil de 1852; o que son propios, si se puede probar su calidad de tales, de acuerdo con el Código Civil de 1936.

Todo el nudo de la cuestión reside, en consecuencia, en determinar si con la aplicación de uno u otro Código se violan derechos adquiridos.

Como es natural, los letrados del país tienen opiniones diametralmente opuestas, sobre la materia.

Para unos, debe aplicarse el Código Civil de 1852. Sus razones en esencia, son las siguientes:

- 1º—Según el Código Civil de 1852, el marido tratándose de su patrimonio, podía elegir entre dos sistemas: el de la comunidad universal si no hacía capital de bienes, y el de la comunidad de gananciales cuando lo hacía.
- 2º—El marido que hacía capital de bienes, conservaba el dominio sobre sus bienes propios (Art. 957).
- 3º—Si no hacía capital de bienes se producía instantáneamente, por el acto del matrimonio, la traslación de dominio de todos los bienes del marido en favor de la sociedad conyugal.
- 4º—No era admisible la prueba en contrario, salvo para los bienes inmuebles y para los que el marido adquiriese durante el matrimonio, por disposición expresa de los Arts. 1047 y 960 del citado Código.

- 5º—Ni la mujer ni el marido podían alterar esta situación por cuanto el Art. 956 del Código Civil de 1852 establecía que ninguno de los cónyuges podía renunciar a la sociedad conyugal así formada, ni a sus efectos.
- 6º—La mujer, de este modo, por el hecho del matrimonio, había adquirido irrevocablemente la propiedad de la mitad de los bienes aportados por el marido.
- 7º—No puede, en consecuencia, liquidarse la sociedad conyugal así formada, aplicando las reglas del nuevo Código que admite la prueba en contrario en favor del marido, por cuanto se privaría a la mujer de un derecho ya adquirido sobre los bienes aportados por éste al matrimonio.
- 8º—El Art. 1824 del Código Civil de 1936 tiene, pues, que interpretarse en el sentido de que, por tratarse de un derecho adquirido, los bienes aportados por el marido a la sociedad conyugal, sin hacer capital de bienes, son comunes y no propios, por aplicación de las reglas ya enumeradas del Código Civil de 1852.

Para otros, en cambio, y estoy de acuerdo con ellos, debe aplicarse el Código Civil de 1936. Sus razones, también en esencia, son las siguientes:

- 1º—Mientras rigió el Código de 1852 nadie pensó que establecía un régimen de capitulaciones matrimoniales ni que existiera un sistema electivo de comunidad universal y otro de sociedad de ganancias. Los debates de la Comisión Reformadora hacen mucha luz al respecto, pues se ve en ellos que se rechazó, por conservar la tradición, la tendencia innovadora en virtud de la cual se quiso permitir la aplicación de los pactos nupciales.
- 2º—La aplicación del Código Civil de 1936 no violará derecho adquirido alguno.
- 3º—La escritura de capital de bienes era exigida antiguamente sólo como medio de prueba para determinar cuáles eran los bienes propios del marido. Se suponía que la mujer era la parte débil en la sociedad conyugal y que debía ser protegida contra las maniobras de un marido inescrupuloso que pretendiera arrebatarse sus derechos atribuyendo maliciosamente la calidad de bienes propios a algunos que no la tuvieran. De allí que se exigiera inventario, por escritura pública, para establecer por anticipado cuáles eran los bienes propios del marido.
- 4º—La inexistencia de la escritura de capital de bienes no producía, sin embargo, la traslación de dominio de parte de los bienes del marido, automáticamente, en favor de la mujer.
- 5º—Prueba de ello es que, según el Art. 1047 del Código Civil de 1852, aunque el marido no hubiese hecho capital de bienes se reputaba como suyos los bienes inmuebles cuya adquisición se comprobaba por escritura pública o por sentencia judicial, así como los que adquiriese durante el matrimonio, si acreditaba la propiedad en la misma forma.

- 6º—El Código Civil de 1852 admitía, pues, la prueba en contrario para los bienes más importantes que en el momento de su dación eran los inmuebles. Si no se refirió a los muebles fué, seguramente, porque en esa época los bienes muebles tenían un valor relativo y por cuanto aún no se había producido la extraordinaria evolución posterior en que las más importantes propiedades rústicas y urbanas del país han sido aportadas a sociedades anónimas y están hoy representadas por acciones.
- 7º—Si la falta de escritura pública hubiese producido la traslación de dominio de los bienes en favor de la mujer, no se habría admitido la prueba en contrario para los bienes inmuebles.
- 8º—El marido que no había hecho capital de bienes y poseía valores, estaba, pues, simplemente, en el caso de aquel que tiene un derecho y no puede probarlo. Su derecho no dejaba técnicamente de existir, pero se hallaba impedido de ejercerlo por falta de prueba adecuada.
- 9º—El actual Código, al extender la prueba en contrario a toda clase de bienes, no altera, pues, los derechos adquiridos de la mujer. Simplemente, facilita al marido el medio de probar lo que es y ha sido suyo; y cuando la ley franquea un nuevo medio de prueba no viola ni altera un derecho, sólo permite demostrar cuál era la verdadera situación de los bienes.
- 10º—En consecuencia, interpretando debidamente el Art. 1852 del Código Civil de 1936 y no violando este Código ningún derecho adquirido, es de toda aplicación para liquidar las sociedades conyugales constituidas antes de su vigencia. El marido que aportó bienes propios, puede comprobar la realidad de tal aporte y reivindicar los derechos que legítimamente le corresponden sobre ellos.

21.—Adquisiciones posteriores a título gratuito.

Art. 177. Inc. 2).—“Son bienes propios de cada cónyuge... Los que adquiriera durante el matrimonio a título gratuito”.

Pertenecen a esta clase los bienes que adquiere el marido o la mujer durante el matrimonio por herencia, donación u otra forma de liberalidad.

Al respecto establece el Código en el Art. 179 que ninguno de los cónyuges puede renunciar una herencia o un legado sin el consentimiento del otro, lo cual no puede llamar la atención porque aún cuando se trata de un bien que debería pertenecer a un solo cónyuge, corresponde al otro aprovechar de sus frutos, que son comunes, y, por consiguiente, le toca prestar su consentimiento para la renuncia que lo privará de esos frutos.

Aún cuando el Código no haga ninguna referencia a las donaciones en el Art. 179, es evidente que deben comprenderse dentro de su sentido por tratarse de una liberalidad, o sea que, para rechazar una donación, se requiere el consentimiento del consorte.

22.—Adquisiciones posteriores con origen anterior.

Art. 177. Inc. 3).—“Son bienes propios de cada cónyuge... Los que adquiriera durante el matrimonio a título oneroso cuando la causa de adquisición haya precedido al casamiento”.

Este inciso a simple vista parece muy claro, pues en realidad no hace sino confirmar que son propios los derechos que cada cónyuge lleve al matrimonio aún cuando el título respectivo se obtenga posteriormente; pero, el inciso comentado en la realidad no permite apreciar por sí solo todo su significado.

Consideramos por eso que nuestro legislador debió estudiar una redacción mas explícita haciendo una enunciación precisa de los bienes que se comprenden como bienes propios de cada cónyuge bajo este concepto, sin perjuicio de una disposición que cubriese además la generalidad de los casos.

El Código Chileno en su Art. 1736 establece al respecto lo siguiente:

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

“Por consiguiente:

- 1º.—“No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella;
- 2º.—“Ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal;
- 3º.—“Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.
- 4º.—“Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.
- 5º.—“Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge: los frutos solos pertenecerán a la sociedad.
- 6º.—“Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio, y pagados después”.

Esta enumeración es válida para el inciso que comentamos; y nosotros podríamos agregar que también pertenecen a esta categoría los bienes que se adquieren por razón de servicios prestados antes del matrimonio.

23.—Indemnizaciones.

Art. 177. Inc. 4).—“Son bienes propios de cada cónyuge... La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la sociedad”.

Tratándose de indemnizaciones por daños físicos o por pérdida de la vida, es evidente que no podrían ser un bien común, ya que no puede haber nada mas personal que la vida o el cuerpo humano y, por lo tanto, la indemnización que en algo lo reemplace.

Naturalmente, en caso de muerte, la indemnización del seguro de vida que tiene el carácter de propio, toca a los herederos.

Se comprende que en tal caso se deduzcan las primas de los seguros pagados durante la sociedad conyugal, porque han sido abonadas a costa del caudal común; pero, si las primas hubieran sido pagadas por un tercero, a título de liberalidad, serían también ellas bien propio del beneficiado o de sus herederos.

24.—Bienes propios por sustitución o subrogación.

También son bienes propios:

- 1º—Los bienes sustituidos o subrogados a un bien propio, por vía de permuta, aporte a una sociedad, o en cualquier otra forma legal, de acuerdo con el Art. 186 del Código Civil que dice: “Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición legal de los que sustituyeron o subrogaron”.
- 2º—Los bienes adquiridos con el precio de la venta de un bien propio, de acuerdo con el Art. 187 del Código Civil que dice: “Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compraron después otros, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior fué hecha con el producto de los bienes que antes se enajenaron”.

Capítulo Sexto

EL ACTIVO CONYUGAL

BIENES COMUNES

25.—Cuáles son los bienes comunes.

De conformidad con el Art. 185 del actual Código Civil, todos los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario.

Rige así en el Perú, para la sociedad conyugal, el principio en virtud del cual todo el que reclama un derecho debe probarlo.

Es el mismo principio considerado en el Art. 338 del Código de Procedimientos Civiles, cuando dice que si el demandante no prueba su acción, será absuelto el demandado.

Establecida de este modo la presunción legal acerca de la calidad de los bienes, el Art. 184 del Código Civil enumera los que califica específicamente como comunes diciendo:

Son bienes comunes:

- 1º—Los frutos de los bienes propios y de los comunes;
- 2º—Los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges;
- 3º—Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión;
- 4º—Las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal de la sociedad, o por la industria del marido o de la mujer;
- 5º—Los edificios construídos a costa del caudal común, en suelo propia de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo a quien le pertenezca;
- 6º—Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por modo originario;
- 7º—Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en las loterías;
- 8º—El tesoro descubierto, aunque se hallare en predio de alguno de los cónyuges.

De los respectivos incisos, el 1º y 3º se refieren a los frutos del capital o del trabajo; el 2º, 4º, 5º y 7º, a los bienes adquiridos a título oneroso; y el 6º y 8º, a los que adquieran los cónyuges por medios originarios.

Conviene examinar todos estos incisos en detalle porque son de extraordinaria importancia.

26.—Los frutos de los bienes.

1.—"Son bienes comunes... los frutos de los bienes propios y de los comunes". (Art. 184, inc. 1º).

A).—El usufructo conyugal.

En virtud de este inciso, la sociedad conyugal tiene un verdadero derecho de usufructo sobre los bienes propios de los cónyuges, usufructo que está sujeto a las reglas normales de la institución.

B).—Diferencia con el usufructo común

Mas, debe hacerse notar que hay ciertas diferencias entre el usufructo normal, tal como se halla legislado en el Art. 924 y siguientes del Código Civil, y el usufructo de que goza la sociedad conyugal sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

El usufructo normal o común se establece por el mérito de la ley, de la voluntad de las partes, o por testamento.

El usufructo legal (que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos) nace por mandato de la ley (Art. 398 del Código Civil) sin intervención de la voluntad de los padres; el usufructo testamentario opera por voluntad unilateral del testador; y el usufructo convencional requiere la voluntad de las dos partes, sin que intervenga el imperio de la ley.

En cambio, en el usufructo conyugal intervienen simultáneamente la ley (Art. 176) y la voluntad de las partes, pues, se requiere de tal voluntad para que haya matrimonio (Art. 114) y, por consiguiente, para que exista el usufructo.

El usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos y el que se adquiere por herencia, son renunciables (Arts. 405 y 671 del Código Civil); y el convencional, puede anularse o puede rechazarse; mientras que el usufructo de la sociedad conyugal, una vez producido el matrimonio, es irrenunciable (Art. 176) salvo los casos excepcionales de separación.

Del mismo modo, el usufructo común es transferible por enagenación, salvo el usufructo legal (Art. 405) y, en cambio, el usufructo de los cónyuges es intransferible porque ningún cónyuge puede renunciar a la sociedad conyugal ni a sus efectos (Art. 176).

Finalmente, en el usufructo común el usufructuario administra los bienes respectivos (Art. 924) mientras que en el usufructo de la sociedad conyugal es uno sólo de los cónyuges quien administra los bienes (cada uno los propios y el marido los comunes), a pesar de que la usufructuaria es la sociedad conyugal.

C).—Aplicación de las reglas generales.

En todos los demás casos, las reglas son las mismas.

De este modo, para saber a quien pertenecen los bienes al comienzo y al fin del usufructo conyugal habrá de aplicarse los Arts. 927, 928, 931 y 933 que dicen al efecto lo siguiente:

"Art. 927.—Pertenecen al usufructuario los frutos naturales y los de la industria agrícola pendientes al comenzar el usufructo; y al propietario, los pendientes a su término".

"Art. 928.—Los frutos naturales y los de las industrias agrícola y minera se perciben cuando se recogen o extraen, respectivamente. Los frutos civiles y los productos de las industrias fabriles se entienden percibidos día a día, y se pagan los primeros cuando sean recaudados y los segundos, al término del período económico".

"Art. 931.—Cuando el usufructo recae sobre animales de labor, material de explotación industrial u objetos análogos, el usufructuario está autorizado para devolver otros de la misma clase de los recibidos".

"Art. 933.—El usufructo de un rebaño obliga al usufructuario a conservar las crías en número suficiente para reemplazar las cabezas de que disponga y las que perezcan".

Lo mismo sucede respecto a las especies de consumo de acuerdo con el Art. 930 que dice: "Si el usufructo es de especies que se consumen, el usufructuario se convierte en propietario, con cargo de devolver otras en igual cantidad y calidad o de pagar el valor estimado al tiempo de constituirse el usufructo, en su defecto, el corriente al tiempo de pago".

D).—Usufructo de minas

Se presenta en nuestra ley, el problema de saber cómo se ejerce el usufructo de la sociedad conyugal sobre las minas o yacimientos petrolíferos propios de uno de los cónyuges.

El Art. 928 del Código Civil permite al usufructuario, sin duda, disponer de los frutos; pero surge la duda cuando se quiere determinar qué puede llamarse "frutos" en la explotación de las minas o yacimientos petrolíferos, por cuanto al extraer los minerales, el petróleo o los diversos productos, se va haciendo desaparecer la substancia del yacimiento mismo y podría sostenerse que éste representa la propiedad y no sus provechos.

El Código Civil no resuelve la cuestión con claridad y su falta de coordinación con la legislación específica sobre la materia puede originar dudas.

El Código de Minería de 1900, distinguía entre los yacimientos metálicos y los no metálicos (canteras y análogos) pues según él, los primeros, esto es los metálicos, se adquirían por denuncia y los segundos (canteras y análogos) pertenecían al propietario del suelo.

Más tarde, la ley N° 6611 de 29 de Marzo de 1929, permitió adquirir también las canteras y similares por denuncia, pero reconociendo siempre un derecho de preferencia al propietario del suelo, para hacer suya la concesión dentro de cierto plazo.

Tratándose del petróleo e hidro-carburos, los yacimientos respectivos se otorgaban siempre por concesión.

Con estos antecedentes, el Art. 932 del Código Civil vigente dispuso que "el usufructuario puede explotar las substancias minerales si son de las que pertenecen al dueño del suelo"; de donde resulta que, según él, la sociedad conyugal podría explotar las canteras y similares pertenecientes a un cónyuge, sin reconocer nada a éste por el agotamiento de su propiedad.

Tratándose de las minas metálicas el Código Civil no contenía una disposición semejante limitándose a decir en el Art. 957 que el usufructo sobre las minas de los hijos menores comprende el derecho a los minerales extraídos, pero que el padre restituirá al menor la mitad del valor líquido.

Nada estipulaba sobre la sociedad conyugal, pero por analogía podía aplicársele un principio semejante; esto es que la sociedad conyugal tendría derecho a los minerales extraídos, pero con la obligación de restituir al cónyuge, dueño de la mina, la mitad del valor líquido de tales minerales.

Para el petróleo no había disposición alguna en el Código Civil ni en la legislación específica.

Pero a partir de la dación del nuevo Código de Minería de 12 de Mayo de 1950, la situación ha cambiado substancialmente por las razones siguientes:

- 1º—Tal Código declara que, tanto los yacimientos metálicos como los no metálicos, pertenecen al Estado y son susceptibles de concesión, suprimiendo así, para el futuro, toda distinción entre ellos;
- 2º—Al desaparecer, de este modo, el derecho de propiedad o de preferencia de que, según las épocas, gozó el propietario del suelo sobre los yacimientos no metálicos, ha quedado ya sin aplicación el Art. 932 del Código Civil, que permitía al usufructuario, y por lo mismo a la sociedad conyugal, explotar las substancias que pertenecían al dueño del suelo; y
- 3º—En cambio, el nuevo Código de Minería declara que el concesionario de una mina puede reservar, libre de todo impuesto distinto al cánón territorial, por concepto de agotamiento de la mina, 5% en las concesiones carboníferas y demás no metálicas y 15% en las concesiones metálicas, del valor bruto total de los productos que extraiga, pero fijando como límite para dicha deducción el 50% de las ganancias netas que sean computadas en el ejercicio respectivo.

La ley de Petróleo N° 11780 de 12 de Marzo de 1952, fija para el agotamiento el 15% del valor bruto total de la producción en la Costa y 27 y ½% en la Sierra y en el Oriente, hasta un límite de 50% de las utilidades netas.

Con estos antecedentes, es de preguntarse qué principio aplicará la sociedad conyugal para determinar la propiedad de los productos de las minas:

¿Un principio análogo al del Art. 932 del Código Civil que permitía al usufructuario explotar las substancias no metálicas para sí? ¿El principio establecido por el Art. 957 del Código Civil para los menores, que daba el 50% a cada cual?

¿Las reglas del Código de Minería y de la ley de petróleo, sobre agotamiento de los yacimientos, que fijan porcentajes específicos para cada clase de yacimientos?

La cuestión es importante, pues, según la regla que se invoque, el total de lo que se extraiga de las minas o sólo una parte pertenecerá a la sociedad conyugal.

En la necesidad de solucionar el problema, debemos decir que para nosotros, la cuestión ha de resolverse aplicando los principios del Código de Minas y de la ley de petróleo, por cuanto constituyen la legislación general sobre la materia.

Al establecer tales cuerpos un "factor de agotamiento" reconocen expresamente que todo yacimiento, a parte de las inversiones que en él se hagan, representa para su dueño una riqueza o capital distinto de la utilidad y que debe serle repuesto. También significa un reconocimiento de que todo el yacimiento no es capital, ni todo frutos, y que sólo una parte de él debe reputarse capital de acuerdo con el porcentaje que la legislación señala.

Ahora bien, si el dueño de un bien propio tiene derecho a que se le devuelva su capital, es evidente que ese capital no puede ser otro que el que tiene el concepto de tal según la ley y que lo demás, después de descontar los gastos, constituye los frutos o provechos que corresponden a la sociedad conyugal si se han obtenido durante su vigencia.

El Art. 928 del Código Civil, relativo a las canteras y yacimientos análogos no podría erigirse en regla general, aplicable por analogía a todas las minas, tanto por referirse al caso particular y excepcional de tal clase de yacimientos, cuanto por que ha quedado abrogado por el Código de Minas, que suprime la propiedad o preferencia del dueño del suelo.

Del mismo modo, el Art. 957 del Código Civil que establece la proporción en que los padres y sus hijos menores deben partirse los productos de las minas, constituye, sin duda, una excepción que no puede extenderse a los demás casos cuando existe ley general sobre la materia.

En consecuencia, pues, tratándose del usufructo de la sociedad conyugal sobre yacimientos mineros, consideramos que debe reservarse el 5% de las entradas brutas de los yacimientos carboníferos y el 15% de los demás —después de pagar el cánón territorial— hasta un límite del 50% de las utilidades para restituir su bien propio al cónyuge de que se trate; que el resto de las utilidades constituirá bien común de la sociedad conyugal; y que análogo principio rige para los yacimientos petrolíferos, dentro de los porcentajes de agotamiento que la ley respectiva señala.

E).—Usufructo de acciones de sociedades anónimas.

Si uno de los esposos lleva al matrimonio acciones de una sociedad anónima es evidente que los dividendos que tales acciones producen durante la vida conyugal son comunes, en calidad de frutos.

Pero, sucede con frecuencia que las sociedades anónimas guardan sus utilidades en todo o en parte, en calidad de reservas, sin distribuirlas y entonces se pregunta que calidad tendrán tales utilidades si las acciones son bien propio de uno de los cónyuges.

Para unos estas reservas pertenecen a la sociedad anónima y nada tienen que ver con la sociedad conyugal, de modo que, en el fondo, siguen la calidad de las acciones, o sea de bien propio del cónyuge que las llevó al matrimonio.

Para otros, estas reservas son frutos, que en la parte proporcional correspondiente, pertenecen a la sociedad conyugal como bien común.

¿Cuál de estas dos teorías es la fundada?

El tema es tan interesante que vale la pena ver cómo fundamenta cada parte sus puntos de vista.

Para los primeros, ésto es, para los que sostienen que las reservas siguen como accesorio del bien propio del cónyuge que llevó las acciones al matrimonio, la situación es la siguiente:

- 1º—La sociedad anónima es una persona jurídica independiente de sus asociados.
- 2º—Las reservas pertenecen a aquella y no a éstos.
- 3º—El socio sólo tiene sus acciones, que siendo propias, mantienen su misma calidad, aumente o disminuya el patrimonio de la sociedad.
- 4º—Las utilidades no adquieren la calidad de frutos mientras no se distribuyan como dividendo.
- 5º—Si las utilidades se incorporan a las reservas, no llegan a ser frutos.

6º—Las reservas no constituyen sino una expectativa para la sociedad conyugal que, como todo usufructuario, debe esperar que se produzcan los frutos para aprovecharlos, de modo que si no se distribuyen como dividendos jamás llegan a pertenecer a la sociedad conyugal.

7º—Los insignes tratadistas Planiol y Ripert opinan resueltamente en favor de esta teoría (29).

Por nuestra parte debemos observar que la teoría que acabamos de exponer no está acorde con la verdadera interpretación jurídica del caso.

Para nosotros, las utilidades que produce una sociedad anónima, durante el matrimonio de sus accionistas, son bien común, si se guardan para constituir reservas que incrementan los recursos sociales y aumentan así la potencia del negocio. Encontramos que es aplicable, al efecto, por analogía el inciso 4) del Art. 184 del Código Civil, relativo a inmuebles, según el cual son bienes comunes las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal común.

En cambio, consideramos que, aún cuando las utilidades son bien común, pasan a formar parte del bien propio y adquieren el carácter de tal, cuando se destinan a respaldar pérdidas, malas deudas, depreciación de materiales, desmedros producidos o previsibles en el negocio o a la formación de reservas técnicas o sociales exigidas por la ley o por los estatutos. Opinamos para ello que el caso debe resolverse aplicando por analogía los incisos 4) y 7) del Art. 195 del Código Civil, según los cuales son de cargo de la sociedad conyugal las reparaciones de mera conservación hechas en los bienes propios y las cargas que pesen sobre los usufructuarios. En este caso, las reservas destinadas a respaldar pérdidas, etc., tienen por objeto conservar el valor de la acción; y, así mismo, las reservas técnicas y sociales son una carga que pesa sobre la acción, de modo que la sociedad conyugal, como usufructuaria de la acción, no tiene más remedio que soportarlas.

No podría objetarse que es difícil distinguir entre una y otra clase de reservas, porque ya la ley 9703, de impuestos a la renta, establece claramente cuáles son las reservas de mera conservación y cuáles las de capitalización, llamadas también recursos sociales.

Conviene recordar, sin embargo, que, tal como se ha expuesto antes, algunos abogados, aduciendo muy poderosas razones y amparándose en la opinión de insignes tratadistas, sostienen que si las acciones son bien propio, las reservas también lo son.

La realidad es que las utilidades de una sociedad anónima le pertenecen a ésta, mientras no sean distribuidas.

La realidad es también que la sociedad anónima es una persona jurídica independiente que sólo tiene relación con sus accionistas.

La realidad es igualmente que los derechos en una sociedad anónima sólo se ejercen y se invocan por quienes son poseedores de las acciones.

La realidad, es finalmente, que si las acciones son de uno solo de los cónyuges, es éste el llamado a tener relación con la sociedad.

(29) Obra citada en la nota N° 14, Tomo 8º, Pág. 456.

Pero hay también otra realidad y es que, durante el matrimonio, el régimen legal de bienes que existe entre los esposos, reposa en ciertos principios esenciales que precisa tener en todo momento a la vista al resolver sus problemas.

Son estos principios fundamentales los siguientes:

- 1º—Que son bienes comunes los frutos de los bienes propios y de los comunes (Art. 184 del Código Civil, inciso 1º).
- 2º—Que, por consiguiente, la sociedad conyugal es usufructuaria de los bienes propios de los cónyuges.
- 3º—Que son, igualmente, comunes las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal común (Art. 184 del C. C. inc. 4).
- 4º—Que ninguno de los cónyuges puede renunciar a la sociedad conyugal ni a sus efectos (Art. 176 del Código Civil).
- 5º—Que nadie puede enriquecerse con detrimento de otro (Art. 1149 del Código Civil).
- 6º—Que cada cónyuge administra sus bienes propios, pero que las utilidades de éstos pertenecen a la sociedad conyugal (Arts. 178 y 184 del Código Civil).
- 7º—Que la ley no ampara el abuso del derecho.

De estas premisas se deriva una conclusión no menos importante y es que los bienes propios no pueden ser administrados en forma tal que se prive a un cónyuge de su legítimo derecho a los frutos, porque, si así se hiciera, no sólo habría un abuso del derecho y un enriquecimiento ilícito del otro cónyuge, sino que se estaría destruyendo los efectos de la sociedad conyugal que, por mandato imperativo de la ley, son irrenunciables e inalterables.

De estas premisas se derivan también otras conclusiones aplicables al caso específico de las sociedades anónimas y que pueden resumirse como sigue:

- 1º—Una sociedad anónima, aún cuando sea una persona jurídica autónoma, es un ente ficticio, que sólo existe por el mérito de la ley y como medio que tienen determinadas personas físicas, para trabajar.
- 2º—Este ente ficticio, aún cuando sea autónomo, tiene por lo menos una ocasión, en cada año, en que se identifica con la persona de sus accionistas.

Es el día en que se reúne la junta general ordinaria de accionistas y en que la sociedad anónima presenta su balance, poniendo a disposición de los accionistas las utilidades que ha producido.

En ese día no es ya la sociedad la que decide sobre el destino de sus bienes, sino son los accionistas quienes, como personas físicas, votan y ordenan que se haga lo que ellos tengan por conveniente con las utilidades.

- 3º—Cuando un accionista forma parte de la junta general ordinaria de una sociedad, representando acciones propias no sólo procede como dueño de su capital sino como representante de la sociedad conyugal que forma con su consorte, usufructuario de esas acciones, según el inciso 1º del Art. 184 del Código Civil.
- 4º—Por consiguiente, cuando un accionista en una junta general ordinaria decide que las utilidades de la sociedad se distribuyan como dividendos, o cuando decide que esas utilidades sean conservadas por la sociedad en calidad de reservas, está ejerciendo un acto de disposición, está tomando una determinación para sí y para la sociedad conyugal que representa y disponiendo, en consecuencia, de una cosa que pertenece a ésta, desde que en el acto de la reunión de la junta general ordinaria esas utilidades están a la más libre y absoluta disposición de la sociedad conyugal.
- 5º—No se podría sostener que el accionista actúa sólo como representante de un bien propio porque sería olvidar que la sociedad conyugal es usufructuaria de las acciones y admitir un desdoblamiento del accionista, un desdoblamiento de la sociedad conyugal, y suponer que en algún momento uno de los cónyuges puede desprenderse de su calidad de miembro de la sociedad conyugal para representarse sólo a sí mismo, y tomar resoluciones que puedan perjudicar a su consorte, inclusive privarlo en lo absoluto de todos los frutos de los bienes que él posee.
- 6º—Repugna a todo principio de mandato la idea de que el mandatario, en este caso, el representante de la sociedad conyugal, pueda concurrir a una junta y tomar disposiciones que lo protejan a él solo y que en cambio perjudican a su mandante.
- 7º—No se puede decir que, en una junta general de accionistas, la voluntad del accionista no es autónoma por cuanto está sometida a la opinión de los otros accionistas, desde que el respectivo artículo de los estatutos lo obliga, como miembro de la sociedad conyugal usufructuaria de las acciones, y las utilidades de que se dispone son las que tocarían a la sociedad conyugal en el ejercicio de su usufructo legal. Así, pues, la decisión que tome la junta es una decisión que afecta tanto al accionista mismo, como a toda la sociedad conyugal.
- 8º—Debe concluirse, por lo expuesto, que cuando el accionista dueño de acciones que son bienes propios se somete a una decisión de una junta general de accionistas en virtud de la cual se acumulan reservas, está contrayendo personalmente una obligación respecto de la sociedad conyugal que forma, desde que está respaldando o mejorando sus acciones e incrementando su valor real a expensas de la sociedad conyugal.
- 9º—Si uno de los cónyuges por este acto propio priva a su consorte de los frutos de una sociedad anónima, conservándolos sin distribuir, como reservas, es evidente que asume una obligación personal en favor de tal consorte, pues de otro modo estaría violando los principios esenciales de esta sociedad conyugal y torciendo completamente los efectos de ella.

10—Es un axioma jurídico que nadie puede hacer indirectamente lo que la ley le prohíbe efectuar directamente, de modo que si un cónyuge no puede despojar directamente al otro de los frutos de los bienes propios, es evidente que tampoco por medio de una sociedad anónima puede quitarle la respectiva participación, sin que nazca para él la obligación de restituir.

No se diga que los frutos sólo existen cuando se han desprendido de la cosa, o sea que las utilidades de una sociedad anónima sólo se reconocen cuando se han desprendido de la acción, en calidad de dividendo, porque el Art. 928 del Código Civil establece que los frutos civiles y los productos de las industrias se entienden percibidos día a día, sin que tenga importancia que se paguen, también, unos cuando sean recaudados y otros al término del período económico, porque el derecho a los frutos se produce exactamente en el momento en que son percibidos, en otras palabras, cuando son devengados.

Respecto de este último punto consideramos aplicable un párrafo del profesor de Derecho Civil de la Universidad de Madrid don F. Clemente de Diego, quien en su Tratado sobre las Instituciones del Derecho Civil Español, Tomo II, pág. 450, dice:

“Condición común a los frutos, intereses, etc., es que sean percibidos o devengados durante el matrimonio. Parece como que basta que sean percibidos o devengados durante el matrimonio para que sean gananciales, es decir, que los percibidos, aunque no sean devengados, durante el matrimonio, serán gananciales; y los devengados aunque no sean percibidos durante el matrimonio, lo serán también. Esto último es exacto, pero no lo primero, es decir, que entendemos que sólo los devengados durante el matrimonio son gananciales.

De modo que si para la sociedad anónima han devengado frutos, que aumentan el haber de los socios, el cónyuge dueño de sus acciones debe ver que lleguen a su destino final o reconocer a su consorte un crédito por su importe.

11—Si se admitiese la tesis en virtud de la cual las reservas acumuladas como recursos sociales en nada deben beneficiar al consorte se estaría produciendo evidentemente un enriquecimiento del dueño de las acciones con detrimento del otro consorte porque, indiscutiblemente, el valor de la acción se incrementa considerablemente cuando está respaldada no sólo por los primitivos bienes de la sociedad, sino también con las reservas que ella ha acumulado a través de los tiempos.

Los tratadistas alemanes Theodor Kipp y Martin Wolff, en su libro sobre derecho de Familia, volumen I, pág. 459-462 indican que **“se da un deber general de abono del valor cuando al hacerse la partición resulta enriquecido un patrimonio aportado (por uno de los cónyuges) con perjuicio del patrimonio común o a la inversa”**.

12—En este caso no se puede aplicar, como se pretende, la teoría fran-

cesa de los señores Planiol y Ripert porque dicha teoría corresponde a un sistema jurídico completamente distinto al peruano.

En Francia, el régimen legal de bienes en el matrimonio se establece, por lo general, por la voluntad de los cónyuges, que tienen el derecho de celebrar la respectiva convención matrimonial; y cuando falta esa convención matrimonial se aplica el régimen de la comunidad de muebles y gananciales, o sea, que en tal caso, en Francia, todos los bienes muebles, inclusive los valores, son bienes comunes, incluyendo sus frutos, reservas e incrementos. Existe, además, en Francia, como un régimen opcional, el régimen de comunidad universal en que todo es común; y, en último término, como algo excepcional y sui generis, el régimen de la comunidad restringida, que es aquel a que se refiere la cita de los Sres. Planiol y Ripert. No hay duda de que, en tal caso, cuando se trata de la comunidad restringida, toda interpretación debe tener carácter restrictivo, porque de otro modo, los cónyuges habrían adoptado otro sistema o se habrían sometido al sistema legal de la comunidad de muebles y gananciales.

Sólo así se explica la opinión de los señores Planiol y Ripert al comentar este sistema restrictivo; y así se explica también que sostengan principios, buenos en Francia pero inadmisibles en el Perú, tales como aquellos según los cuales si se distribuyen entre los accionistas, durante el matrimonio, ciertas utilidades, llamándolas reservas, no tendría en ellas participación la sociedad conyugal, tesis que en el Perú nadie podría sostener fundadamente dentro de nuestro sistema legal según el cual todos los frutos que se produzcan dentro del matrimonio tienen el carácter de bien común y según el cual, también, no es dable a los cónyuges renunciar a la sociedad legal de bienes ni a sus efectos.

- 13—Finalmente, el Código vigente establece en su Art. 185 que todos los bienes se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario, de modo que en caso de duda no caben discusiones ni interpretaciones, sino tiene que funcionar la presunción legal.

Si esta interpretación no fuera la válida ni la procedente se destruiría en lo absoluto todos los principios que forman en el Perú el régimen legal de bienes en el matrimonio.

Bastaría constituir una sociedad anónima para que cualquier cónyuge pudiera burlar a su consorte.

Podría enriquecerse egoístamente uno de los esposos sin que el otro tuviera nada que decir ni hacer. Podría por fin anularse el usufructo sobre los bienes propios que establece la ley en favor de la sociedad conyugal dejando que uno de los cónyuges conserve, a pesar de existir tal usufructo, no sólo el bien mismo y su substancia, sino también sus frutos.

El problema que dejamos así estudiado no puede desdeñarse, en esa época en que gran parte de la propiedad territorial, rústica y urbana y la mayoría de los negocios se poseen en la forma de sociedades anónimas.

Sabido es que las utilidades de las acciones se producen en dos formas: por la distribución de dividendos y por el aumento de su valor producido por la acumulación de reservas y recursos sociales.

No hay ley que niegue al consorte el derecho de participar en estas últimas utilidades. Por lo mismo, de acuerdo con la tesis propuesta, el cónyuge que llevó las acciones al matrimonio seguirá siendo dueño exclusivo de éstas, pero su consorte tendrá un crédito contra él por razón de las reservas de capitalización formadas durante el matrimonio.

F).—Provechos de un usufructo

El derecho de usufructo sobre una pensión o renta vitalicia de que goza uno de los cónyuges en calidad de bien propio, por haberlo adquirido antes del matrimonio o durante éste por herencia, donación, etc., es indudablemente propio, pero los provechos de ese usufructo, renta o pensión, percibidos durante el matrimonio, son comunes, porque son frutos desde que su percepción no destruye ni aminora la substancia del derecho mismo y son por lo contrario, la renta que produce ese derecho.

G).—Frutos de los bienes comunes.

Es evidente que estos frutos deben ser también comunes, desde que siendo la sociedad conyugal dueña de los bienes mismos, le corresponde gozar de ellos de conformidad con las disposiciones normales sobre ejercicio del derecho de propiedad (Arts. 850 y 817 del Código Civil).

27.—Bienes que no deben confundirse con los frutos.

Existen determinadas cosas o derechos provenientes de los bienes propios que no deben confundirse con los frutos de éstos, como son:

- a) Los materiales extraídos al demoler un edificio propio, que siguen la suerte de éste, de acuerdo con los Arts. 186, 814 y 815 del Código Civil que dicen:

"Art. 186.—Los bienes sustituidos o subrogados a otros, se reputan de la misma condición legal de los que sustituyeron o subrogaron".

"Art. 814.—No pierden el carácter de parte integrante de un edificio los materiales que se han separado mientras se hacen reparaciones".

"Art. 815.—Es accesorio del predio todo lo que está aplicado permanentemente a su fin económico y se halla en una relación que responda a ese fin".

"La separación temporal de los bienes a que se refiere este artículo no les hace perder su calidad".

- b) Los cortes de madera que se hagan en un bosque propio, en forma inusitada, ésto es en exceso de la explotación ordinaria, por cuanto la sociedad conyugal debe explotar el bien tan sólo en forma normal y acostumbrada, de acuerdo con el Art. 929 del Código Civil, ya que, por la esencia misma de la Institución, el usufructua-

rio se halla obligado a conservar la substancia de la cosa, sin disponer de ella.

c) Los bienes que pueden ser considerados como simple crecimiento de un bien propio (30), tales como:

I Los premios o primas de reembolso de bonos, cédulas u otras obligaciones emitidas por una sociedad civil o mercantil, que no constituyan distribución de utilidades devengadas durante la sociedad conyugal, por cuanto se tratará de derechos accesorios al bien propio, que siguen la suerte de éste, de acuerdo con el Art. 817 del Código Civil y el inciso 3) del Art. 177 del mismo cuerpo de leyes, o por ser una devolución de capital, ésto es del bien propio mismo.

II Las reservas hechas para la conservación o defensa del capital o por prescripción estatutaria, de acuerdo con lo expuesto anteriormente en el capítulo título E).

III El mayor valor o plus-valía de un bien propio, que constituye aumento de capital y no provecho de inversiones ejecutadas durante la vigencia de la sociedad conyugal, pues en tal caso no puede hablarse de frutos ya que el mayor valor corresponde a la cosa usufructuada cuya substancia debe conservarse para el dueño.

IV Las acciones que distribuya gratuitamente una sociedad por desdoblamiento de capital o capitalización de reservas anteriores al matrimonio, por las mismas razones expuestas en el párrafo III.

V Las acciones de otra sociedad que, por semejantes motivos, reciba un accionista.

VI El precio que reciba un accionista por ceder el derecho de preferencia que le corresponda en la emisión de nuevas acciones de una sociedad, por tratarse de un derecho accesorio a una acción propia y no de un fruto de ésta (31).

(30) Véase Aubry & Rau, Droit Civil Francais, Pág. 316. Tomo VIII, Ed. Librairie de la Cour de Cassation, París 1949.

(31) La Jurisprudencia española, según dicen los señores Blas Pérez González y José Castan Tobeñas en sus notas a la Traducción del Derecho de Familia de Martín Kipp y Theodor Wolff, citada en la nota (19) pág. 462, ha decidido "que tienen el carácter de gananciales las acciones repartidas a cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, sin desembolso alguno por su parte y en pago de dividendos, así como las adquiridas en virtud de ventajas ofrecidas a los accionistas para la adquisición de las nuevas emisiones... y en general los productos, rendimientos o utilidades que se obtengan de los valores, ya se llamen dividendos o beneficios... sin que importe que sean aquéllos ordinarios o extraordinarios ni que se distribuyan de momento en metálico o se suspenda su pago mediante reconocimiento de su existencia o entrega de bonos a cobrar más tardíamente, o se substituyan por las nuevas acciones que exija el aumento del capital, pues basta que procedan de la utilidad obtenida que se desprende del capital para que no se estimen incremento anejo o inseparable de éste. Téngase en cuenta, de todos modos, que no es de aplicación el concepto de bienes gananciales cuando no se trata de frutos, o ganancias propiamente dichas, sino de abonos que sean parte integrante y substancial del capital aportado como en el caso previsto en el Art. 1402 ("sumas que se cobran por razón de los plazos vencidos durante el matrimonio, de créditos pagaderos en fracciones").

28.—Los frutos del trabajo.

3.—Son bienes comunes... Los que cualquiera de los cónyuges adquiriera por su trabajo, industria o profesión. (Art. 184, inciso 3).

La base esencial del Derecho de Familia es que los cónyuges, con los frutos de su trabajo, atiendan a las necesidades de su hogar. Por eso el Art. 164 del Código Civil establece que el marido está obligado a suministrar a la mujer y, en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación; y, por lo mismo, los Arts. 159 y 441 determinan que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia y están obligados a proporcionarse alimentos, lo que significa que no sólo el marido debe contribuir a las necesidades del hogar, sino también la mujer cuando sea necesario.

A esta obligación de los esposos se da tanta importancia que en algunos lugares, como por ejemplo, en los Estados Norteamericanos de Delaware y Maine, se ha prohibido el matrimonio a los indigentes y aún entre nosotros, en el proyecto de Código de Vidaurre se proponía una disposición semejante, en la idea de que no deben contraer matrimonio quienes no pueden sostener a su familia y que las uniones entre gentes sin recursos originan frecuentes escándalos, divorcios, adulterios, mala educación o abandono de los hijos y aún vida decidiosa de los miembros de la familia.

Es, naturalmente, por todos estos antecedentes, que a los frutos del trabajo de cualquiera de los cónyuges, se les atribuye el carácter de comunes desde que, por esencia, quien quiera que sea el que los gane, deben servir para la vida común.

Por consiguiente, de un modo general, son comunes los frutos del trabajo, de la industria o profesión, tal como indica el Código y sea cual sea la naturaleza de la labor: manual, intelectual o mixta, habiendo llegado, inclusive, algunos Códigos como el Español, (32), a declarar común lo que se obtenga por razón de actos ilícitos o inmorales.

En especial, se califica como frutos del trabajo los siguientes:

A).—Remuneraciones.

Están incluidos en el concepto de frutos del trabajo, como remuneraciones, los salarios, sueldos, honorarios, pensiones y premios percibidos por uno de los cónyuges o por ambos por servicios prestados durante el matrimonio.

Se discute a quién pertenecerán las remuneraciones cuando se trate de servicios prestados en parte durante el matrimonio y en parte antes

(32) El Art. 1406 del Código Civil Español dice lo siguiente: "Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego, o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el Código penal".

o después de fenecida la sociedad conyugal, pero, parece evidente que, salvo prueba en contrario, tales remuneraciones deben distribuirse en proporción al tiempo en que se prestaron, los servicios durante cada etapa, ya que, de un lado, el derecho a los frutos es propio o común, según la época en que se realizó el trabajo, y no hay base mejor que el tiempo para hacer la distribución correspondiente. Se puede tomar, al efecto, como premisa del sentido de la ley, el Art. 205 del Código Civil que también adopta el tiempo como índice para distribuir los haberes cuando una persona ha contraído varias nupcias sucesivas, y es necesario, como consecuencia, liquidar varias sociedades conyugales.

No podría funcionar por sí sola la presunción legal establecida por el Art. 185 de que todos los bienes son comunes mientras no se pruebe lo contrario, porque según la premisa propuesta, se podría probar que los servicios se prestaron en parte fuera del matrimonio. Desde luego, que si no existiese tal prueba, se aplicaría de pleno derecho la presunción legal.

Tratándose de las remuneraciones se discute también si las donaciones, legados, u otros actos de liberalidad otorgados por razón de servicios, constituyen un bien propio o un bien común ya que de un lado el inciso 2) del Art. 177 del Código Civil califica como bien propio lo que uno de los cónyuges adquiere durante el matrimonio a título gratuito; y el inciso 3) del Art. 184 dice que son comunes los frutos del trabajo; de modo que hay lugar a duda sobre la calidad de la adquisición, ésto es, si es gratuita por ser una donación u onerosa por ser consecuencia del trabajo.

Parece claro que una simple liberalidad, otorgada en recuerdo de un servicio, pero no en pago de éste, sería bien propio, porque en tal caso no se trataría de cancelar una deuda exigible en dinero, sino de una simple obligación de orden moral; pero que una donación otorgada por razón de un servicio que nunca fué remunerado, a pesar de ser exigible, la correspondiente retribución, tendría que reputarse como un verdadero pago y no como un acto de liberalidad y que, por consiguiente, debería calificarse como fruto perteneciente a la sociedad conyugal.

B).—Valor venal de un cargo público.

En algunos países, como en Francia, ciertos cargos públicos (por ej. el de agente de cambio y bolsa), por más que sean concedidos gratuitamente, pueden ser transferidos a terceros en virtud del pago de una compensación y, en tal caso, se considera por la doctrina que el valor venal de la transferencia es bien común como fruto del trabajo, si el cargo fué otorgado durante el matrimonio.

C).—Obras de arte, composiciones literarias, inventos.

En toda obra de arte, composición literaria o invento influye la actividad personal de uno de los cónyuges, raramente la de los dos, y es por eso que siendo algo personalísimo podría calificarse como bien propio. Sin embargo, parece indudable que cualquiera que sea la naturaleza del trabajo, ya sea intelectual, material o mixta, se trata de un producto de la actividad de uno de los cónyuges, si se ha hecho durante el matrimonio y que por lo mismo es común.

Desde luego, que si la obra comenzó antes o terminó después del matrimonio habría que hacer la correspondiente repartición de derechos en proporción al tiempo que ha durado cada etapa.

Para algunos, sin embargo, en los casos propuestos, lo que vale es el momento de la concepción porque, sin la idea nada existiría; y, para otros, la ejecución, porque sin ésta la obra no tendría realidad.

Para nosotros, los momentos de concepción, preparación y ejecución de una obra de arte, de una composición literaria o de un invento tienen que ser considerados como un todo, pues todas esas etapas son indispensables para que la obra se concrete en algo real y, por lo mismo, debe atribuirse la propiedad teniendo en cuenta el conjunto general del esfuerzo.

Desde luego, la reproducción de una obra de arte, de una composición literaria o de un invento, ejecutados antes del matrimonio serían propios y, sólo sería común lo que produjera la explotación de los mismos, como fruto, por aplicación de los principios normales sobre propiedad de los bienes en la sociedad conyugal.

D).—Acciones por aporte de industria.

Cuando a una persona se le reconoce, durante la vigencia de la sociedad conyugal, determinada participación o un número de acciones en una sociedad civil o mercantil, por razón de la industria o del trabajo que se comprometió a aportar a la misma, la doctrina se inclina en el sentido de que tales participaciones o acciones son bien común, porque se entregan en remuneración del trabajo.

Naturalmente, puede suceder que el trabajo se preste en parte durante la vigencia de la sociedad conyugal y en parte después, y entonces habría que hacer la distribución en proporción a la duración de cada etapa, siempre que se pueda probar, pues de otro modo serían un bien común por aplicación de la presunción legal estatuida por el Art. 185.

E).—Establecimientos comerciales

Los servicios prestados en establecimientos comerciales propios de uno de los cónyuges pueden dar lugar a dificultades por razón de que en ellos, se mezclan el capital con el trabajo; pero también parece claro que en ese caso es propio el capital y comunes los frutos y las remuneraciones debidas al cónyuge por su trabajo personal.

Si se tratase de establecimientos comerciales fundados durante el matrimonio serían comunes tanto el capital como los frutos .

F).—Minas o canteras

La doctrina y legislación española y francesa consideran que las minas y canteras descubiertas durante el matrimonio son fruto del trabajo; y, por lo mismo, les atribuyen la calidad de comunes, a pesar de que la riqueza obtenida no esté siempre en proporción con el esfuerzo desplegado.

G).—Tierras y aguas

Las concesiones de tierras y aguas obtenidas durante la vigencia de la sociedad conyugal también deben considerarse comunes. Se podría sostener que el Gobierno las otorga gratuitamente, pero es indudable que se requiere del esfuerzo intelectual y material de un cónyuge o de ambos para obtener las adjudicaciones respectivas y por lo mismo deben reputarse como fruto del trabajo.

29.—Medios originarios.

Son bienes comunes... los que cualquiera de los cónyuges adquiera por modo originario (Art. 184, inc. 6).

Son modos originarios de adquirir el dominio, la ocupación y la accesión (33), de modo que todo cuanto los esposos hagan suyo por uno de estos medios durante el matrimonio les pertenece en común.

Así, por la **ocupación** se pueden adquirir los bienes inmuebles poseídos durante treinta años o más sin título, de acuerdo con el Art. 871 del Código Civil que nos rige, salvo los bienes de uso público que no pueden jamás llegar a ser del dominio privado, según el Art. 33 de la Constitución y el Art. 823 del Código Civil.

También se adquieren en la misma forma las cosas muebles que se aprehenden, sin haber tenido antes dueño como son, de acuerdo con los Arts. 877 y 878 del Código Civil:

- a) Las cosas muebles que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas, que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas (Art. 877); y
- b) Los animales de caza y pesca, salvo que sean cogidos en propiedad ajena sin licencia del dueño, pues en tal caso pertenecen al respectivo propietario (Arts. 878 y 879 del Código Civil).

Por la **accesión**, llegan a ser de la sociedad conyugal las crías de los animales hembras, salvo, desde luego, convención en contrario con el dueño de los animales machos o la obligación de la sociedad conyugal, en su calidad de usufructuaria de los bienes propios de uno de los cónyuges, de conservar las crías en número suficiente para reemplazar las cabezas de ganado de que disponga y las que perezcan, de acuerdo con el Art. 933 del Código Civil.

Igualmente se adquieren en esta forma determinados bienes inmuebles, según los Arts. 867, 868, 869 y 871 del Código Civil, como son:

(33) El Art. 464 del Código Civil de 1852 dice: "Se adquiere el dominio por los modos originarios de ocupación, invención y accesión, o por los derivativos prescritos en este Código".

- a) Las tierras que se unan o adhieran materialmente a un inmueble propio o común;
- b) El terreno que se adquiriera por accesión, en caso de haberse hecho una obra de edificación, de buena fé, en suelo ajeno, con cargo de abonar el valor de tal suelo; y
- c) El edificio construído con materiales ajenos o el sembrío hecho con semillas o plantas ajenas, con cargo de pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y los perjuicios causados.

Todos los bienes adquiridos en esta forma se reputan frutos o provechos de la sociedad conyugal inherentes a la actividad de sus miembros o a la explotación de sus bienes.

30.—Tesoro.

4.—Son bienes comunes... el tesoro descubierto, aunque se hallare en predio de alguno de los cónyuges. (inc. 8 del Art. 184).

Se entiende por tesoro, según Domat (34) "El depósito de dinero o de otras cosas preciosas guardadas en un lugar oculto, que se descubren por alguna casualidad y cuyo verdadero dueño no se encuentre".

El hallazgo o invención es en realidad un medio originario de adquirir la propiedad de un tesoro, de modo que lo dispuesto en el inciso 8) del Art. 184 estaba ya de hecho incluido en el inciso 6).

Su adquisición se reputa, pues, también como resultado de la actividad de la sociedad conyugal.

De allí que el Código haya dispuesto que el tesoro (o la parte que toque a la sociedad conyugal si el hallazgo se hizo entre varios) descubierto durante el matrimonio, será bien común aún cuando se encuentre en terreno propio de uno de los cónyuges, apartándose así del principio general establecido en los Arts. 887, 888 y 889 del mismo Código que dicen lo contrario, o sea:

"Art. 887.—El tesoro descubierto en terreno propio pertenece al descubridor íntegramente".

"Art. 888.—Nadie puede buscar tesoro en terreno ajeno, sin permiso del dueño".

"Art. 889.—El tesoro encontrado fuera del caso del Art. 887, se dividirá por iguales partes entre el que lo halló y el propietario del terreno, salvo pacto diverso".

31.—Adquisiciones a título oneroso.—

5.—Son bienes comunes... Los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges. (Art. 184, inc. 2).

(34) Cita del Doctor Emilio F. Valverde en la pág. 482 de su obra citada en la nota Nº 25.

Con los frutos de los bienes propios de cada cónyuge y con las retribuciones que obtengan por su trabajo, así como por adquisiciones hechas en forma originaria, se puede ir formando para la sociedad conyugal, que inicialmente nada suyo tenía, un caudal común.

Es natural que la inversión o reinversión de tal caudal siga la misma suerte y que sea también común, de modo que el inciso que comentamos no requiere mayor justificación.

Sin embargo, tradicionalmente se ha tratado de burlar sus efectos haciendo las adquisiciones a nombre de uno sólo de los cónyuges o practicando declaraciones en tal sentido. De allí que el Código haya sido muy enfático al reconocer explícitamente la calidad del bien común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges.

La jurisprudencia relativa al Código Civil de 1852 había sido desde antiguo muy uniforme en el mismo sentido, inclusive en los casos de declaraciones hechas por testamento. Pueden citarse, al efecto, las ejecutorias de 12 de Setiembre de 1887, de 10 de Agosto de 1910, de 17 de Mayo de 1887, de 22 de Marzo de 1891, de 15 de Octubre de 1919, de 27 de Junio de 1929 y de 10 de Junio de 1936, según las cuales las declaraciones hechas por testamento o por escritura por el marido en favor de la esposa no valen si no hay comprobación suficiente del hecho (35).

La Corte Suprema ha sido tan severa a este respecto que inclusive ha declarado bien común la donación hecha a un cónyuge sin escritura pública (35).

32.—Mejoras útiles.

6.—“Son bienes comunes... Las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal de la sociedad, o por la industria del marido o de la mujer”. (Art. 184 inc. 4).

Conviene recordar que se entiende por mejoras los gastos que se ejecutan en un inmueble con el objeto de contribuir a su conservación, mayor provecho o utilidad.

También conviene recordar que, como bien decía el Art. 1616 del Código Civil de 1852, las mejoras son **necesarias**, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro de la cosa; **útiles** cuando, sin pertenecer a la clase de necesarias, aumentan el valor y renta de la cosa en que se ponen; y de **recreo**, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.

El actual Código sólo atribuye carácter de comunes a las mejoras útiles hechas en bienes propios a costa del caudal de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer.

Esto significa que se excluye de la comunidad las mejoras necesarias y las de recreo hechas en un bien propio.

Se ha criticado la procedencia de esta exclusión haciendo notar que aún en caso de las mejoras necesarias o de las de recreo contribuye la so-

(35) Obra citada en el párrafo 26. Tomo VIII, pág. 100 y 101.

(35a) Véase también el N° 27, párrafo C).

ciudad conyugal a su ejecución, aumentando el valor del inmueble o impidiendo que perezca debido a un riesgo inminente; pero, en realidad, consideramos más fundada la solución adoptada por el Código, pues la sociedad conyugal por razón del usufructo de que goza se halla obligada a hacer las mejoras necesarias para conservar la existencia de la cosa y también como consecuencia del inciso 4) del Art. 195 del Código Civil que establece que son de cargo de la sociedad conyugal las mejoras de mera conservación hechas en los bienes propios; y en cuanto a las mejoras de recreo, aún cuando hayan sido ejecutadas para que gocen de ellas ambos cónyuges, es evidente que, por razón de su naturaleza, no aumentan el valor del bien, de modo que no pueden originar la obligación de restituir su importe, desde que la obligación de pagar las mejoras útiles se basa esencialmente en la necesidad de impedir que un cónyuge se enriquezca con detrimento de la comunidad.

Establecido así que solo pertenecen a la sociedad conyugal las mejoras útiles hechas en bienes propios, en las condiciones expuestas, procede aclarar qué carácter tienen estas mejoras, esto es si en virtud del inciso 4) del Art. 184, producen un condominio entre el dueño del bien y la sociedad conyugal o un simple derecho de crédito para la sociedad a cargo del bien propio.

Consideramos que la mejora es algo accesorio del inmueble, y que, al adherirse a éste, tiene que seguir la suerte de lo principal, pues de otro modo se produciría un peligroso condominio con desmedro de uno de los cónyuges transformando la naturaleza de la sociedad conyugal que exige respeto por los bienes propios de cada cónyuge y que le sean devueltos al fenecer la sociedad conyugal (Art. 200 del Código Civil).

Si las mejoras útiles se pagan porque uno de los cónyuges no puede enriquecerse, o sea aumentar el valor de su propiedad, con detrimento del otro, es evidente que nuestra ley debe interpretarse en el sentido de que sólo obliga a restituir el valor de las mejoras y no otorga un condominio por razón de ellas.

Este valor para unos es el de inversión que se hace al ejecutarse la obra y para otros el que tiene al enagenerarse el bien propio o al disolverse la sociedad.

Para nosotros, siguiendo la doctrina francesa, el valor que corresponde a la sociedad conyugal es el que tiene la mejora al liquidarse la sociedad o venderse el bien, pues sólo en ese caso puede sacar beneficio el propietario del bien propio ya que de lo demás ha gozado la sociedad conyugal durante su existencia.

33.—Edificios.

7.—“Son bienes comunes... Los edificios construídos a costa del caudal común, en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo a quien le pertenece”. (Art. 184, inc. 5º).

Con el objeto de estimular la edificación, nuestro Código ha establecido que los edificios construídos en suelo propio son comunes; pero se ha criticado esta solución aduciendo que lo principal es el suelo y no la

construcción (ya que el suelo es lo único permanente) y, que la disposición de que se trata está en contra del principio establecido por el mismo Código en su Art 868 que dice:

“Las obras de edificación en terreno ajeno, si son hechas de buena fe, corresponden al dueño del suelo con la obligación de pagar su valor; pero si son de mala fe, el dueño puede pedir la restitución de las cosas al estado anterior. En uno y otro caso tendrá derecho a la indemnización de los perjuicios”.

Sin embargo, consideramos que la crítica no es fundada, pues aparte de que, como se ha dicho, es necesario fomentar la edificación, el edificio por lo general cuesta más y, por consiguiente, es lo principal desde el punto de vista económico.

Debe notarse que el Código se refiere a la construcción de edificios, de modo que no encajarán dentro de su texto las construcciones eventuales u otras obras que no tuvieran verdadero carácter de edificaciones.

Como el inciso comentado establece que debe abonarse el valor del suelo a quien pertenezca, se produce la duda de saber cuál es ese valor: si el que tenía el terreno cuando se hizo la edificación o si el que le corresponda al momento de la enajenación del inmueble o de la liquidación de la sociedad conyugal.

Siguiendo el principio enunciado al tratar de las mejoras, consideramos que debe reconocerse a su dueño el valor del terreno al momento en que se disponga del bien, o al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, según sea el caso, pues, de otro modo, se podría producir un enriquecimiento de la sociedad conyugal, en perjuicio del cónyuge propietario.

Cabe llamar la atención acerca de que el Código en ninguna forma hace perder al cónyuge propietario el dominio de su suelo, pues simplemente establece que son comunes “los edificios”.

Los efectos de la disposición comentada no son, pues, tornar en común todo el inmueble, ésto es el suelo y las construcciones, sino simplemente, reconocer a la comunidad la propiedad sobre una parte del inmueble, ésto es, sobre el edificio.

La consecuencia práctica de ésto es que el cónyuge dueño del suelo ya no podrá disponer libremente de él y que se requerirá el consentimiento del cónyuge administrador de la sociedad conyugal para que pueda enajenarse la totalidad del inmueble, ésto es, suelo y edificio; y que, en caso de enajenación, deberá prorratearse el precio que se obtenga entre el cónyuge propietario del suelo y la sociedad conyugal dueña del edificio.

Cabe preguntar qué pasará si a la finca propia de uno de los cónyuges y ya edificada, se le agrega uno o mas pisos.

La respuesta para nosotros es que, en tal caso, no se trata ya del inciso 5) del Art. 184, por no hacerse la **construcción en suelo propio de uno de los cónyuges**, sino de una mejora u obra ejecutada para ampliar un bien propio debiendo en tal caso, aplicarse las disposiciones del inciso 4) relativo a las mejoras que en el punto tiene el mismo sentido y resultados que el que comentamos, salvo que el bien mejorado puede venderlo por sí solo

el cónyuge propietario sin intervención del otro, mientras que no puede hacer tal cosa si se trata de construcciones hechas en suelo propio, de acuerdo con lo expresado anteriormente.

34.—Loterías.

8.—“Son bienes comunes... Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en las loterías. (Art. 184, inc. 7).

Se atribuye el carácter de bien común a las ganancias obtenidas en las loterías porque se trata de los resultados de un contrato aleatorio celebrado a título oneroso a costa del caudal común, cuando con fondos conyugales se compra el billete que mas tarde resulte premiado.

Es tan pequeño, comparativamente, el valor del número de la lotería en relación con el premio que puede obtenerse, que la ley no se detiene a considerar el caso en que el número haya sido comprado con fondos provenientes de la liquidación de bienes de uno solo de los cónyuges y considera el premio siempre como bien común, salvo el caso, por supuesto, de que el billete hubiere sido adquirido desde antes del matrimonio o por alguno de los medios que señala el Art. 177 del Código Civil, pues en tales casos parece evidente que se trataría de un bien propio y que la ganancia obtenida seguiría tal condición a pesar de lo dispuesto en el inciso que comentamos por aplicación de los incisos 1) y 3) del referido Art. 177 del Código Civil.

La doctrina española considera que, por analogía, lo dispuesto en este inciso se extiende a lo que ganen los cónyuges en juegos de azar que así como pueden causar provecho también pueden originar quebrantos a la familia.

35.—Otros bienes comunes.

- a) Los que se adquieren por sustitución con otros bienes comunes, en virtud del Art. 186 del Código Civil que dice:

Art. 186.—“Los bienes sustituidos o subrogados a otros, se reputan de la misma condición legal de los que sustituyeron o subrogaron”.

- b) Los que se adquieran por reinversión del precio de un bien común, de acuerdo con el Art. 187 del Código Civil que dice:

Art. 187.—“Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compraron después otros, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior fué hecha con el producto de los bienes que antes se enajenaron”.

- c) Aquellos cuya condición de propios no pueda ser probada, según el Art. 185 del Código Civil que dice:

Art. 185.—“Todos los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario”.

36.—Caso de las alhajas.

A la muerte del marido se pretende a veces privar a la esposa de las joyas de su uso: o, a la inversa, al fallecer la mujer, se intenta, en algunas oportunidades, despojar al marido de las pocas alhajas que emplea en la vida diaria, provocándose de este modo incidentes sumamente dolorosos.

Como las joyas, según el Art. 820 del Código Civil, no forman parte del menaje de la casa, se les tiene que atribuir el carácter de bienes comunes, a falta de prueba sobre su calidad de propias y aunque sean bienes de familia, de acuerdo con el Art. 185 del Código Civil ya citado.

Ni aún las alhajas que el marido regala a su mujer durante el matrimonio, como natural demostración de afecto, quedan excluidas de esta ley implacable, por cuanto está prohibido a los cónyuges renunciar a la sociedad legal de bienes o a sus efectos (Art. 176 del Código Civil) y celebrar entre ellos contrato alguno (Art. 1339 del Código Civil).

Algunos letrados, tratando evidentemente de suavizar la dureza de la ley, sostienen que la mujer es dueña de las alhajas que el marido le regala y éste recíprocamente de los objetos que le dé su mujer e invocan para ello el Art. 778 del Código Civil según el cual no son colacionables los regalos siempre que estén de acuerdo con la condición de la familia y las costumbres.

Fatalmente, este artículo no es aplicable a los cónyuges, por cuanto se refiere a la colación, que sólo alcanza a los hijos y descendientes, de acuerdo con el Art. 775. Además, todo regalo es una donación, y si toda donación es un contrato, y si todo contrato está prohibido a los cónyuges, por las disposiciones ya citadas, es evidente que según ley, cuando el marido regala algo a su esposa, no puede legalmente transmitirle la propiedad de tal objeto, de modo que si ella no es propietaria del mismo, no podría invocar las reglas de la colación en su beneficio exclusivo. Lo mismo sucede con el marido.

Por más que la ley, en este caso, sea contraria a las costumbres normales que rigen en el Perú y por más que atente contra los más delicados sentimientos de los esposos, su sentido es claro. No cabe, pues, aferrarse a una interpretación dudosa. Lo que corresponde es modificarla y establecer como un principio básico de nuestra sociedad conyugal, que un cónyuge puede hacer regalos al otro, y que éstos serán bien propio del beneficiario, siempre que estén de acuerdo con la condición de la familia y las costumbres, y si no causan perjuicio a los acreedores.

37.—Bienes que no deben confundirse con los comunes.

No es común la plus-valía o mayor valor que adquiere un bien propio, por acción del tiempo o por razones de orden económico o social, sin que intervenga el caudal de la sociedad conyugal ni la industria de uno de los esposos.

En tal caso, el bien sigue siendo el mismo y no sufre alteración en su substancia, de modo que no se ve la razón para que su propiedad pase a

la sociedad conyugal en todo o en parte, pues el dueño a título de aumento de valor, perdería algo de lo que, como bien o derecho real, es y ha sido siempre suyo.

Si no ha habido obra o mejora ejecutada con desmedro de la sociedad conyugal, ni, por consiguiente, nada que indemnizar a ésta; y si sólo existe un incremento del bien, es justo que el propietario lo aproveche del mismo modo que se perjudicaría por sí solo si el bien pereciera, puesto que es un axioma jurídico que aquel que corre los riesgos debe gozar también de los beneficios.

38.—Situación del menaje.

El menaje se encuentra en nuestro Código en una situación muy original, ya que no es bien propio ni común, por cuanto la parte final del Art. 200 del Código Civil dispone que, al fenecer la sociedad conyugal no se incluirá en el inventario el menaje ordinario de cada uno, que se entregará al cónyuge sobreviviente, o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio.

Para interpretar este artículo, debemos hacer presente que se entiende por menaje todo aquello que esté destinado al uso, adorno o comodidad de la casa (36), o, en otras palabras, las cosas que forman el ajuar de ella (37).

Por consiguiente, debemos entender que, cuando el Código dice "menaje ordinario" se refiere tan solo a los objetos afectados al uso, adorno y comodidad normal de la casa, de acuerdo con la posición económica de la familia de que se trate y de las costumbres del lugar, de modo que el concepto del menaje ordinario ha de variar según la posición económica de cada cual, pues así como en la casa de familia de grandes recursos el menaje podrá ser costoso, para un hogar de situación económica estrecha, el menaje ordinario tendrá que ser modesto.

Precisa recordar que, según el Art. 820 del Código Civil, "los muebles que forman el menaje de una casa no comprenden los libros, el dinero, joyas, documentos, papeles de crédito, medallas, armas, instrumentos de artes y oficios, ropas, granos y animales".

Por lo mismo, se excluye del menaje los objetos enumerados en el Art. 820, inclusive los muebles-joyas, como cuadros artísticos, que no pueden recibir la calificación de objetos de simple uso común.

Conviene también advertir que el Código ha olvidado decir qué pasará si la sociedad conyugal termina por separación de los cónyuges o por ausencia de uno de ellos.

¿Se aplicará, por analogía, las reglas concernientes a los casos de muerte (para la ausencia) y de divorcio (para la separación), o se resolverá el caso según el Art. 185, conforme al cual todos los bienes se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario?.

Para nosotros, la ausencia no puede asimilarse a la muerte, porque el ausente puede regresar y no se le reputa por muerto sino después de trans-

(36) Obra citada en la nota N° 22.

(37) Código Civil Argentino. Art. 2323.

curridos 10 años de su desaparición (tres en casos excepcionales), según los Arts. 611 y 612 del Código Civil y, entre tanto, debe respetarse su patrimonio. Tampoco puede equipararse la separación con el divorcio, por cuanto la primera no disuelve el vínculo matrimonial y el segundo sí.

Consideramos, además, que la regla del Art. 185 no tiene excepciones y que no habiendo disposición expresa en el Código, ni por consiguiente título para quitar en este caso al menaje la calidad de común, tiene que reconocérsele como tal.

Debe hacerse notar, finalmente, que no parece justo que se asigne siempre el menaje de casa a la mujer en los casos de divorcio, ya que, si bien se comprende esta adjudicación caballerezca cuando ella no sea culpable, no parece admisible cuando la disolución del vínculo se deba a falta de su parte.

39.—Caso del automóvil.

Al morir algunas personas dejan entre sus bienes un automóvil comprado durante el matrimonio y se discute entonces entre los herederos si es un bien común que debe partirse entre ellos o si forma parte del menaje y pertenece exclusivamente al consorte que sobreviva. Análogo debate podría sobrevenir en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio.

A primera vista no parece haber dificultad y que el automóvil, como todas las demás cosas, se halla sujeto a la regla del inciso 2) del Art. 184 del Código Civil, según el cual son bienes comunes los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges.

Pero, el asunto se vuelve más difícil cuando se tiene en cuenta el uso que reciben los automóviles en la vida diaria y el silencio de nuestra legislación al respecto.

Existe, por ello, cierta tendencia a considerar el automóvil como parte del menaje de la casa sujeto a la regla del Art. 200 del Código Civil, según la cual el menaje no forma parte de la masa común y se debe entregar al cónyuge sobreviviente o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio y de divorcio.

Los que patrocinan esta tendencia dicen, en resumen, lo siguiente:

- 1º—Así como la casa es usada para la vida en común, el automóvil sirve para el movimiento general de la familia, de modo que puede ser calificado como un mueble de uso doméstico.
- 2º—Como se guarda, por lo general, en la casa y atendiendo al uso que se le da, se le atribuye el carácter de un accesorio del hogar, afecto a su servicio externo.
- 3º—No es justo privar a la viuda que sobrevive al esposo del automóvil que el marido le había comprado para su uso diario.
- 4º—Recíprocamente, no es equitativo privar al marido que sobreviva a la esposa, del automóvil que emplea como instrumento de trabajo o para su movilidad cotidiana.
- 5º—Otras legislaciones, como la española (Art. 346 del C.C.) y la chilena (Art. 574 del C.C.) excluyen expresamente a los carruajes

o caballerías o sus arreos de los muebles que forman parte del menaje; y, en cambio, nuestro Código Civil (Art. 820) excluye sólo a los animales, y no dice nada respecto de los vehículos, lo que podría hacer suponer que no ha querido considerarlos en la excepción.

Estas razones, pueden llevar a la duda sobre la calidad que corresponde al automóvil y producir conflictos que muchas veces adquieren carácter personal y que se agravan en los momentos de dolor, cuando existen hijos por razón de varios matrimonios, si ha habido divorcios o si existen hijos ilegítimos.

Por nuestra parte consideramos que esta tesis que trata de atribuir al automóvil la calidad de parte del menaje no es fundada, porque sólo es menaje aquello que está destinado al uso, adorno y comodidad de una casa (38) o, en otras palabras, las cosas que forman el ajuar de ella (39).

El automóvil no es un accesorio de la casa, desde que no está aplicado permanentemente a su fin económico, ni se halla en una relación que responda a ese fin (40). Es más bien algo que se usa fuera de ella para comodidad y provecho personal de los miembros de la familia. Su costo, relativamente elevado, no justificaría que se le sustrajera del patrimonio común para provecho de uno sólo de los cónyuges. Hay muchas cosas que usan el marido o la mujer como las joyas y los instrumentos de artes y oficios, que están expresamente excluidos del menaje por el Art. 820 del Código Civil. El hecho de que en las exclusiones practicadas por dicho artículo no figure el automóvil, nada significa, por cuanto la enumeración respectiva sólo es enunciativa, según rezan las actas de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 (41), de modo que debe considerarse comprendido en él a los carruajes, ya se les considere como objeto de uso de la esposa o como un instrumento de trabajo.

Varias ejecutorias de la Corte Suprema han definido ya qué se entiende por menaje diciendo que "constituye el menaje ordinario de casa no sólo los muebles indispensables para el servicio doméstico, sino los objetos destinados al adorno y comodidad del hogar" (42); que el piano (43) y las victrolas (44) no constituyen menaje ordinario de la casa; y que sí lo forman los muebles cuando su empleo es útil y necesario para la vida diaria, pero no los objetos de lujo o arte (45); y dentro de este concepto de menaje no cabe, por cierto, el automóvil.

(38) F. García Calderón.—Diccionario de la Legislación Peruana. T. 2. pág. 1331 2a. Edición París, Librería de Laroque Jeune. 1879.

(39) Código Civil Argentino. Art. 2323.

(40) Art. 815 del Código Civil Peruano.

(41) G. Aparicio y Gómez Sánchez, Código Civil, Concordancias. T. III. p. 368.

(42) Ejecutoria de 7/5/1898. G. Aparicio y G.S.C. Civil, jurisprudencia. T. VIII. p. 196.

(43) Ejecutoria de 16/10/32. G. Aparicio y G.S. C. Civil, jurisprudencia.

(44) Ejecutoria de 18/10/33. G. Aparicio y G.S. C. Civil, jurisprudencia.

(45) Ejecutoria de 2/7/45. Anales Judiciales de 1945. pág. 236.

Mas, sea cual sea nuestra opinión, el hecho es que los conflictos se producen y que, como sana deducción de lo expuesto debería concluirse que conviene reformar el Art. 820 del Código Civil y declarar expresamente, como lo hacen el Código Civil español y el Código Civil chileno, que los carruajes no forman parte del menaje de una casa. Se evitarían así dudas y, lo que es más importante, las desavenencias en las familias.

Capítulo Sétimo

EL PASIVO PROPIO

DEUDAS DE CADA CONYUGE

40.—Correlación de los beneficios con las deudas.

Todo patrimonio supone la existencia de un activo, o sea de bienes, y de un pasivo, o sea de deudas y cargas que gravan esos bienes.

La sociedad conyugal no es una excepción a esa regla y, por consiguiente, así como hay bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes, existen, igualmente, deudas que gravan a cada esposo por separado o a ambos en conjunto, de acuerdo con la naturaleza de sus bienes o el origen de la obligación.

Dice al efecto Demófilo de Buen (46): "La sociedad de gananciales es una entidad económica creada para el cumplimiento de los fines comunes a los dos cónyuges; el principio fundamental para señalar las cargas de la misma se deriva de ésta su principal misión"... "Aparte de ello, debe existir una correlación entre los beneficios de la sociedad y las cargas de la misma. Estas deben ser las inherentes a los bienes o causas productoras de los beneficios".

Corresponde examinar, por consiguiente, cómo ha acogido nuestra legislación los principios antes enunciados.

41.—Deudas exclusivas del marido.

El marido responde con sus bienes propios:

a) Por sus deudas anteriores al matrimonio.

Para ello dice el Art. 194 del Código Civil, *in fine*.

"Las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que las contrajo".

(46) Demófilo de Buen, Notas a la Obra de Derecho Civil de Colin y Capitant, citada en la nota Nº 17. T. 6º pág. 224.

Por excepción no se incluye entre estas deudas propias la obligación de suministrar alimentos a determinados parientes, aún cuando haya sido contraída antes del matrimonio, pues ella grava al patrimonio común de acuerdo con el inciso 2) del Art. 195 del Código Civil.

Los atrasos por las pensiones que debieron pagarse antes del matrimonio gravan, desde luego, sólo a la persona que dejó de abonarlos.

- b) Por sus **deudas personales contraídas después del matrimonio** que no redunden en provecho de la familia.

Esta regla se desprende del Art. 183 del Código Civil que dice: "Los bienes propios de un cónyuge no responden de las deudas del otro sino en caso de insolvencia de éste y siempre que se pruebe que ellas redundaron en provecho de la familia".

Luego, los bienes del marido responden exclusivamente cuando no es insolvente y contrajo deudas sólo por razones personales.

El Art. 197 del Código Civil confirma este punto de vista al declarar que las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes propios de la mujer, a menos que se pruebe que ellas se contrajeron para provecho de la familia.

- c) Por su **acto ilícito**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 198 del Código Civil, según el cual la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.

Se comprende que así sea por el carácter personalísimo del acto infractorio de la ley pero, desde luego, ambos cónyuges quedarán obligados si ambos participaron en el hecho que originó la obligación, de acuerdo con el Art. 1147 del Código Civil y el Art. 70 del Código Penal que dicen:

Art. 1147 del Código Civil: "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, el que pagó la totalidad de la indemnización, puede repetir contra los otros y el juez fijará la respectiva proporción, según la gravedad de la falta de cada uno. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

Art. 70 del Código Penal: "La obligación de la reparación civil es solidaria entre los partícipes en el hecho punible".

- d) Por los **daños que causen sus hijos menores** o personas sujetas a su guarda, en virtud del Art. 1142 del Código Civil que dice: "El padre, en su defecto, la madre, y el tutor o curador son responsables por el daño que causen sus hijos menores o personas sujetas a su guarda".
- e) Por las **deudas de la sociedad**, a falta de bienes comunes, de acuerdo con el Art. 196 del Código Civil que así lo dispone, en los términos siguientes: "Los bienes comunes, y, a falta de éstos, los

bienes del marido, responden de las deudas que son de cargo de la sociedad”.

El marido es así, fiador solidario de todas las obligaciones de la sociedad conyugal, al punto de que sus bienes propios no se le restituyen, al liquidarse la sociedad conyugal, sino una vez pagadas las respectivas deudas, de acuerdo con el Art. 201 del Código Civil.

Esta obligación se le impone al marido por ser él quien administra de un modo general los bienes conyugales, y también en virtud de la obligación fundamental que le corresponde, de acuerdo con el Art. 164 del Código Civil, de suministrar a la mujer y, en general, a la familia, todo lo necesario para la vida.

No se podría, de otro lado, exigir a quienes contraten con el marido que estén probando para quién contrata éste cada deuda, si para él sólo o para la familia; y de allí que la ley lo haga preferentemente responsable de todos sus hechos.

Esto lo obliga, también, a ser más celoso en la administración del patrimonio común.

Sucede, sin embargo, que a veces la mujer administra junto con él o en su lugar y entonces se discute por qué ha de ser garante de las obligaciones que asuma su consorte.

De acuerdo con el Art. 169 del Código Civil, para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad conyugal será representada indistintamente por el marido o por la mujer. Podrá, según ello, la mujer, sin autorización ni intervención del marido, hacer compras en los almacenes, contratar servidores, llamar al médico, etc., etc. En este caso se comprende que responda el marido porque, en realidad, la esposa no hace sino cooperar con él en una gestión que a él le compete fundamentalmente, tocándole vigilar que su esposa no se extralimite, porque para ello dirige la sociedad conyugal, (Art. 161 del C.C.) y por cuanto su mujer debe aceptar sus decisiones, salvo cuando constituyan abuso del derecho (Art. 163 del Código Civil).

Del mismo modo, cuando la mujer administre otros bienes comunes con la tolerancia de su esposo (Art. 190 del C.C.), o en ejercicio de un poder conferido expresamente para ello (Art. 1339 del C.C.) se comprende que el marido no pueda eximirse de su responsabilidad desde que, en tales casos, la mujer ejerce tal función, en buena cuenta en nombre de él. Por eso el Art. 191 del Código Civil dispone que el marido responde con sus bienes propios de las obligaciones contraídas por la mujer cuando ella administra los bienes comunes con el consentimiento de aquel.

No se percibe claramente, en cambio, si el marido ha de responder cuando la mujer asuma la administración por virtud de la ley en los casos de urgencia previstos por el Art. 174 del Código Civil o sea de interdicción del marido, ausencia o residencia en lugar remoto o condena a pena privativa de la libertad que produzca la interdicción civil. En tales casos no interviene para nada la voluntad del marido, ni se vé porqué ha de quedar obligado antes que nadie por los actos de su mujer.

Sin embargo, la ley no hace excepciones al establecer en el Art. 196 del Código Civil que los bienes del marido responden, a falta de bienes comunes, por las deudas de la sociedad y al determinar, en el Art. 201 del mis-

mo Código, que los bienes del marido le serán devueltos sólo en último término, una vez pagadas las obligaciones conyugales, sin discriminar entre los casos que administre él o aquellos en que la administración sea ejercida por la mujer, en virtud de mandato expreso de la ley.

- f) Por la dote que constituya por sí solo según el Art. 222 del Código Civil que dice: "No son responsables los bienes propios de un cónyuge, ni los bienes de la sociedad, por la dote que constituya el otro por sí solo".
- g) Por la devolución de los bienes de la mujer cuando los haya tenido a su cargo, como por ejemplo:

I. La dote, según los Arts. 229, 230 y 236 del Código Civil que dicen:

Art. 229.—"Salvo estipulación en contrario, el marido puede disponer de los bienes fungibles quedando responsable de su valor".

Art. 230.—"El marido está obligado a constituir hipoteca en seguridad de la dote, en el caso del artículo anterior".

Art. 236.—"La reivindicación por la mujer de los muebles cuyo dominio conserva, sólo será permitida si el marido no tuviere bienes con que responder de su valor, o si la enajenación por el marido y las subsiguientes entre terceros hubiesen sido hechas a título gratuito o de mala fe".

II. Los bienes propios de su mujer que administre por encargo o poder de ella, según los Arts. 1339 y 201 del Código Civil que dicen:

Art. 1339.—"Se prohíbe contratos entre cónyuges, si no es para el otorgamiento de poderes".

Art. 201.—"Aprobado el inventario se pagarán los bienes propios de la mujer; después, las cargas y obligaciones de la sociedad; y, por último, el capital del marido".

- h) Por la devolución de los bienes de la mujer, aunque no hayan estado a su cargo, al liquidarse la sociedad conyugal, según el Art. 201 antes citado, pues al serle devueltos sus bienes en último término resulta respondiendo por los de su esposa.

42.—Deudas exclusivas de la mujer.

La mujer responde con sus bienes propios:

- a) Por sus deudas anteriores al matrimonio, de acuerdo con el Art. 194 citado al tratar de las deudas del marido, con la salvedad de la segunda parte del Art. 237 del Código Civil, relativo a la dote, que dice: "Las deudas de la mujer anteriores al matrimonio serán pagadas con sus otros bienes propios; a falta de éstos, con los frutos de los bienes dotales; y, en último caso, con los muebles dotales".

- b) Por sus deudas personales contraídas después del matrimonio y que no beneficien a la sociedad conyugal, según el Art. 183 también ya referido, pero con la excepción del Art. 237 según el cual la mujer no responde con sus bienes dotales de las obligaciones contraídas por ella durante el matrimonio.
- c) Por los daños que causen sus hijos menores que no estén a cargo de su marido, tales como sus hijos ilegítimos o los de otro matrimonio.
- d) Por su acto ilícito, en virtud del Art. 183 que ya conocemos.
- e) Por las deudas comunes, en los casos en que ella administre la sociedad, según los Arts. 169 y 174 del C.C., y por aplicación de los Arts. 190 y 193 que dicen:

Art. 190.—“La mujer no puede sin consentimiento del marido administrar los bienes comunes, obligarlos ni litigar sobre ellos, sino dentro de los límites en que representa a la Sociedad”.

Art. 193.—“La mujer que asuma la administración de los bienes comunes tendrá idénticas facultades y responsabilidades que el marido cuando la ejerce”.

En este caso, sin embargo, queda sujeta a la excepción establecida en el Art. 237 para los bienes dotales y a la responsabilidad previa del marido por las deudas de la sociedad conyugal.

- f) Por la dote que constituya por sí sola, de acuerdo con el Art. 222 ya transcrito; y
- g) Por las obligaciones que resulten del ejercicio de su profesión o industria, según lo prescrito por los Arts. 173 y 213 del Código Civil, 10, 11 y 12 del Código de Comercio, en los términos siguientes:

Art. 173 del C.C.—“La mujer puede ejercer cualquiera profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido.

“Si el marido negare su consentimiento la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que pruebe que esta medida la justifica el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia”.

Art. 213 del C.C.—“Los bienes reservados y los bienes propios de la mujer responderán de las obligaciones contraídas por ésta en el ejercicio de su profesión o industria”.

Art. 10 del Código de Comercio.—“Si la mujer ejerciere el comercio en los casos señalados en los Arts. 6º, 7º y 9º de este Código, quedarán solidariamente obligados a las resultas de su gestión mercantil todos sus bienes dotales y parafernales, y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad o sociedad conyugal, pudiendo la mujer enagenar é hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes.

Los bienes propios del marido podrán ser también enajenados é hipotecados por la mujer, si se hubiere extendido o se extendiere a ellos la autorización expresa por aquel".

Art. 11.—"Podrá igualmente ejercer el comercio la mujer casada, mayor de veintiun años, que se halle en alguno de los casos siguientes:

- 1º Vivir separada de su cónyuge por sentencia de divorcio.
- 2º Estar su marido sujeto a guardaduría.
- 3º Estar el marido ausente ignorándose su paradero; y previa licencia judicial.
- 4º Estar su marido sufriendo la pena de interdicción civil.

Art. 12.—"En los casos a que se refiere el artículo anterior, solamente quedarán obligados a las resultas del comercio, los bienes propios de la mujer, y los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los unos y los otros.

Declarada legalmente la ausencia del marido, tendrá además la mujer las facultades que para este caso le concede la legislación común".

43.—Comparación de la responsabilidad personal de los cónyuges.

De lo expuesto anteriormente se desprende que, aún cuando en muchos casos la responsabilidad personal de un cónyuge es análoga a la del otro, como sucede con las deudas anteriores al matrimonio, con las deudas personales que no benefician a la sociedad, con las obligaciones por acto ilícito, con la dote que constituya por sí solo, cualquiera de ellos, o con las obligaciones que contraiga cada cónyuge en el ejercicio de su profesión o industria, hay una serie de casos en que lleva ventaja la mujer, pues no responde con sus bienes dotales, que son propios, por algunas de sus obligaciones, solo paga al final de cuentas las obligaciones comunes de la sociedad conyugal cuando ella administre, a falta de bienes comunes y de bienes del marido y no responde con sus bienes personales por las obligaciones contraídas por el marido en provecho de la familia, aún en caso de insolvencia de éste y a pesar de lo dispuesto por el Art. 183, pues el Art. 175 declara que la mujer no responde con sus bienes propios de las deudas personales del marido, cualesquiera que sean la forma de la obligación y la renuncia que hiciere de sus derechos.

Tampoco hay disposición alguna que la obligue a responder con sus bienes por el patrimonio de su marido cuando lo tenga a su cargo salvo, por supuesto, cuando se exceda de los límites de su mandato o de la curatela, casos en que si responde de acuerdo con las reglas de dichas instituciones y, en todo caso, al disolverse la sociedad conyugal recupera todos sus bienes propios aún antes de pagarse las deudas de la sociedad conyugal (salvo cuando haya administrado, pues en tal caso responde de tales deudas), y, siempre, por supuesto, antes que sean devueltos al marido los bienes que a éste corresponden.

Capítulo Octavo

El pasivo conyugal.—Deudas comunes

44.—¿Quién responde y cómo?

En general, ambos cónyuges responden con los bienes comunes por las deudas de la sociedad, de acuerdo con los Arts. 194 y 196 del Código Civil que dicen:

Art. 194.—“La sociedad responde de las obligaciones contraídas durante ella por el marido y también por la mujer, en los casos en que ésta puede obligarla.

“Las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que las contrajo”.

Art. 196.—“Los bienes comunes, y, a falta de éstos, los bienes del marido, responden de las deudas que son de cargo de la sociedad”.

45.—Cuáles son las deudas comunes.

a) Son deudas de la sociedad:

Las que contrajo el marido durante su administración, en virtud del Art. 194 antes citado, salvo las siguientes excepciones:

I. Las obligaciones personales suyas que, según el Art. 197, no pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes propios de la mujer (que son comunes) a menos que se pruebe que tales obligaciones se contrajeron para provecho de la familia.

De acuerdo con esto, la mujer puede oponerse en cualquier momento al embargo de los frutos de sus bienes propios por deudas personales del marido, sin esperar para ello la disolución de la sociedad conyugal.

II. La responsabilidad civil por acto ilícito del marido, que no afecta a la mujer en sus bienes propios ni en su parte de los comunes (Art. 198).

III. Las obligaciones nulas o anulables por haber sido simuladas o contraídas en fraude de la mujer o en contravención al Código, por aplicación del Art. II del Título Preliminar y del Art. 176 del Código Civil y de todos los principios relativos a la nulidad de los actos jurídicos.

b) También son deudas de la Sociedad, las que contrajo la mujer en su administración, en los casos en que ésta puede obligarla, de acuerdo con el Art. 194 del Código Civil y los Arts. 10, 11 y 12 del Código de Comercio, sin mas excepciones que las siguientes:

- I. La responsabilidad civil por acto ilícito de la mujer que no obliga al marido en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.
- II. Las obligaciones nulas o anulables por haber sido simuladas o contraídas en fraude del marido o en contravención al Código, por aplicación de los principios ya citados en el inciso III) del párrafo a).
- III. Las obligaciones contraídas por la mujer que ejerce el comercio, cuando vive separada de su cónyuge por sentencia de divorcio, cuando está sujeto su marido a guardaduría, cuando está el marido ausente o cuando está sufriendo éste pena de interdicción civil, pues para tales casos dispone el Código de Comercio que la mujer sólo responderá con sus bienes propios y con los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por resultas de sus negocios.
- IV. Podría decirse, así mismo, que si la mujer no responde, de acuerdo con el Art. 197, con los frutos de sus bienes propios por las obligaciones personales del marido; éste, por reciprocidad, tampoco debe responder, con los frutos de sus bienes propios, por las deudas personales que contraiga la mujer en su administración.

Pero, el Art. 197, por su texto, parece estar destinado a proteger solamente a la mujer y no al marido, pues éste se halla sujeto a la fianza general que el Art. 196, concordante con el 200, le impone sin tasa por las obligaciones de la sociedad conyugal.

- c) Son, finalmente, deudas de la sociedad las que en detalle establece el Art. 195 del Código Civil, o sea:

I. Sostenimiento de la familia.

Art. 195.—1. "El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes".

Esta carga afecta a la sociedad porque no es sino una consecuencia de las obligaciones impuestas por el Código a los esposos en los Arts. 158, 164 y 398 del Código Civil.

Por el primero, los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos; por el segundo, el marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación; y, en virtud del tercero, son deberes de los padres alimentar y educar a sus hijos y dirigir la instrucción profesional de éstos, con arreglo a su situación.

II. Alimentos.

Art. 195.—2. "Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a sus parientes".

Nótese que el Código no hace distinción alguna entre las diversas clases de parientes, sean legítimos o ilegítimos. Nótese también que, por consiguiente, aún los hijos ilegítimos no reconocidos pueden disfrutar de esta ventaja de acuerdo con el Art. 367 del Código Civil que dice: "Fuera de los casos expresados en el artículo anterior, el hijo ilegítimo sólo podrá reclamar una pensión alimenticia, hasta la edad de dieciocho años, del que hubiera tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción".

Esta acción subsistirá aunque la madre hubiera transigido o renunciado a incoarla, si lo hizo en condiciones manifiestamente perjudiciales para los intereses del hijo".

Por lo tanto, la sociedad conyugal responde con sus bienes por los alimentos de toda clase de parientes, siempre que se encuentren dentro de los grados enumerados en los Arts. 441 y 442 que dicen:

Art. 441.—Se deben alimentos recíprocamente:

- 1º—Los cónyuges;
- 2º—Los ascendientes y descendientes;
- 3º—Los hermanos.

Art. 442.—Los alimentos, cuando sean dos o mas los obligados a darlos, se prestarán en el orden siguiente:

- 1º—Por el cónyuge;
- 2º—Por los descendientes;
- 3º—Por los ascendientes;
- 4º—Por los hermanos".

Esta regla tan absoluta del Código parece, sin duda, excesiva.

No puede llamar la atención que un cónyuge esté obligado a dar alimentos al otro, puesto que es un deber elemental que asumen al contraer matrimonio; ni que ambos estén obligados a alimentar a sus descendientes comunes, o a sus ascendientes o hermanos, desde que es una obligación emanada del vínculo de sangre que los une con ellos; ni que, por análoga razón, cada cual esté obligado a alimentar a sus propios descendientes; pero sí llama la atención que, con los bienes comunes, inclusive con los frutos de los bienes propios o del trabajo de un cónyuge deba alimentarse a los hijos ilegítimos del otro cónyuge.

Es justo que ambos esposos, dentro de la mútua ayuda que se obligan a prestarse al contraer matrimonio, contribuyan a la atención de los hijos legítimos del otro, pero no parece tan claro que un cónyuge tenga el derecho de pedir a su consorte que le entregue los frutos de sus bienes propios o de su trabajo personal para alimentar a los hijos ilegítimos que él haya tenido fuera del hogar.

Sin duda es necesario que alguien atienda a la subsistencia de tal clase de hijos, pero parece que la obligación respectiva debe recaer en el progenitor. La solidaridad conyugal no puede, evidentemente, llegar hasta el límite de obligar a un cónyuge a responder con sus bienes por esta clase de deudas del otro.

En el caso de los hijos ilegítimos del marido podría invocarse, quien sabe, el Art. 197 que, como acabamos de ver, libera a los frutos de los bienes propios de la mujer de toda responsabilidad por las obligaciones personales del marido; pero no parece que el Art. 197 se refiera a esta clase de obligaciones, porque el Código, cuando trata de los alimentos, no hace ninguna clase de excepciones, y por cuanto no habría ninguna razón para que se forzara al marido a alimentar a los hijos ilegítimos de su mujer cuando ella no contribuye a los alimentos de los hijos del marido.

El Código Español establece a este efecto (Art. 1408), que será de cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los ilegítimos de uno solo de los cónyuges.

El Código Chileno, a su vez, dispone (Art. 1740) que la sociedad está obligada al pago. . . "5º del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga de familia. Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes, o ascendientes, aunque no los sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge".

Ecuador y Colombia siguen este mismo sistema.

El Código Argentino establece, en cambio, (Art. 1275), que son de cargo de la sociedad conyugal. . . "1º—La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos ilegítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes".

Los Códigos de Alemania (Arts. 1529 y 1534) y de Francia (Art. 1409, inc. 5), también prescriben la necesidad de alimentar a toda clase de hijos.

Como única excepción, sin embargo, a la regla general de nuestro Código que comentamos, podemos decir que si uno de los cónyuges, al casarse adeudaba algo por concepto de pensiones de alimentos de parientes propios, tal deuda no gravará a la sociedad conyugal, por ser anterior al matrimonio y, como tal, obligación personal del respectivo cónyuge.

III. Donativos.

Art. 195.—3. "El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges".

Se incluye, en las obligaciones de la sociedad conyugal, de acuerdo con este inciso, las donaciones, regalos, constituciones de dote, anticipos de herencia, y, en general, cualesquier acto de liberalidad que hagan ambos cónyuges en conjunto en favor de sus hijos.

No gravarán, en cambio, a la sociedad las donaciones que otorgue uno solo de los cónyuges a los hijos, aunque sean comunes, porque ninguno de los esposos está autorizado para disponer a título gratuito de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro.

Por eso el Art. 222 del Código Civil dispone que no son responsables los bienes propios de un cónyuge, ni los bienes de la sociedad, por la dote que constituya el otro por sí solo.

Por la misma razón no gravará a la sociedad conyugal el importe de lo donado o prometido por un cónyuge a un hijo propio, que no es del otro.

Esto, desde luego, no impide al marido o a la mujer actuar unilateralmente, sin la concurrencia del otro, para favorecer a un hijo común o a un hijo exclusivamente suyo, siempre que grave tan solo sus bienes propios y que no se exceda de lo que la ley le permite disponer por vía de donación, legado o mejora, de acuerdo con los Arts. 700, 707, 775, 776, 778 y 1469 del Código Civil que dicen:

Art. 700.—“El que tiene descendientes o padres o hijos adoptivos o descendientes de éstos o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Art. 707.—“El testador puede disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes destinados a legítima para mejorar a sus descendientes.

Art. 775.—“Toda donación o liberalidad que, por cualquier título, hayan recibido los hijos o descendientes se reputará anticipo de herencia, para el efecto de colacionarse, salvo dispensa del causante.

Art. 776.—“La dispensa está permitida dentro de la porción de libre disposición o dentro de los límites de la mejora, y debe establecerla expresamente el testador en su testamento u otro instrumento público.

Art. 778.—“No es colacionable lo que se ha gastado en alimentos o en enseñar alguna profesión, arte u oficio. Tampoco son colacionables los regalos siempre que estén de acuerdo con la condición de la familia y las costumbres.

Art. 1469.—“Ninguno podrá dar por vía de donación, mas de lo que puede dar por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. El exceso se regulará por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación”.

IV. Reparaciones en bienes propios.

Art. 195.—4. "Las reparaciones de mera conservación hechas en los bienes propios".

La sociedad conyugal está gravada con esta carga como una consecuencia del usufructo de que goza sobre tales bienes.

Si aprovecha de los frutos, es evidente que debe hacer lo necesario para conservar la substancia de los bienes que los producen. No es ésto sino la aplicación de la regla general establecida para todos los usufructuarios en el Art. 934 del Código Civil.

Como el Código se refiere en el inciso comentado a las reparaciones de mera conservación, es evidente que no gravarán a la sociedad conyugal las obras extraordinarias; y que las inversiones respectivas deberán reputarse como mejoras pertenecientes, si son útiles, a la masa común, de acuerdo con el inciso 4) del Art. 184 del Código Civil.

Sin embargo, si las obras extraordinarias llegaren a ser necesarias por omisión de quien administre los bienes comunes, en tal caso responderá la sociedad, por aplicación de la parte final del Art. 934 del Código Civil.

V. Reparaciones en bienes comunes.

Art. 195.—5. "Las reparaciones realizadas en los bienes comunes".

Al dueño de un bien le corresponde atender a los gastos que origine su conservación y, por lo tanto, la procedencia de este inciso es indiscutible, sea cual sea la naturaleza de las obras por ejecutar.

No se comprendería que se gravara los bienes de un cónyuge cuando la sociedad tiene el peculio necesario para hacer frente a sus propios gastos.

IV. Atrasos o réditos.

Art. 195.—6. "Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos así los bienes propios de los cónyuges como los comunes".

Se ha de entender por "atraso" las pagas o rentas vencidas y no cobradas (47), como por ejemplo, los arrendamientos que se adeuden por un fundo o ambos, los sueldos, salarios o remuneraciones no pagadas y que sean de cargo de los esposos o provenientes de sus negocios, las indemnizaciones o multas impuestas por el retardo en el cumplimiento de obligaciones, los recargos sufridos por la demora en el pago de impuestos, etc., etc.

(47) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. p. 137. 16a. Edición. Talleres Espasa Calpe. S.A. Madrid. 1939.

Réditos son los intereses que rinde un capital.

Es claro, pues, cuáles son las cargas que por estos conceptos gravan a la sociedad conyugal; no es tan claro si el patrimonio común debe soportar solamente los atrasos y réditos devengados durante la vida conyugal o también los anteriores.

El Art. 1408 del Código Civil Español, en su inciso 2) que reproduce, casi literalmente nuestro Código, se refiere expresamente a los devengados "durante el matrimonio", pero nuestro Código no reproduce estas palabras refiriéndose tan solo a los "devengados". De allí podría deducirse que, según nuestra ley, los bienes comunes deben responder por todos los atrasos o réditos cualquiera que sea la época en que se originaron; pero, para nuestro criterio, no es así, por cuanto el Art. 194 dispone que las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que las contrajo y es evidente que los atrasos y réditos producidos antes de la ceremonia nupcial forman parte de tal clase de obligaciones sin que exista razón alguna para hacer con ellas una excepción cancelándolas a costa de la comunidad.

En cambio, como consecuencia del derecho de la sociedad sobre todos los frutos de los bienes propios y comunes, ella responde por todos los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio, sea por bienes o negocios propios o por los comunes.

No dice el inciso comentado si la sociedad conyugal está gravada o nó con la obligación misma que da lugar al atraso o rédito, pero, de acuerdo con el Art. 194 antes citado, parece evidente que sólo está a su cargo el principal de las deudas contraídas por ella o el de las que afecten a los frutos y que el principal de las restantes obligará tan solo al cónyuge que las originó. Así pues, en una deuda hipotecaria contraída antes del matrimonio, la sociedad responderá por los intereses y comisiones que devenguen durante el matrimonio pero las cuotas de amortización serán de cuenta del cónyuge a quien pertenezca el bien hipotecado.

VII. Cargas de los usufructuarios.

Art. 195.—7. "Las cargas que pesen sobre los usufructuarios".

Tanto la sociedad conyugal, como cualquiera de los cónyuges puede gozar del usufructo de un bien y, en tal caso, es natural que, como lo dispone este inciso, la sociedad conyugal que percibe los frutos haga los gastos correspondientes.

En esta materia podemos mencionar como cargas del usu-

- I. El cumplimiento de las obligaciones prescritas al constituirse el usufructo (Arts. 1233 y 1328 del Código Civil);
- II. La explotación del bien en la forma normal y acostumbrada, para conservar su substancia (Arts. 929 a 933 del Código Civil);
- III. El pago del seguro contra incendio de los edificios, pues responderá de su pérdida si el siniestro ocurre por culpa suya (Arts. 929, 1136, 1518 y 1519 del Código Civil);
- IV. El pago de las contribuciones, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes usufructuados (Art. 935);
- V. La defensa del bien, por sí mismo o en unión del nudo propietario, según sea el caso, por aplicación de los Arts. 929, 1136 y 1517 (inc. 3) del Código Civil que dan las reglas generales sobre la forma de explotar el bien usufructuado, sobre la responsabilidad por descuido o negligencia y sobre las obligaciones del conductor (aplicables por analogía); siendo sensible que no se haya reproducido en nuestra legislación vigente el Art. 1110 y el 1111 del Código Civil de 1852 que reglamentaban esta obligación en forma clara y expresa; y
- VI. La ejecución de las reparaciones ordinarias y aún las extraordinarias si por omisión se necesitasen éstas.

VIII.—Gastos de Administración.

Art. 195.—8. "Los gastos que cause la administración de la sociedad".

Este inciso no requiere comentario, puesto que es evidente que la sociedad conyugal debe atender a sus propios gastos.

IX.—Funeral y lutos.

Art. 195 —9. "Los gastos de funeral y luto que un cónyuge ocasione con su muerte y los ordinarios de la familia durante el mes siguiente".

Parece que este inciso estuviere en contradicción con los artículos 803 y 804 del mismo Código que dicen:

Art. 803.—"Los gastos de funeral se pagan de preferencia".

Art. 804.—"Las personas que hasta el fallecimiento han vivido y se han alimentado gratuitamente en la casa del fallecido, pueden exigir que la masa siga soportando los mismos gastos durante un mes".

Aplicando el inciso 9º, materia del comentario, todos los gastos de funeral y luto de un cónyuge y los ordinarios de la familia durante un mes, serían de cargo de la sociedad conyugal.

Aplicando los Arts. 803 y 804, los mismos gastos no serían de cargo de la sociedad conyugal sino de los herederos.

En el primer caso, el cónyuge supérstite respondería con sus gananciales por la mitad de tales gastos.

En el segundo, no respondería con sus gananciales por todos los gastos.

En la necesidad de encontrar un sentido lógico en todo el Código consideramos que los Arts. 803 y 804 han de interpretarse en el sentido de que el cónyuge supérstite, por sus gananciales y los herederos del cónyuge fallecido, con la mitad que a éste corresponde en los gananciales, responderán por los gastos de que se trata y que, sólo por falta o insuficiencia de los gananciales pagarán los herederos tales gastos íntegramente con los bienes propios del causante que hereden.

Capítulo Noveno

ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

REGLAS GENERALES

Las reglas fundamentales de la administración de los bienes conyugales son las siguientes, en el Perú:

46.—Bienes propios.

Cada cónyuge administra sus bienes propios.

Los Arts. 178 y 172 del Código Civil dicen, al efecto, lo siguiente:

Art. 178.—“Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos”.

Art. 172.—“La mujer puede contratar y disponer de sus bienes, sin mas limitaciones que las derivadas del régimen legal”.

Esta regla tiene seis excepciones, o sea:

- a) El marido, salvo estipulación en contrario, administra los bienes dotales de la mujer, de acuerdo con el Art. 228 del Código Civil, siguiendo las reglas que examinaremos en detalle al tratar de la institución respectiva;
- b) El marido puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte, los bienes de la mujer, cuando ésta no contribuya con los frutos de tales bienes al sostenimiento de las cargas del hogar (Art. 180);
- c) El marido puede administrar los bienes de la mujer con simple consentimiento tácito de ésta en virtud del Art. 182 que dice: “Cuando la mujer deje que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el marido, no tendrá éste sino las facultades inherentes a la mera administración y quedará obligado a devolverlos en cualquier momento”;

- d) El marido representa a la mujer en juicio, de acuerdo con el Art. 20 del Código de Procedimientos Civiles.

Se ha sostenido (48) que, desde la promulgación del actual Código Civil, el marido ya no ejerce esta representación por cuanto el Art. 172 del Código Civil confiere a la mujer el derecho de actuar por sí misma; pero debe observarse que el Art. 172 no deroga la potestad del marido para representar a su esposa en juicio, pues otorga esta prerrogativa a la mujer sólo en forma facultativa, diciendo que "puede" comparecer, o sea, que si quiere tiene el derecho de hacerlo y si nó de dejar al marido que la defienda.

Debe recordarse, al efecto, que, de acuerdo con la parte final del Art. 1823 del Código Civil, las disposiciones de otros Códigos no se considerarán derogadas por las de éste, sino cuando expresamente se haga referencia a materias comprendidas en dichos Códigos y que estén en oposición a ellas.

No podría sostenerse que en el actual Código Civil hay oposición y que ha quitado al marido la representación jurídica de la mujer, pues ésto no ha ocurrido en forma absoluta, ya que el Art. 182 permite a la mujer que deje administrar por el marido sus bienes propios.

La diferencia entre el antiguo y nuevo sistema radica, sin duda, en que, según el Código Civil de 1852, el marido era el representante forzoso de la mujer en juicio; y, en el Código actual es sólo un representante facultativo, ya que la mujer puede evitar que intervenga saliendo ella a juicio personalmente.

La Ejecutoria Suprema de 15 de Abril de 1941 concuerda con esta tesis (49).

- e) Un cónyuge puede administrar los bienes del otro, si este le otorga poder para ello (Art. 1339); y
- f) Un cónyuge también puede administrar los bienes del otro, sin mandato de éste, en caso de incapacidad o interdicción del consorte, siguiendo las reglas sobre la curatela (Arts. 554, 555, 559, 564, 583, 588 y 590).

47.—Bienes comunes: Marido.

El marido administra los bienes comunes de acuerdo con el Art. 188 que dice: "El marido es el administrador de los bienes comunes, y, además de las facultades que tiene como tal, puede disponer de ellos a título oneroso".

Esta administración la ejerce por derecho propio y como obligación legal, por ser el director y representante de la sociedad conyugal y tener a su cargo las decisiones referentes a su economía (Arts. 161, 162 y 163) y porque está obligado a suministrar a la mujer y en general a la familia lo necesario para la vida (Art. 164).

(48) Ejecutoria de la Corte Suprema de 25/7/38, mencionada en la obra del Doctor G. Aparicio y Gómez Sánchez, citada en la nota N° 26. Tomo VIII. pág. 95.

(49) "El Peruano" de 7 de Mayo de 1942. N° 410.

Su potestad marital está sujeta a determinadas excepciones que veremos luego.

48.—Necesidades del hogar.

El marido o la mujer representan indistintamente a la sociedad conyugal para las necesidades ordinarias del hogar (Art. 169).

Esto significa que la mujer puede adquirir cosas en los almacenes y tiendas, contratar servidumbre y realizar otras actividades semejantes sin intervención del marido.

No creemos que esta facultad se extienda a la de adquirir casa-habitación por cuanto la ley confiere al marido la facultad de fijar y cambiar el domicilio de la familia (Art. 162).

Podría sí, representar a la familia en un juicio de desahucio si el marido no estuviera en el lugar, porque así lo dispone expresamente el inciso 5) del Art. 22 del Código de Procedimientos Civiles.

49.—Bienes reservados.

La mujer administra sus bienes reservados, aunque sean comunes.

50.—Administración excepcional por la mujer.

La mujer administra excepcionalmente los bienes propios del marido y los comunes.

- a) En los casos de urgencia, de acuerdo con el Art. 192 del Código Civil que dice "La administración de los bienes comunes" y de los bienes del marido se transfiere a la mujer en los casos del Art. 174".

Tales casos ocurren:

1. Si el marido está impedido de ejercer la dirección y administración de la sociedad conyugal por causa de interdicción;
2. Si se ignora el paradero del marido o éste se encuentra en un lugar remoto sin tener apoderado;
3. Si el marido ha sido condenado a una pena privativa de la libertad que produzca la interdicción civil.

Llama la atención que el Código no haya previsto que en los mismos casos el marido administre los bienes propios de la mujer.

- b) Si el marido le da autorización a su esposa para ello, de acuerdo con los Arts. 190 y 1339 del Código Civil.

Debe entenderse esta última regla en el sentido de que la autorización debe otorgarse mediante un poder expreso a fin de que haya prueba efectiva de su existencia y también atendiendo a lo dispuesto por el Art. 1633 del Código Civil que di-

ce: "Para disponer de la propiedad del mandante o gravarla, se necesita que el encargo conste expresamente y por escritura pública".

51.—Mujer comerciante.

La mujer puede ejercer cualquiera profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido.

Si el marido negare su consentimiento, la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que pruebe que esta medida la justifica el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia.

Este principio se complementa con los Arts. 6 a 12 del Código de Comercio que facultan a la mujer para ejercer el comercio con autorización del marido y aún sin tal autorización, en determinados casos.

Es de advertir, a este respecto, que en los casos en que haya contradicción entre el Código de Comercio y el Código Civil debe entenderse que prevalece el Código Civil de acuerdo con el Art. 1823 del Código Civil ya citado.

Por consiguiente, entendemos que, al presente, la mujer podría dedicarse al comercio aún con la oposición de su marido, si recibe autorización judicial para ello; y también que ya no necesita llegar a los 25 años para dedicarse al comercio sin autorización del marido en los casos que enumera el Art. 12 del C. de Comercio que exige tal edad.

Capítulo Décimo

EXTENSION DE LOS PODERES DE ADMINISTRACION

52.—Bienes propios

La ley es muy amplia al determinar las facultades que tiene cada cónyuge cuando administra sus bienes propios; y de ello debe concluirse que puede gravarlos y enajenarlos a título oneroso o el título gratuito.

El Art. 178 dice, al efecto, "cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos".

Esta regla se confirma por el Art. 172, relativo a la mujer, que dice: "La mujer puede contratar y disponer de sus bienes, sin mas limitaciones que las derivadas del régimen legal".

"La mujer puede comparecer en juicio".

Las únicas limitaciones que podrían invocarse en contra de la libre disposición de los bienes propios serían:

- a) Una general, relativa a las donaciones, ésto es la del Art. 1469, cuando dice: "Ninguno puede dar por vía de donación más de lo que puede dar por testamento..."

- b) Otra particular relativa a la herencia o legado que dice: "Ninguno de los cónyuges puede renunciar una herencia o un legado sin el consentimiento del otro" (Art. 179).
- c) Otra especial concerniente a los frutos de los bienes propios pues siendo ellos bienes comunes, deben ser entregados al cónyuge que tiene a su cargo la sociedad conyugal, salvo los que sean requeridos indispensablemente para atender las cargas originadas por la administración de los bienes propios, pues de otro modo tal administración sería imposible o ilusoria.

Este derecho de la sociedad conyugal a los frutos de los bienes propios así como el hecho de que las mejoras útiles introducidas en un bien propio sean bien común, (Art. 184, incisos 1) y 4), ha dado lugar a que en muchas ocasiones se exija la intervención del marido cuando la mujer vende u obliga sus bienes propios pensando que ella no tiene facultad para disponer de la parte común que haya en sus bienes; y tales posibilidades hacen en muchos casos ilusorio el derecho de la mujer a disponer libremente de sus bienes. Indudablemente la interpretación legal que obliga a intervenir al marido es excesiva pero se origina que por la falta de previsión de la ley y no puede censurarse que, por defecto de ella, los contratantes tomen toda clase de seguridades para evitar litigios o reclamos posteriores. En nuestro concepto el Código requiere, en este punto, una aclaración para que cada cónyuge pueda obligar sus bienes incluyendo los frutos y mejoras.

53.—Bienes del otro cónyuge.

Si un cónyuge administra los bienes propios de su consorte, ha de sujetarse a los límites impuestos por la naturaleza de la administración que ejerza.

Así, el marido que administra los bienes dotales, debe observar las reglas concernientes a la dote; si administra los demás bienes de la mujer por consentimiento tácito de ésta (Art. 182) no tiene sino las facultades inherentes a la mera administración, es decir, que no puede venderlos, gravarlos ni disponer de ellos; y si interviene en juicio, no puede convenir en la demanda, transigir, prestar juramento decisorio ni deferir a él, sino con el consentimiento de su mujer manifestado por escritura pública o en escrito presentado al Juez y con firma legalizada (Art. 21 del Código de Procedimientos Civiles).

Si la mujer asume la administración de los bienes propios por virtud de lo dispuesto en los Arts. 174 y 192 del Código Civil, sólo tendrá facultades de mera administración aplicando por analogía los Arts. 182 y 1633 del mismo Código.

Del mismo modo, si un cónyuge actúa como apoderado del otro, en virtud de mandato expreso, deberá sujetarse a los términos del poder (Art. 1636, inciso 3) del Código Civil; y si procede como guardador, ha de observar las reglas de la curatela (Arts. 504, 505, 506, 507, 516, 520, 522, 558 y 564 del Código Civil).

54.—Bienes comunes.

El marido es, como ya se ha dicho, el administrador de los bienes comunes, (salvo los bienes reservados de la mujer cuya administración corresponde a ésta según el Art. 207 del Código Civil); pero únicamente puede disponer de ellos a título oneroso. Así lo prescribe el Art. 188 del Código Civil.

Está facultado, por consiguiente, para arrendarlos, venderlos, apartarlos a una sociedad, constituir hipotecas, servidumbres, o cualquier otra clase de gravámenes y para realizar, en general, toda clase de actos de administración o disposición sin intervención de la mujer y sin mas restricción que la de que no sean actos a título gratuito, ésto es que no impliquen una donación o liberalidad.

Hay, por lo mismo, exceso cuando se hace intervenir a la mujer en unión del marido, para enajenar o gravar bienes comunes, por el hecho de que hayan sido adquiridos a nombre de ella. Se olvida que, según el inciso 2) del Art. 184 del Código Civil, son bienes comunes los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges. Se olvida también que todos los bienes se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario (Art. 185 del Código Civil).

La mujer, como participe en la sociedad conyugal, tiene el derecho de estar informada de lo que su marido haga con los bienes comunes, para darle su ayuda y consejo para la prosperidad común (y aún para oponerse a los excesos del marido) tal como indican los Arts. 161 y 189 del Código Civil, pero ésto no limita los poderes del marido ni produce efectos para la validez o nulidad de los contratos a título oneroso que él celebre con terceras personas.

En cambio, para disponer a título gratuito, el marido requiere el consentimiento de su consorte, por cuanto el Art. 188 lo faculta, exclusivamente, como queda dicho, para enajenar los bienes a título oneroso. Ni siquiera puede constituir por sí solo dote en favor de una hija común, pues el Art. 222 establece que no son responsables los bienes propios de un cónyuge, ni los bienes de la sociedad, por la dote que constituya el otro por sí solo.

Pero, desde luego, en estas prohibiciones no pueden estar incluídos los moderados regalos que se hagan, de acuerdo con las costumbres y la condición de la familia.

La mujer que asuma la administración de los bienes comunes, dice el Art. 193 del Código Civil, tendrá idénticas facultades y responsabilidades que el marido cuando la ejerce.

Por consiguiente, cuando la mujer administre, procederá como si fuera el propio marido que actúa, sin diferencia alguna.

Se duda por algunos de que la mujer en tal caso tenga poder para disponer de los bienes comunes a título oneroso (50), pensando que al decir que se encargará de la "administración" le toca sólo "administrar" y no

(50) Véase Héctor Cornejo Chávez, Derecho Familiar Peruano. Pág. 226.

disponer. En nuestro concepto, sin embargo, el Código en este artículo usa la palabra administración como sinónimo de "dirección" o "representación" tal como dice en el Art. 174 y no en un sentido limitativo. De otro modo no existiría la identidad de facultades de que habla el propio Art. 193.

Ciertos Códigos, como el del Brasil y la legislación de algunos Estados Americanos son mas severos que el nuestro, pues inclusive exigen la intervención de ambos cónyuges para todos los actos de disposición.

Capítulo Décimo Primero

GARANTIAS DE LA ADMINISTRACION

55.—Administración del marido.

El marido que administra sus bienes propios o los comunes no tiene que rendir cuentas de su administración, ni dar a la mujer garantía alguna, pero la ley otorga a ésta la facultad de obtener determinadas medidas precautorias o de carácter más severo en caso de mala conducta del marido o de peligro de los bienes conyugales. Tales medidas son las siguientes:

- a) Si el marido no le suministra lo necesario para la vida, según sus facultades y situación, la mujer puede pedir al Juez que ordene a los deudores de aquel y a los de la sociedad conyugal que le hagan sus pagos a ella en todo o en parte (Art. 166) o pedirle alimentos de acuerdo con los Arts. 159, 161, 441 y 442 del Código Civil;
- b) Puede oponerse a todos los actos del marido que excedan de los límites de una administración regular, según la naturaleza de los bienes, y que redunden en perjuicio de los intereses administrados. (Art. 189);
- c) Puede pedir la separación de bienes, sin disolver el vínculo matrimonial, en los casos prescritos por el Art. 241 que dice:

"La separación de bienes será declarada por el juez a pedido de la mujer".

1º—"Cuando el marido desatienda las obligaciones que le impone el Art. 164.

2º—"Cuando el marido no asegure los aportes de la mujer;

3º—"Cuando el marido abuse de las facultades que respecto de los bienes comunes le acuerda este Código;

4º—"Cuando la mujer no quisiere asumir la administración de la sociedad que le transfiere el Art. 192".

- d) Obtiene de hecho la separación de bienes en los casos de quiebra del marido según el Art. 240.

- e) Puede lograr por mutuo disenso la separación de cuerpos, que produce también la separación de patrimonios de acuerdo con los Arts. 199, 269 y 271 del Código Civil que dicen:

Art. 199.—“Fenece la sociedad;

.....
4º Por la separación de los bienes”;

Art. 269.—“El divorcio puede limitarse a la separación de los casados”.

Art. 271.—“La separación pone término a los deberes conyugales relativos al lecho y habitación y disuelve la sociedad legal, dejando subsistente el vínculo del matrimonio”.

- f) Puede obtener, también por mutuo disenso, el divorcio que produce la nulidad del vínculo y extingue la sociedad conyugal, de acuerdo con los Arts. 199 y 253 del Código Civil;
- g) Puede pedir que se declare **pródigo** al marido y que se nombre curador de su patrimonio, cuando dilapide más de la tercera parte de los bienes raíces o capitales (Art. 576 del Código Civil);
- h) Puede pedir la **nulidad de los actos abusivos** que practique su marido, ésto es cuando se extralimite de los poderes que le confiere la ley para la administración de la sociedad conyugal, como, por ejemplo, si enajena a título gratuito los bienes comunes, pues no puede olvidarse que los bienes no le pertenecen exclusivamente y que su facultad de administración no lo autoriza para llegar al abuso, con desmedro de los derechos de su mujer.

Serían de aplicación a este efecto el Art. II del título preliminar del Código Civil, según el cual la ley no ampara el abuso del derecho, el Art. 176 que impide a los cónyuges renunciar a la sociedad conyugal o a sus efectos y, por lo mismo, violar las reglas de tal sociedad, el Art. 189 que la faculta para oponerse a los actos del marido que excedan de los límites de una administración regular, y los Artículos 1634, 1637 y 1646 del C.C. que impiden al mandatario excederse de los límites de su poder.

- i) Puede pedir la nulidad de los actos maliciosos que practique el marido en su perjuicio, invocando para ello las disposiciones que conciernen al dolo (Art. 1085), a la simulación (Art. 1095), al fraude (Art. 1098 y sigt.) o a la nulidad de los actos jurídicos (Art. 1123 y sigt.) según sea el caso.

El marido, en tesis general, puede decir, sin mas, al terminar la sociedad conyugal, como bien expresan los señores Colin y Capitant (51) “He aquí lo que queda del activo común”, pero, al mismo tiempo, sin necesidad de obligarlo a rendir cuentas, se le puede obligar a restituir probándole que oculta bienes o que ha dispuesto de ellos en mala forma por odio a su mujer o a sus herederos, o para causarles perjuicio o desmedro o en vista de la próxima extinción de la sociedad conyugal por muerte u otra causa legal”.

(51) Obra citada en la nota 17. Tomo 6, pág. 264.

Las maniobras del marido, pueden consistir en actos jurídicos (como donaciones, enajenaciones, arrendamientos ruinosos, etc.); hechos materiales (como usurpaciones, destrucción de bienes o daños a los mismos); o abstenciones; que en el fondo constituyan abuso del derecho, enriquecimiento ilícito o fraude; pero, para que den lugar a una acción de nulidad, deben ser intencionales, a fin de "suprimir o disminuir —como dicen los mismos señores Planiol y Ripert— (52) la porción que la mujer o sus herederos deban percibir algún día en la comunidad, es decir, despojar voluntaria y subrepticamente a la mujer y a sus herederos de una porción de los bienes comunes o en términos mas amplios de violar los derechos de la mujer o sus herederos en o sobre la comunidad".

Insistimos en que debe tratarse de actos deliberados del marido porque, si no lo fueran, dejaría de existir la malicia que justificaría la acción de nulidad.

Las acciones por simulación y análogas podría intentarlas, la mujer, aún estando vigente el matrimonio, sin perjuicio de pedir la separación de bienes, si lo tuviera a bien, porque nada le impide litigar con su marido y los cómplices de éste, para defenderse si es necesario (Art. 189 del Código Civil, Art. III del Título Preliminar del mismo Código y Art. 22, inciso 2), del Código de Procedimientos Civiles); pero para la Acción Pauliana, contra terceros, si fuere el caso, se requeriría, naturalmente, que primero quedase disuelta la sociedad conyugal para que la mujer pudiera ser reputada como acreedora por sus gananciales; pero también sin duda, entre tanto, podría intentar todas las acciones y adoptar todas las medidas necesarias para comprobar el fraude y asegurar sus derechos, de acuerdo con los Arts. 241 (inc. 3) y 242 del Código Civil.

- j) Puede hacerse **indemnizar** en ciertos casos por el acto ilícito del marido en agravio suyo, de acuerdo con los Arts. 1136, 1149 y 1321 del Código Civil, cuando no sean aplicables las disposiciones a que se refieren los artículos anteriores.

Este principio debe interpretarse, desde luego, en forma muy restringida, porque de un modo general se reconoce al marido la facultad de administrar, como tenga por conveniente, los bienes comunes, sin que sea responsable de las pérdidas que origine tal administración, porque la ley no le señala el grado de diligencia que debe poner; y porque resultaría, por lo general, casi imposible determinar el límite exacto entre la negligencia y la administración normal que debe hacer como buen padre de familia.

La mujer es, sin duda, sólo consejera y no juez en tal administración, pero es evidente que no puede exonerarse al marido de responsabilidad cuando procede con culpa inexcusable o dolo como, por ejemplo, si deja perder deliberadamente un bien por prescripción, o si pretende enriquecerse con detrimento de su cónyuge;

(52) Obra citada en la nota 14. Tomo VIII págs. 612 y 613.

- k) Puede, en fin, **negarse** a aceptar la resolución del marido cuando constituya abuso del derecho, de acuerdo con el Art. 163 del Código Civil que dice: "La mujer no está obligada a aceptar "la decisión del marido cuando ésta constituye un abuso de su derecho".

Además, cuando el marido administre los **bienes propios de ella**, puede exigirle que otorgue garantía hipotecaria, de acuerdo con los Arts. 180, 181, 229, 231 y 230 del Código Civil, que dicen:

Art. 180.—"Si la mujer no contribuye con los frutos de sus bienes propios al sostenimiento de las cargas matrimoniales, el marido podrá pedir que pasen a su administración dichos bienes, en todo o en parte".

"En este caso, el marido estará obligado a constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles que recibiere".

Art. 181.—"Si el marido careciere de bienes propios para constituir la hipoteca, quedará obligado a prestar otra garantía, siempre que fuere posible, según el prudente arbitrio del juez".

Art. 229.—"Salvo estipulación en contrario, el marido puede disponer de los bienes fungibles quedando responsable de su valor".

Art. 231.—"El marido no puede enajenar ni gravar los bienes dotales no fungibles, salvo que la mujer consienta expresamente".

Art. 230.—"El marido está obligado a constituir hipoteca en seguridad de la dote; en el caso del artículo anterior. Si no tuviere inmueble que hipotecar, regirá lo dispuesto por el artículo 181".

56.—Administración por la mujer.

Cuando la mujer abusa de su derecho de representar a la sociedad en las **necesidades internas del hogar**, o cuando sea incapaz de ejercitarlo, el juez podrá privarla de él o limitárselo a instancia del marido.

Cuando la mujer administre los **bienes comunes**, dice el Art. 193 que tendrá idénticas facultades y responsabilidades que el marido; pero no expresa el Código si el marido gozará de las mismas garantías que por su parte se halla obligado a otorgar a su mujer cuando él administra.

Es claro, sin embargo, que el marido podrá:

- a) Pedirle alimentos, invocando los Arts. 159, 161, 441 y 442 del Código Civil;
- b) **Privarla** en todo o en parte de la administración de sus bienes propios, de acuerdo con el Art. 180 del C.C. ya citado;
- c) Exigir que **contribuya** al sostén del hogar con sus bienes reservados, según el Art. 208 del Código Civil que dice: "El marido pue-

- de exigir que la mujer contribuya con los bienes reservados, de un modo equitativo, al levantamiento de las cargas del matrimonio. El juez en caso contrario, regulará la contribución".
- d) Invocando por analogía el Art. 189 y de acuerdo con el Art. 193, oponerse a todos los actos de la mujer que excedan de los límites de una administración regular;
 - e) Obtener la separación de bienes en caso de quiebra, de la mujer, según el Art. 241 ya citado.
 - f) Obtener la separación de cuerpos o el divorcio por mutuo disenso, en los casos ya previstos anteriormente al tratar de los derechos de la mujer contra el marido;
 - g) Hacer que sea declarada pródiga la mujer en casos análogos a los previstos para el esposo;
 - h) Pedir la nulidad de los actos abusivos o fraudulentos de la mujer, también en los casos ya citados al tratar de la administración del marido.
 - i) Hacerse indemnizar por el acto ilícito de la mujer en contra suya.

No puede, en cambio, pedir la separación de patrimonios manteniendo el vínculo matrimonial y la obligación concerniente al lecho y habitación, porque la ley franquea esta acción tan sólo a la mujer, según el Art. 241.

57.—Administración de los bienes del otro.

Si un cónyuge administra los bienes del otro con poder de éste, el mandato podrá serle revocado; y si procede como curador y actúa mal, podrá ser removido del cargo, de acuerdo con las reglas concernientes a la respectiva institución.

58.—Excepciones a las reglas sobre la administración.

Ya hemos visto que, de un modo general, cada cónyuge administra sus bienes propios y el marido los comunes.

Sin embargo, la ley sujeta este principio a dos excepciones fundamentales que conciernen a la dote y a los bienes reservados de la mujer; pues la dote constituída por bienes propios de la mujer es administrada generalmente por el marido, y los bienes reservados de la mujer, que son comunes, quedan bajo la administración de la esposa. De cada uno de estos casos trataremos en capítulo aparte.

Capítulo Décimo Segundo

LA DOTE

59.—Definición.

En el derecho clásico, dice Petit (53), se entiende "por dote el conjunto de bienes que el marido recibe de su mujer, o de otra persona en su nombre, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio".

Lo que caracteriza la dote es, pues, la entrega de ciertos bienes al marido para que él los administre en beneficio de la familia aún cuando la propiedad de ellos corresponda a la mujer.

Los demás bienes de la mujer, o sea aquellos cuya administración y disfrute ella conserva —aunque a veces sólo teóricamente— son conocidos con el nombre general de parafernales.

60.—Antecedentes históricos.

Nació la dote en Roma en el matrimonio *in manu*, por variadas razones. De un lado, fué una compensación que otorgaba el padre a su hija, que perdía el derecho de heredarle cuando salía de la familia —por el matrimonio— para ingresar a la del marido; de otro lado tuvo por objeto dar a la mujer un medio de contribuir, en alguna forma, a los gastos de la casa y a la manutención y educación de los hijos; y constituyó, en fin, un modo de indemnizar a los nietos por la falta de participación en la herencia del abuelo materno.

La dote subsistió en el matrimonio *sine manu*; pero mientras que en el matrimonio *in manu*, según las opiniones más comunes, el marido adquiría la propiedad de los bienes dotales, en este otro caso, sólo asumía la administración conservando la mujer su dominio sobre las propiedades de esta clase, de modo que eran inalienables y debían ser devueltas a la mujer al disolverse el matrimonio.

La otorgaban el padre, la familia paterna de la mujer, el tutor o el curador y se llamaba entonces *dote profetia*. También podían otorgarla, la mujer misma, su madre, los parientes maternos o un extraño y adquiría en tales casos la denominación de *dote adventicia*.

En la necesidad de fomentar los matrimonios y la solidez de las familias, llegó a hacerse obligatoria.

En el sistema germánico hubo también dote, pero únicamente la otorgaba el marido a su mujer, ya sea en la forma de "morgengabe" o donación de la mañana o de "wittum" o donación para la viudez que retenía el marido durante el matrimonio, pero que recibía la mujer a la muerte de éste para atender con decoro a su subsistencia.

(53) Eugéne Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Saturnino Calleja. Madrid, 1926, pág. 433.

El sistema romano llegó a nuestro Código de 1852, con carácter forzoso, a través de Las Partidas y de la Novísima Recopilación, y ha sido acogido por nuestro Código del 36 en los Arts. 220 a 239, aún cuando en la actualidad carezca de aplicación práctica y sea una institución casi sólo de sabor histórico.

61.—La dote en el Código vigente.

Dice el Art. 220 del Código Civil: "La dote se compone de los bienes que lleve la mujer al matrimonio y de los que durante él adquiera gratuitamente conforme a este título"; comprendiendo con estas palabras, aparentemente, todos los bienes que lleve la mujer al matrimonio; pero no es así, porque dicho artículo mediante la frase "conforme a este título" sólo incluye en la dote aquellos bienes que se lleven al matrimonio sujetándose a las disposiciones que reglamentan específicamente esta institución. Por lo mismo, en repetidos casos y en otros artículos el Código se refiere a otros bienes propios de la mujer que no tienen el carácter de dotales y cuya administración ella conserva. Tales son los Arts. 172, 178, 182 y 237.

62.—Constitución de la dote.

a) Quiénes la constituyen.

Están facultados para constituir la dote en el Perú los padres o extraños.

Según el Art. 221 se entiende que los padres se obligan por mitad cuando dotan juntos a su hija sin expresar la parte con que concurren. En cambio, si uno de los cónyuges constituye la dote por sí solo, no obliga al otro, pues, según ley, en tal caso no son responsables los bienes propios del consorte que no intervino, ni los bienes de la sociedad conyugal (Art. 222).

Los extraños pueden ser el novio o terceras personas.

Estando al texto del Art. 220, la mujer también puede constituir la dote asignando a cierta parte de sus bienes o a todos ellos tal calidad. Abonan este punto de vista los antecedentes de la institución, tales como El Digesto, Código Libro V, Título XII, Ley 4; Las Partidas, Ley 8ª, Título XI, Partida 4ª; el Código Brasilerero, Art. 279; el Código Francés, Art. 1541; nuestro antiguo Código Civil de 1852, Art. 988, y otros diversos cuerpos legales.

b) Cuándo se constituye.

La dote puede constituirse, de acuerdo con el Art. 225, antes o después de la celebración del matrimonio, excepto en el caso del esposo a quien la ley sólo permite constituirla antes de contraer las nupcias.

Con esta última excepción se corrobora la regla general establecida en el Art. 1339 del mismo Código, según la cual se prohíbe contratar entre cónyuges.

Si fuera la mujer quien constituyera la dote, estaría también sujeta, evidentemente, a este último precepto.

c) .Cómo se constituye .

Para nuestro Código, la constitución de la dote es un acto solemne que debe practicarse por escritura pública o por testamento especificando los bienes que la componen y expresando el valor de cada uno de ellos (Art. 227).

Decimos que se trata de un acto solemne porque, de acuerdo con los Arts. 1075 y 1123 (inc. 3) del Código Civil, para la validez del acto jurídico se requiere observancia de la forma prescrita, siendo nulo el que no revistiera tal forma.

Debemos recordar también, al respecto, que el Art. 407 del Código de Procedimientos Civiles dispone que si la ley exige como solemnidad de algún acto el otorgamiento de instrumento público, este es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto.

d) .Reglas para constituirla .

Para constituir la dote, si hay deudas cuyo pago pueda ser perjudicado con la constitución de ella, se requiere llenar los requisitos establecidos por los Arts. 226 y 467 del Código Civil o sea:

- I) No tener deudas cuyo pago sea perjudicado con la constitución de ella;
- II) Que sea aprobada judicialmente;
- III) Que sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

La aprobación judicial se obtiene siguiendo los trámites establecidos por el Art. 468 del Código Civil.

Para ello el juez ordenará que se publique la solicitud de constitución durante diez días; y transcurriendo este plazo sin haberse formulado oposición, el juez autorizará la constitución de la dote. Si se dedujere oposición, la resolverá por los trámites del juicio de menor cuantía.

La disposición según la cual la dote debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad debe ser tomada con reservas, pues, no existiendo registro de muebles, no cabría exigir tal requisito para esta clase de bienes.

Por consiguiente, consideramos que la inscripción de las escrituras dotales tiene dos aspectos: uno real y otro personal.

En el aspecto real deben ser inscritas en el Registro de la Propiedad cuando se trata de inmuebles, por aplicación del inciso 2) del Art. 467 del Código Civil; y en el aspecto personal, deben inscribirse en el Registro de Comerciantes cuando la persona favorecida con la dote o su cónyuge, se dediquen al comercio, por aplicación del inciso 9) del Art. 21 del Código de Comercio que así lo dispone.

Naturalmente que, si por medio de la constitución de la dote, alguna persona se empobreciera indebidamente con perjuicio de sus acreedores, podrán éstos intentar la respectiva Acción Pauliana para obtener la nulidad de tal constitución de acuerdo con el Art. 1098 del Código Civil.

e) Modalidades a que puede someterse.

Siendo la constitución de la dote un acto jurídico como cualquier otro, puede sujetarse a todas las condiciones, términos, modos o cargos que tengan por conveniente los contratantes y que no sean contrarios a las leyes ni a las buenas costumbres (Art 1103 del Código Civil).

Es de plena aplicación al efecto el Art. 24 de la Constitución según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Desde luego, sería nulo, por contrariar a la ley, cualquier pacto dotal en que se pretendiera sujetar a condiciones, cargo o modo un anticipo de legítima, pues, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 705 del Código Civil, la legítima, o sea la parte que en la herencia corresponde a los herederos forzosos, no puede sujetarse a gravamen, modalidad o condición alguna.

63.—Derechos y obligaciones de las partes.

De conformidad con lo indicado en el párrafo anterior, los derechos y obligaciones de las partes son los que corresponden a la naturaleza del pacto que celebran, como donación, anticipo de herencia, etc., sin más limitaciones que las que conciernen a no poder celebrar pactos que sean contrarios a la naturaleza de la institución, a las leyes en general y a las buenas costumbres.

64.—Obligaciones especiales del donante.

El donante, por el hecho de constituir la dote, queda obligado a la evicción y saneamiento de los bienes que la componen, salvo estipulación en contrario (Art. 223); y a la entrega de los frutos que la dote produzca desde el día del matrimonio, o desde la fecha señalada (Art. 224).

Se ha creído ver en la disposición relativa a la evicción y saneamiento, una derogación indebida de los principios que con respecto a tal institución contienen los Arts. 1370 y 1371 del Código Civil que restringen la respectiva obligación a los contratos onerosos (54) pero, en realidad, más que una derogación del principio es una extensión del mismo a ciertos actos a título gratuito que por su naturaleza requieren justificadamente garantías muy amplias; porque, de otro modo, se pondría en peligro la seguridad de la familia beneficiada con ella.

Este principio es el mismo que establecía nuestro Código Civil de 1852 en su Art. 989.

65.—Administración.

Ya hemos dicho que lo que caracteriza la dote es la forma cómo se administra esta clase de bienes de la mujer: tradicionalmente por el marido

(54) Dr. Héctor Comejo Chávez, obra citada en la Nota Nº 50.

y con muchas limitaciones para la libre disposición de los bienes que la constituyen.

Se ha querido, mediante este sistema, conservar un núcleo de bienes para la familia y evitar la dilapidación.

Es interesante por lo mismo ver cómo está organizada la administración entre nosotros.

a) Quién administra.

Siguiendo la tradición, nuestro Código establece en el Art. 228, que el marido será el administrador de los bienes dotales y a no ser que el donante establezca que sean administrados por la mujer.

Desde luego, el marido pierde el derecho de administración de la dote en los casos de separación de bienes a tenor de lo dispuesto por el Art. 243 del Código Civil.

b) Cómo se administra.

Según nuestra ley, el marido tiene facultad de mera administración sobre todos los bienes dotales y puede disponer de los bienes fungibles, salvo estipulación en contrario (Art. 229); pero no puede gravar ni enajenar los bienes no fungibles, salvo que la mujer consienta expresamente en ello (Art. 231).

Esta última disposición tiene una importante restricción, pues ni aún con consentimiento de la mujer puede el marido disponer de los bienes inmuebles, ya que el Art. 232 establece que los inmuebles dotales no pueden ser enajenados ni hipotecados, bajo pena de nulidad, sino con licencia judicial y en muy restringidos casos.

Resulta con todo ésto que, de un lado, no basta el consentimiento de la mujer para que se enajene los inmuebles dotales ya que requiere autorización judicial; y que, de otro lado, esta autorización judicial no puede suplir a la voluntad de la mujer para obligarla a enajenar cuando ella no quiera.

Los Arts. 231 y 232 son claros y terminantes en el sentido de que es indispensable el consentimiento previo de la mujer y además la autorización judicial para enajenar los inmuebles dotales.

No debe olvidarse que se trata de un bien propio de ella y que no hay prescripción alguna en el Código que la obligue a disponer de sus bienes propios o a consentir en tal enajenación cuando ella no quiere.

Por algo establecen los Arts. 175, 178, 183 y 197, que la mujer no responde con sus bienes propios por las obligaciones personales del marido; que conserva la libre administración de tales bienes y puede disponer de ellos; que los bienes propios de un cónyuge no responden por las deudas del otro; que las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas con los frutos de los bienes de la mujer; etc., etc.

La dote constituye una excepción en cuanto permite al marido disponer de los bienes fungibles sin consentimiento de la mujer, pero esta excepción no puede erigirse en regla para obligarla a disponer siempre de sus bienes aunque ella no quiera.

El arbitrio judicial no sustituye a la voluntad de la mujer sino, por lo contrario, la complementa, cuando concede la autorización, y la resguarda, cuando se le niega tal autorización, a pesar del consentimiento previo de la mujer.

Por algo las Institutas (Libro II Título VIII) establecen que ni aún consintiendo la mujer podrá el marido enajenar el predio total, para que la fragilidad del sexo femenino no redunde en perjuicio de los bienes de ella; y el Código Alemán prescribe claramente en su Art. 1375 que el derecho de administración del marido no comprenderá la facultad de obligar a la mujer por medio de actos jurídicos o de disponer sin su consentimiento de sus aportaciones.

Las reglas que garantizan la intangibilidad de la dote han sido tradicionalmente severas y, por consiguiente, con tal criterio deben ser interceptadas.

Se ha dicho con razón, como anotan los señores Colin y Capitant (55) que "si la intangibilidad es molesta para los maridos... es causa de tranquilidad para los padres".

Sin duda la intangibilidad de la dote condena a conservar durante toda la vida bienes que pueden irse depreciando u obliga a renunciar a inversiones ventajosas, pero todo se halla compensado con la garantía de que la mujer no podrá ser vencida u obligada a vender un bien que le ha sido precisamente entregado como dote para la seguridad de ella y de sus hijos durante la vida matrimonial. Debido a ésto las garantías que a este respecto existen tienen que ser muy severas; y, por lo demás, nunca llegarán a producir un daño si, como queda dicho, cabe obtener autorización judicial para hacer enajenaciones cuando son necesarias.

Naturalmente, cuando la mujer administra, no requiere consentimiento de su marido sino autorización judicial, porque la ley no le exige otro requisito por tratarse de bienes propios suyos.

c) Cuándo pueden enajenarse los bienes dotales.

Según los Arts. 261 y 232 del Código Civil los inmuebles dotales pueden enajenarse previo consentimiento de la mujer y con licencia judicial en los casos siguientes:

- I) Para hacer en ellos los reparos necesarios o las mejoras que requieran;
- II) Para dividir los poseídos en común, cuando en ellos esté constituida la dote;
- III) Cuando estén situados en lugares distintos del domicilio de los cónyuges;
- IV) Cuando fuere manifiesta la conveniencia de venderlos;
- V) En caso de extrema necesidad, por faltar otros recursos para la subsistencia de la familia.

(55) Obra citada en la nota N° 17, pág. 469.

De acuerdo con el Art. 233 también pueden enajenarse en el caso de expropiación por causa de utilidad pública.

Tratándose de la venta para hacer reparos o mejoras debe hacerse notar que los reparos no pueden ser de cualquier naturaleza sino, necesarios, como dice el Código; y que las mejoras deben ser "requeridas" o sea convenientes, de acuerdo con el inc. 1) del Art. 232, pues de otro modo no se justificaría que se dispusiera de un inmueble dotal.

En nuestro concepto entre las mejoras "requeridas", debe considerarse tanto las necesarias, por ser indispensables, para evitar la destrucción o deterioro de la cosa, cuanto las útiles, puesto que contribuyen al mejor aprovechamiento de la dote aumentando el valor y rendimiento de los bienes.

De otro modo el Código en lugar de usar la frase "las mejoras que requieran", habría dicho los reparos y mejoras necesarias.

No creemos por eso como algunos (56) que este inciso no es aplicable a las mejoras útiles. Sin perder su armonía y severidad, el Código evidentemente puede y debe permitir que se hagan mejoras útiles en los bienes dotales puesto que el fin esencial de las medidas precautorias que la ley ha dictado con respecto a la dote es contribuir al bienestar permanente de la familia y ello se logra no sólo conservando todos los bienes dotales sino también realizando algunos para que otros rindan más mediante inversiones reproductivas.

Se comprende, por supuesto, que nunca podría enajenarse todos los inmuebles dotales con el pretexto de hacer mejoras, porque entonces no quedaría qué mejorar. Debe entenderse, por consiguiente, que puede enajenarse un inmueble para mejorar otro u otros, o parte de un inmueble para mejorar el resto.

Queda excluida la venta para hacer mejoras de recreo, por no tener éstas fin alguno reproductivo.

La venta sólo puede hacerse para conservar los demás bienes y evitar que se pierdan o para incrementar su utilidad, pero de ningún modo sólo para fines suntuarios.

También es evidentemente justificada la posibilidad de vender los bienes dotales que se poseen en común, puesto que, de un lado, la administración de bienes indivisos origina a menudo dificultades y desmedros y, de otro lado, es forzoso conforme a ley poner fin a la indivisión cuando alguien solicita la partición (Art. 903).

Igualmente se comprende que puedan venderse los inmuebles dotales cuando estén situados en lugar distinto del domicilio de los cónyuges, y, por consiguiente, no puedan ser administrados en debida forma.

En cambio, parece demasiado amplia la posibilidad de vender los bienes dotales "cuando fuera manifiesta la conveniencia de venderlos", porque si bien la intención del artículo es sana, la aplicación puede dar lugar a toda clase de abusos ya que siempre los interesados podrían encontrar la forma de demostrar al juez la conveniencia de vender los bienes sin que éste tenga a su alcance elementos suficientes, en la generalidad de los casos, para obtener prueba en contrario.

(56) Dr. Héctor Cornejo Chávez, obra citada en la nota N° 50, pág. 274.

Indudablemente que esta regla se inspira sólo en la moderna tendencia legislativa que induce a restringir la inalienabilidad de los inmuebles dotales.

Por algo ha establecido el Art. 192 del Código de Bustamante que es de orden público internacional la regla que repudia tal inalienabilidad.

En cuanto a los casos de extrema necesidad por faltar otros recursos para la subsistencia de la familia, no hay nada que decir porque es evidente que no se puede condenar a la familia a perecer por necesidad ante la inalienabilidad de una dote que no produce nada o que no rinde lo necesario para vivir o para atender al cuidado de la salud.

66.—Garantías de la administración.

Como es natural, la ley, así como establece severos requisitos para la venta de los bienes dotales, concede numerosas garantías a la mujer y a la familia para asegurar las resultas de tal administración.

a) Garantías comunes.

Sin perjuicio de la responsabilidad normal de la sociedad conyugal y del marido por el pago de los bienes propios de la mujer, la ley establece otras garantías específicas para la dote.

En general, el Código dispone en el Art. 227, como ya hemos visto, que la dote se constituirá por escritura pública o por testamento, especificando los bienes que la componen y expresando el valor de cada uno de ellos; y de este modo puede identificarse permanentemente cuáles son los bienes dotales y a cuánto asciende la responsabilidad del marido por concepto de los mismos.

De otro lado, para mantener a los bienes dotales a cubierto de deudas, el Código establece que la mujer no responde con los bienes dotales de las obligaciones contraídas por ella durante el matrimonio (Art. 237); y que las deudas que haya contraído antes de su matrimonio serán pagadas con otros bienes propios; a falta de éstos con los frutos de los bienes dotales y en último caso con los muebles dotales.

Y, para asegurar aún más la intangibilidad de la dote, el mismo Código establece que cuando ella peligrá, la mujer puede pedir la separación de bienes de acuerdo con los Arts. 238 y 241 (inciso 2); y que si se declara tal separación durante el matrimonio, la dote permanece inalienable (Art. 239).

b) Bienes fungibles.

Según los Arts. 230 y 181 el marido está obligado a constituir hipoteca en seguridad de los bienes fungibles de que disponga; y si no tuviera inmuebles que hipotecar deberá otorgar otra garantía, siempre que fuera posible, según el prudente arbitrio del Juez.

c) Bienes no fungibles.

En cuanto respecta a los bienes muebles no fungibles, la mujer cuenta con las siguientes garantías:

- I) El marido no puede enajenarlos ni gravarlos sin su consentimiento expreso (Art. 231); y
- II) La mujer o sus herederos pueden demandar la nulidad de la enajenación que se haya hecho sin tal consentimiento si el marido no tuviera bienes con qué responder de su valor o si la enajenación por el marido y las subsiguientes entre terceros hubiesen sido hechas a título gratuito o de mala fe (Arts. 234 y 236).

d) Inmuebles.

Tratándose de los inmuebles, las garantías de que goza la mujer son las siguientes:

- I) Desde luego, la prohibición de enajenar los bienes inmuebles sin su consentimiento (Art. 231);
- II) La necesidad de que haya autorización judicial aunque ella preste su consentimiento (Art. 232);
- III) La necesidad de depositar el precio de la venta para ser invertido en otros bienes que tengan también el carácter de dotales, en los casos de venta por expropiación o para concluir la indivisión, o por hallarse situados los bienes en lugares distintos del domicilio de los cónyuges o si fuera manifiesta la conveniencia de venderlos (Art. 233);
- IV) La nulidad de la enajenación que se efectúe sin los requisitos legales o de las hipotecas constituídas con el mismo vicio (Arts. 232, 234, 1123 y 1124 del Código Civil);
- V) La responsabilidad personal y pecuniaria del Juez que autoriza la enajenación fuera de los casos permitidos por la ley o que no ordene la subrogación del precio, de conformidad con lo explicado anteriormente (Arts. 235 y 233).

67.—Extinción.

De las disposiciones que hemos examinado en los párrafos anteriores se desprende que los bienes dotales conservan su calidad de tales mientras dure el matrimonio, pues, aún en caso de separación y de volver los bienes a manos de la mujer, guardan las características propias de la institución.

Sólo al fenecer la sociedad conyugal y devolverse a la mujer sus bienes propios, de acuerdo con el Art. 201 del Código Civil, la mujer recupera incondicionalmente los bienes de que se trata, pues ya el Código en tal caso no los sujeta a norma restrictiva alguna.

Capítulo Décimo Tercero

BIENES RESERVADOS DE LA MUJER

68.—Definición.

Se entiende por bienes reservados de la mujer cierto conjunto de bienes comunes (generalmente los frutos del trabajo de la esposa) que se sustraen de la administración del marido y cuya administración se confiere a la mujer para seguridad de ella y de sus hijos.

69.—Origen.

Como ya se ha dicho, esta institución constituye una derogación del principio general según el cual la administración de los bienes comunes corresponde al marido.

Se quiere ver su origen en el Derecho Germano diciendo que la *morgengabe* tiene tal calidad (57), pero lo cierto es que su origen inmediato podemos encontrarlo en el Derecho Norteamericano o sea en las leyes de los Estados de Maine de 1821 y de Nueva York de 1840.

En los demás países se ha ido adoptando posteriormente, o sea: en Inglaterra según la ley de 9 de Agosto de 1870; en Suecia según ley de 11 de Diciembre de 1874; en Dinamarca según ley de 7 de Mayo de 1880; y ley de 7 de Abril de 1889; en Hamburgo según ley de 24 de Abril de 1883; en Noruega según ley de 29 de Junio de 1888; en los Cantones Suizos de Ginebra y Vaud, por leyes del año 1894; en Bélgica por ley de 1900; en toda Suiza, según ley de 1907; en Francia según leyes de 13 de Julio de 1907 y de 22 de Setiembre de 1942; en Ecuador según ley de 3 de Octubre de 1911; en Italia por ley de 1919; en Polonia según ley de 1921; en Chile según decreto-ley N° 21 de 10 de Marzo de 1925; en Holanda según ley de 1926; en Argentina según ley N° 11257 de 2 de Setiembre de 1926; y en Turquía por ley de 1926.

También la encontramos incorporada en el Código Civil Alemán promulgado el 18 de Agosto de 1896 y vigente a partir del 1° de Enero de 1900; en el Código Civil Brasileiro de 1916 y en el Código Civil Venezolano.

70.—Justificación.

En el aspecto doctrinario, la institución de los bienes reservados emana de la situación que la mujer tiene en la sociedad moderna. Cada día contribuye más, con los frutos de su trabajo, al sostenimiento del hogar y en tales circunstancias no parece justo privarla de los mismos obligándola a entregárselos a su marido a título de administrador del patrimonio común, porque eso sería esclavizarla.

(57) Obra citada en la nota N° 19. pág. 331.

Permitiendo, en consecuencia, a la mujer, que conserve los frutos de su trabajo y otros bienes afines, se contribuye a su independencia. Al mismo tiempo, se le protege contra la voracidad de los maridos indignos y se le pone al margen de toda explotación personal.

Se ha dicho con razón (58) que si ella trabaja y deja el hogar es porque el marido no le da lo suficiente y que por lo mismo tiene derecho de administrar lo que ella gana y asegurarse un patrimonio.

Estos puntos de vista, naturalmente, no han dejado de tener objetantes (59) pues se ha dicho que privilegios de esta clase desfiguran el régimen de la sociedad conyugal, y quiebran la igualdad entre los esposos; que si el marido da al fondo común los frutos de su trabajo, la mujer debe hacer lo mismo por cuanto al casarse cada uno deja de ganar para sí y tiene idénticas obligaciones en cuanto se refiere al mantenimiento del hogar y a la alimentación de los hijos y que, en realidad, no debe pensarse que existe trabajo de cada uno por separado sino de la familia para todos.

Dijo al respecto el Doctor Manuel Augusto Olaechea al tratar del punto ante la Comisión Reformadora que, aunque había votado (60) el anteproyecto del Doctor Oliveira, deseaba dejar constancia de su trepidación para admitir la institución de los bienes reservados y agregó:

"Este nuevo instituto consagrado en los últimos tiempos por los Códigos de Alemania, Suiza y Brasil, por la ley francesa de 1907 y más recientemente aún, por la ley argentina de derechos civiles de la mujer, acusa cierto ilogismo y desnaturaliza el régimen de gananciales adoptado por la Comisión en el curso de sus trabajos, porque este sistema presupone la unidad de administración de los productos y adquisiciones de ambos cónyuges. Formada la sociedad legal de los esposos, bajo el régimen jurídico de gananciales, no puede hablarse de trabajo de cada cónyuge individualmente considerado, sino de la familia, y desde este punto de vista los bienes reservados de la mujer casada desintegran el sistema al autorizar la separación de los resultados de la actividad industrial o profesional de la mujer casada creando con ello un régimen de desigualdad en favor de la mujer y con detrimento del marido".

"No ignoro la necesidad de proteger a la mujer contra la corrupción o la tiranía del marido. Reconozco la noble finalidad social de la nueva institución; pero me pregunto si dado el sistema que la comisión ha adoptado, no sería solución más lógica dejar simplemente a salvo el derecho de la mujer casada sobre los productos de su trabajo, para que los haga valer por medios fáciles y expeditivos cuando la torpeza u holgazanería de su marido ponen en grave peligro el bienestar de la familia".

Por nuestra parte consideramos que sobre cualquier observación predomina el hecho evidente de que no puede pedirse a la esposa que se dedi-

(58) Dr. Comejo Chávez, obra citada en la nota Nº 50. pág. 245.

(59) Obra del Dr. Comejo Chávez, citada en la nota Nº 50. pág. 245.

(60) Germán Aparicio y Gómez Sánchez, obra citada en la nota Nº 26. pág. 226. Tomo III.

que al trabajo y después entregue íntegramente sus remuneraciones al marido porque eso sería reducirla a la calidad de sierva y no de consorte.

Sus obligaciones para con la familia puede cumplirlas fácilmente contribuyendo al igual que el marido a los gastos comunes cuando ésto sea necesario. En cambio, conservando el disfrute y administración de sus haberes puede invertirlos de acuerdo con sus deseos y sus necesidades más inmediatas que generalmente coinciden con las del hogar. En caso de abuso, naturalmente la ley puede poner las limitaciones y seguridades que sea menester.

71.—Cuáles bienes son reservados.

De acuerdo con la organización de la familia en cada país, las diversas legislaciones reservan para la mujer diferentes bienes, aunque en todas ellas se considera específicamente los frutos del trabajo de la mujer.

a) Legislación Francesa.

En Francia, según las leyes de 3 de Octubre de 1907 y de 22 de Setiembre de 1942, son bienes reservados todos los adquiridos por la mujer en ejercicio de cualquier actividad profesional y comprenden: (61).

- I Todos aquellos que constituyen únicamente la remuneración del trabajo de la mujer tales como los salarios, gajes, sueldos, remuneraciones y honorarios, derechos de autor, productos de patentes de invención y los créditos que la representen.
- II Todos los que puedan ser considerados como accesorio de los precedentes, tales como las indemnizaciones por residencia o movilidad, las comisiones, bonificaciones en natura o gratificaciones usuales, las indemnizaciones de vestido y de limpieza, las indemnizaciones de carestía de la vida, las primas de producción.
- III Todos aquellos cuya adquisición resulte del trabajo de la mujer combinado con el empleo de capitales, tales como los beneficios comerciales o industriales o los beneficios de una explotación agrícola.
- IV Todos aquellos que provienen indirectamente del trabajo de la mujer en el sentido de que sean, y siempre que sean, la compensación que está a cargo del empleador de la mujer o de un organismo sostenido por él para este efecto, por la cesación temporal o definitiva en su trabajo, tales como las pensiones de retiro o de invalidez, las indemnizaciones adeudadas en los casos de accidentes de trabajo por las Cajas de Seguro Social y aquellas que adeudare el empleador o su asegurador en virtud del derecho común, sea en el caso de accidente del trabajo, sea en cualquier

(61) Véase Aubry y Rau, obra citada en la nota N° 30. Tomo 7º. pág. 380.

otro caso de daño a la persona de la mujer, las indemnizaciones adeudadas por ruptura del contrato de locación de servicios a la mujer, por su empleador, que la ha despedido.

- V Las economías realizadas por ella respecto de los productos de su trabajo, tal como antes se han definido.
- VI Son, en fin, bienes reservados cualesquiera bienes adquiridos por el marido de los productos del trabajo o de las economías hechas sobre ellos o por medio del precio de los bienes así adquiridos.

b) Legislación Alemana.

En Alemania son bienes reservados:

I Las cosas exclusivamente destinadas al uso personal de la mujer, especialmente vestidos, adornos e instrumentos de trabajo (Art. 1366).

Según Theodore Kipp y Martin Wolff (62) también se incluye en este concepto la bicicleta, el caballo de montar, el piano y la mesa de escritorio.

II Lo que la mujer adquiriera por su trabajo (Art. 1367).

Según Theodore Kipp y Martin Wolff se considera como adquisición por el trabajo "tanto lo que procede del trabajo intelectual como del manual o sean las ganancias de la maestra, de la actriz y de la escritora, lo mismo que las de la lavandera y de la obrera. Es indiferente que la adquisición se base en una relación de derecho privado o en un cargo público (telefonista) y lo mismo que la mujer preste su trabajo a un extraño o al propio marido en el negocio de éste. También puede ser producto del trabajo, lo adquirido por donación como, por ejemplo, las pinas de la encargada de un guardarropa. Así mismo es adquisición por trabajo la adquisición de la propiedad por especificación y la de derechos de autor por acto de creación. Pero no lo es la adquisición por hallazgo o descubrimiento de tesoro, por acto inmoral (proxenetismo, prostitución, contrabando) por juego o apuesta, por alquiler de habitaciones en la casa conyugal. Tampoco lo es la pretensión de indemnización por un delito cometido contra la mujer. . .".

III Lo que la mujer adquiere por la explotación independiente de una empresa de carácter lucrativo (Art. 1367 in fine). Basta que la explotación se haga en nombre de la mujer, aunque sea por medio de apoderado y aún cuando el apoderado sea el marido, incluyéndose dentro de este concepto el negocio en sí, y los objetos que sirvan a la empresa.

IV Lo que la mujer adquiriera por contrato de matrimonio con calidad de tal (Art. 1368).

(62) Obra citada en la nota Nº 19, pág. 331.

- V Lo que la mujer adquiriera por sucesión hereditaria, por legado o a título de legítima (adquisiciones por causa de muerte) o lo que le es atribuido gratuitamente entre vivos por un tercero cuando sea el autor de la trasmisión hereditaria, por disposición de última voluntad, sea el tercero, en la adjudicación haya especificado que la adquisición debe ser bien reservado (Art. 1369).
- VI Lo que la mujer adquiriera en virtud de un derecho, que forme parte de su bien reservado (como los frutos) o a título de reparación por la distribución, deterioro o sustracción de un objeto que forme parte del bien reservado o por un acto jurídico que se refiera al bien reservado (como subrogación de un bien con otro (Art. 1370).

c) **Legislación Suiza.**

En Suiza según el Art. 191 del Código Civil, son bienes reservados:

Los efectos exclusivamente destinados al uso personal de uno de los esposos.

II Los bienes de la mujer que sirven para el ejercicio de su profesión y de su industria.

III El producto del trabajo de la mujer fuera de su actividad.

d) **Legislación Argentina.**

En Argentina son bienes reservados tanto los frutos del trabajo de la mujer, cuanto los bienes pertenecientes a los hijos de un matrimonio anterior sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal.

e) **Otras legislaciones.**

En el Brasil, Chile y el Ecuador, son bienes reservados de la mujer los frutos de su trabajo, profesión o industria.

Tal es también el sentido de las legislaciones originales de Maine, Nueva York e Inglaterra.

f) **Legislación Peruana.**

Entre nosotros, de acuerdo con el Art. 206 del Código Civil, son bienes reservados, por el ministerio de la ley, los productos del trabajo de la mujer y lo que ésta obtenga por el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos.

Esta definición de nuestra ley da lugar a las siguientes observaciones:

I La calidad de bien reservado no depende de la voluntad de las partes ni puede ser materia de convenio alguno, pues se impone por el ministerio de la ley.

Es en realidad una cuestión de orden público que no puede ser modificada ni alterada, pues de acuerdo con el Art. 176 del Código Civil, los cónyuges no pueden renunciar a la sociedad legal ni a sus efectos.

II De un modo general, es bien reservado el producto del trabajo de la mujer y, aunque el Código no reglamente este punto, consideramos que, de acuerdo con la doctrina y la legislación que ha dado origen a la institución, el concepto de "producto del trabajo" debe entenderse en su sentido más lato o sea que incluye no solo los productos del trabajo mismo, llámense salario, honorario, sueldo, bonificación, remuneración, pensión o en otra forma, ya sea que lo practique por sí sola o en unión de su marido (en este último caso sólo sería su remuneración personal por la parte que le corresponda a ella), la renta que percibe de su actividad personal en el comercio o industria, aunque el capital haya sido proporcionado por el marido, sino también las economías que haga con estos frutos, el capital proveniente de las inversiones que realice con ellos y los réditos que produzcan las mismas inversiones.

III Es igualmente bien reservado el que la mujer obtenga por el usufructo legal de los bienes de sus hijos, debiendo entenderse, aún cuando el Código no lo diga, que no se trata de los frutos de los bienes de los hijos comunes, pues tales hijos están sujetos a la patria potestad de los dos esposos en conjunto y es el marido quien percibe tales frutos de acuerdo con los Arts. 390, 391 y 392 del Código Civil; y que el Código sólo se refiere, por consiguiente, a los hijos que la mujer haya tenido en otro matrimonio, o a sus hijos ilegítimos, o a los hijos del mismo matrimonio que no estén bajo la potestad del marido y cuyos bienes, por lo tanto, ella administre. Tal es el sentido de la ley Argentina como lo hemos visto anteriormente.

72.—Prueba.

Siguiendo el principio establecido por la ley francesa de 1907 y por el Código Suizo, en el Perú la condición de bien reservado no se presume. Su calidad de tal debe ser probada y la respectiva prueba corresponde a la mujer que la invoca de acuerdo con el artículo 210.

Además, tratándose de los bienes adquiridos con el producto del trabajo de la mujer no basta que ella pruebe que ha trabajado sino que es necesario demostrar que los bienes de que se trata han sido adquiridos con los frutos de ese trabajo.

Tratándose de bienes muebles, la mujer puede probar que son reservados por todos los medios que sean legales ya que el Código no formula reserva a este respecto; pero, en lo que se refiere a los inmuebles, sólo puede alegar frente a tercero su calidad de tales con la inscripción en el Registro de la Propiedad, porque así lo manda el Art. 211 del Código Civil.

Esta obligación de inscribir, desde luego, no podría ser opuesta por el marido porque él no tiene calidad de tercero.

En nuestro concepto el Código ha debido reglamentar mejor los medios que deben usarse para probar que un bien es reservado pues en la actualidad pueden coludirse marido y mujer para atribuir a un bien tal calidad. En mas de un caso la mujer ha demandado al marido para que reconozca que es un bien reservado y éste se ha dejado vencer fácilmente, aunque el bien no fuera reservado, lo que evidentemente es contra todo el espíritu de la ley y se hace casi siempre para defraudar a alguien.

73.—Carácter de los bienes reservados.

En el Perú los bienes reservados son bienes comunes de la sociedad conyugal por dos razones:

- a) Por cuanto los frutos de los bienes propios y de los comunes y las cosas que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión son bien común de acuerdo con los incisos 1) y 3) del Art. 184 del Código Civil; y
- b) Por cuanto el Art. 212 establece que los bienes reservados se dividirán por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos al disolverse la sociedad, lo que no podría suceder sino se tratase de bienes comunes.

En este punto debemos llamar la atención sobre el hecho de que los frutos de los bienes de los hijos de la mujer deberían ser propios, de ella, pues no hay ninguna razón para que su marido aproveche de rentas de hijos que no son suyos.

74.—Administración.

La administración de los bienes reservados corresponde exclusivamente a la mujer quien, de acuerdo con el Art. 207 del Código Civil puede:

- a) Administrarlos;
- b) Gozar de ellos, ésto es, usarlos directamente o aprovechar sus frutos;
- c) Enajenarlos a título oneroso sin autorización del marido; y
- d) Comparecer en juicio para litigar sobre ellos.

Aunque el Código no lo diga, entendemos que en la facultad de disposición a título oneroso se incluirá también la de gravarlos, pues ello va dentro de la facultad de enajenación.

Sólo, pues, para disponer de ellos a título gratuito requiere la autorización de su esposo.

75.—Responsabilidades.

Los bienes reservados responden:

- a) Junto con los bienes propios de la mujer, de las obligaciones contraídas por ésta en ejercicio de su profesión o industria (Art. 213) estando facultados los acreedores para perseguir tanto los bienes de ella como los reservados (Art. 214);
- b) En caso de insolvencia del marido, de las deudas contraídas por éste para el sostenimiento de la familia (Art. 209); y
- c) De un modo equitativo por el levantamiento de las cargas del matrimonio ya que, según el Art. 208, el marido puede exigir a la mujer que contribuya a tal fin de un modo equitativo, y, en caso necesario, el juez puede reglar la contribución.

De todo ésto se desprende que los bienes reservados están preferentemente afectos a las deudas propias de la mujer, a las deudas provenientes de su trabajo y, en caso extremo, a las deudas y cargas comunes.

76.—Extinción.

Los bienes reservados tienen la calidad de tales mientras dura la sociedad conyugal, pues entre tanto están sujetos a los efectos de ésta, de acuerdo con los Arts. 176 y 206; pero, al fenecer dicha sociedad por alguna de las causales que establece el Art. 199, termina su situación excepcional desde que deben partirse por igual entre los cónyuges o sus herederos, como ya se ha dicho, por aplicación del Art. 212 del Código Civil.

Capítulo Décimo Cuarto

DONACIONES POR RAZON DEL MATRIMONIO

77.—Definición.

Se llama donaciones por razón del matrimonio a los actos de liberalidad que se practican en favor de uno de los contrayentes por sí solo o de ambos en conjunto en consideración de su casamiento.

78.—Concepto.

Estas donaciones se caracterizan por los siguientes atributos:

- a) Son actos esencialmente unilaterales por cuanto obligan sólo al donante y no requieren aceptación por parte del beneficiario (Art. 216);

- b) Están sujetos a condición suspensiva, pues en ellas se presume la condición de celebrarse la boda (Art. 215) o sea que no valen si el matrimonio deja de realizarse;
- c) Su denominación es genérica pues comprenden tanto las donaciones que se hacen los contrayentes entre sí a causa del matrimonio, llamadas específicamente "~~arras~~"; los regalos que les hacen sus padres, parientes o amigos, sin fin especial, o "**donaciones espousalicias**"; o lo que se entregue en calidad de dote (desde que la dote es una forma de donación), y las donaciones **propiter nuptias**" que se confunden con las "~~arras~~" o que vienen a ser lo que se ha dado en llamar impropriamente "la dote del varón" (no es propiamente dote del varón porque no se sujeta a las reglas de la institución y son dadas por los padres a cualquiera de los cónyuges);
- d) Gozan de tres privilegios que las diferencian de las demás donaciones:

I Que, como ya se ha dicho, no requieren aceptación del beneficiario (Art. 216), a pesar de que para las demás donaciones éste es requisito indispensable (Art. 1474);

II Que no son revocables por causa de ingratitud (Art. 217) mientras que las demás donaciones sí lo son (Art. 1480);

Por excepción, según el Art. 267, en caso de divorcio, el cónyuge inocente puede revocar dentro de los seis meses posteriores a la sentencia, las donaciones que hubiere hecho en favor del culpable.

III Que si fueron hechas para que surtan sus efectos después de la muerte del donante, subsisten aún en el caso de que el donante sobreviva al donatario, si éste dejare hijos legítimos (Art. 218); siendo así que las demás donaciones por causa de muerte caducan, según los Arts. 1467 y 752 del Código Civil, si el favorecido fallece antes que el donante.

- e) Se rigen, en lo demás, por las reglas generales sobre donaciones o sea en lo que éstas no se opongan a las disposiciones antes referidas (Art. 219).

79.—Quiénes pueden hacerlas.

La ley no señala restricción alguna, de modo que pueden otorgar estas donaciones todas las personas capaces de donar: los contrayentes entre sí (antes del matrimonio porque después están prohibidas de celebrar contrato entre ellos por el Art. 1339 del Código Civil); los padres, los familiares, los amigos o cualquier otra persona.

80.—Quiénes pueden recibirlas.

Por ser una institución vinculada al matrimonio pueden ser favorecidos con estas donaciones todos aquellos que van a contraer matrimonio y.

si fueren menores, las recibirán por ellos las personas que los tienen a su cuidado, sean padres, tutores o curadores, en caso de que sean entregadas antes del matrimonio, aún cuando debe advertirse que como no se requiere aceptación, basta que se haga la donación y que se lleve a cabo el matrimonio para que la transmisión se realice aún cuando el beneficiario haya sido menor antes de casarse, puesto que con el matrimonio los esposos adquieren la plenitud del ejercicio de sus derechos civiles.

Estas donaciones pueden favorecer a uno solo de los cónyuges o a ambos en conjunto, porque la ley no establece limitaciones al respecto y en este último caso se aplica el Art. 1470 del Código Civil que dice:

“ Cuando la donación se hubiese hecho a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiere dispuesto otra cosa. Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no dispuso lo contrario”.

81.—Fin.

El objeto de estas donaciones es ayudar a los esposos en la fundación del hogar, para la vida en común y en la atención de los hijos que puedan tener en el matrimonio.

82.—Límites.

Por su naturaleza están sujetas a los mismos límites que las demás donaciones, o sea que será de aplicación el Art. 1469 del Código Civil que dice:

“ Ninguno podrá dar por vía de donación, más de lo que puede dar por testamento.

“ Lo donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. El exceso se regulará por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación”.

83.—Cuándo se otorgan.

Por la redacción del Art. 215 ha de suponerse que sólo deben otorgarse antes de la boda porque de otro modo no podría decirse que “están sujetas a la condición de celebrarse el matrimonio”.

Las que se otorgan después no serán “por razón del matrimonio” sino simples donaciones que podrán sujetarse a cualquier condición y ser dedicadas a cualquier fin, siempre que sea algo lícito y moral.

84.—Forma.

Pueden otorgarse usando cualquiera de las formas que la ley permite para las donaciones sea por acto intervivos o mortis causae.

85.—Extinción.

Las donaciones por razón del matrimonio caducan:

- a) Si no se lleva a cabo el matrimonio (Art. 215);
- b) Por incumplimiento de cualquier otra condición a que estén sujetas;
- c) Por morir el donatario antes que el donante, si el primero no deja hijos legítimos y se trata de una donación por causa de muerte del donante (Arts. 218, 1467 y 752).

Pueden ser revocadas:

En caso de divorcio, las que un cónyuge hizo al otro, si el primero es inocente y el segundo culpable de la disolución del vínculo.

Son nulas:

- a) Para ambos cónyuges si se anula el matrimonio por mala fe de ambos (Arts. 157); y
- b) Para el culpable si sólo hubo mala fe en uno de ellos (Art. 157).

Están desde luego afectas a todos los demás causales de caducidad, revocación (excepto por ingratitud, o nulidad) que la ley contempla en general, para todas las donaciones por estar sujetas a todas las reglas de éstas (Art. 219).

Capítulo Décimo Quinto

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

86.—Cuándo termina.

Tal como se ha dicho en el N^o 17 y en virtud de disposición expresa del Art. 199 del Código Civil, fenece la sociedad conyugal:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges;
2. Por la nulidad del matrimonio;
3. Por el divorcio;
4. Por la separación de bienes; y
5. Por la declaración de ausencia.

La separación puede ocurrir:

- a) Quedando vigentes los deberes relativos al lecho y habitación (Arts. 240 a 246) ó
 - b) Poniéndose término a éstos (Arts. 269 a 277).
- Disuelta en esta forma la sociedad debe procederse a su liquidación.

87.—Cómo se liquida en los casos comunes.

Fenecida la sociedad conyugal se debe actuar como sigue:

- a) Se entregara el menaje ordinario de la casa al cónyuge sobreviviente en casos de muerte del consorte; y a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio (Art. 200 *in fine*).

En los otros dos casos, o sea separación de bienes o de declaración de ausencia y ante el silencio de la ley tendrá que presumirse que el menaje ordinario es bien común, de acuerdo con el Art. 185 y aplicarle las reglas correspondientes que vienen a continuación;

- b) Se procederá de inmediato a la formación del inventario judicial (Art. 200);

Aunque el Código no lo diga, es evidente que en este inventario se incluirá los bienes propios de cada cónyuge, y los comunes, especificando la calidad de cada cual, porque siendo una la sociedad y socios los dos esposos no habría razón para suprimir los de uno de ellos, y por cuanto la forma de hacer una partición exacta, y consciente, es enumerando todos los bienes.

No se incluirá, desde luego, en el inventario, el menaje ordinario en los casos de muerte, nulidad de matrimonio, o divorcio, pues deberá dedicarse a los fines previstos en los párrafos anteriores.

- c) Aprobado el inventario, se pagarán primero los bienes propios de la mujer (ésto es, se le devolverán los bienes de ella que existan; ya sea los primitivos o los que los hayan reemplazado por subrogación legal, de acuerdo con los Arts. 186 y 187; o el valor de aquellos de que se haya dispuesto, sin haberlos reemplazado con otros);

Naturalmente, la mujer recoge sus bienes junto con sus deudas propias, pues en este caso, el concepto de "bienes" se identifica con el de "patrimonio".

- d) Se paga después las cargas y obligaciones de la sociedad, cancelándolas una a una o separando los fondos necesarios para ello;
- e) Por último, se devuelve su capital, ésto es su patrimonio, al marido;
- f) El remanente que quede constituye las utilidades de la sociedad conyugal, o gananciales y se parte por igual entre los esposos o sus respectivos herederos de acuerdo con los Arts. 201, 202 y 203 que dicen:

Art. 201.—"Aprobado el inventario, se pagarán los bienes propios de la mujer; después, las cargas y obligaciones de la sociedad; y, por último, el capital del marido".

Art. 202.—"Son gananciales todos los bienes que se encuentren al fenecer la sociedad, después de hechas las deducciones prefijadas en el artículo anterior".

Art. 203.—"Los gananciales se dividirán por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos".

- g) Pierde sus gananciales el cónyuge culpable, en caso de separación de hecho (Art. 204) correspondiendo en tal caso todas las utilidades al otro cónyuge o a sus herederos;
- h) El cónyuge divorciado por culpa suya pierde también los gananciales en cuanto provengan de los bienes del otro (Art. 266), punto que puede resultar extremadamente difícil de esclarecer cuando han existido bienes de los dos esposos y bienes comunes, pues daría lugar a una complicadísima rendición de cuentas para determinar el origen de las respectivas rentas y gananciales;
- i) Igualmente pierde los gananciales el cónyuge que actuó de mala fe, en los casos de nulidad de matrimonio (Art. 151) si sólo uno de ellos fuere culpable.

88.—Cómo se liquida cuando ha habido más de un matrimonio.

Cuando uno de los cónyuges ha contraído más de un matrimonio y no ha liquidado oportunamente la sociedad o sociedades anteriores se procede en la forma que establece el Art. 205 del Código Civil que dice:

" Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, se admitirá, en defecto de inventarios, toda clase de pruebas para determinar el capital de cada sociedad, y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, proporcionalmente al tiempo de su duración y a los bienes de los respectivos cónyuges".

De acuerdo con este artículo merecen fé, en primer lugar, los inventarios hechos, ha de entenderse, oportunamente, o sea antes de las nuevas nupcias, pues de otro modo no serían prueba preestablecida; y sólo en defecto de ellos se admitirá toda otra clase de pruebas, para determinar el capital de cada sociedad.

Es natural que en defecto de pruebas se haga la división de acuerdo con los bienes propios de cada consorte, si los hubiere, y atendiendo al tiempo de duración de cada sociedad, ya que, a falta de pruebas precisas debe resolverse por comparación y con equidad y no hay mejores bases de cálculo que las antes citadas.

89.—Efectos para tercero.

El fenecimiento de la sociedad conyugal y la consiguiente separación de bienes en los casos de nulidad de matrimonio, divorcio, separación o ausencia, debe inscribirse en el Registro Personal para que produzca efectos para terceros, de acuerdo con los Arts. 246 y 1069 (inciso 5º) del Código Civil.

Capítulo Décimo Sexto

REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

90.—Clases de separación.

En el Perú se admite dos clases de separación, dentro del matrimonio:

- a) Una que podríamos llamar **absoluta** (Art. 271 del Código Civil) que no sólo produce la separación de los patrimonios de los cónyuges y, por consiguiente, la extinción de la sociedad conyugal, sino que pone fin al mismo tiempo a los deberes de lecho y habitación, pero subsistiendo el vínculo matrimonial; y
- b) Otra que podríamos llamar **restringida**, pues se limita a la separación de los patrimonios continuando vigente el vínculo matrimonial y los deberes de lecho y habitación.

En el aspecto económico, ambos tipos de separación producen los mismos efectos, el fenecimiento de la sociedad conyugal, su liquidación y la entrega de su parte a cada consorte para que la administre y goce por su cuenta.

La separación **absoluta** se diferencia, pues, de la **restringida**, en cuanto a las relaciones personales entre los esposos y, por consiguiente, no nos corresponde estudiarla. Basta recordar que esta separación absoluta puede pedirse y obtenerse de acuerdo con los Arts. 247 y 270 del Código Civil, en virtud de sentencia judicial, únicamente en los siguientes casos:

- 1º—El adulterio;
- 2º—La sevicia;
- 3º—El atentado contra la vida del cónyuge;
- 4º—La injuria grave;
- 5º—El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos;
- 6º—La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común;
- 7º—El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes;
- 8º—La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio;
- 9º—La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio;
- 10º—El mutuo disenso, después de transcurridos dos (2) años de la celebración del matrimonio;

La separación absoluta puede llevar al divorcio por solicitud unilateral de uno de los cónyuges formulada después del año de expedirse la sentencia que ordene tal separación (Art. 276 del Código Civil).

La separación restringida es, en cambio, un régimen supletorio al de la sociedad conyugal, de carácter netamente económico y, por lo mismo, debemos revisarlo.

91 —Régimen supletorio de separación de bienes o separación restringida.

A) —Definición.

La separación restringida es, en el Perú, una medida de protección por la cual se separan los patrimonios y derechos pecuniarios de los cónyuges y la administración de los mismos, con el fin de poner los bienes de uno de ellos a salvo de los peligros que podrían correr si subsistiera la comunidad.

B).—Antecedentes.

Se quiere ver en la dote el antecedente remoto de la separación restringida, pues indudablemente la dote fué en Roma la primera base de defensa y de segregación del patrimonio de la mujer; también se cita la separación de cuerpos tan común en las legislaciones modernas, como fuente de la separación de bienes, sea convencional, legal o judicial.

El hecho es, sin embargo, que entre nosotros se ha adoptado como una medida transaccional, pues ante la brillante y feliz insistencia del Doctor Manuel Augusto Olaechea para que se introdujera en el Perú la separación de bienes como régimen supletorio convencional, la Comisión Reformadora del Código Civil del 52, optó por introducirla como sistema de emergencia para ser aplicada por mandato de la ley o en virtud de resolución judicial sólo en contados casos, cuando peligrase el patrimonio conyugal.

Es muy sensible, sin embargo, que no se aceptara totalmente la iniciativa del Doctor Olaechea, pues al presente ocurre que cuando no se llenan los requisitos necesarios para obtener por la vía judicial la separación restringida, se recurre a la separación de cuerpos y patrimonios, que es muchísimo más grave, ya que contribuye poderosísimamente, con el alejamiento de los esposos a la disolución definitiva del hogar y puede conducir al divorcio.

Es realmente inverosímil que la ley que permite el divorcio y la separación de cuerpos y patrimonios por mutuo disenso prohíba la simple separación convencional de bienes; y que el Código cuide así más de los bienes que de la conservación del hogar, de la unión conyugal y de los intereses permanentes y generales de la familia y de los hijos.

Es inconcebible también que el Código que permite algo tan incalificable como el divorcio por voluntad unilateral de uno sólo de los cónyuges (ya que así puede pedirse al año de la sentencia de separación de cuerpos y patrimonios, de acuerdo con el Art. 276 del C.C.), no haya evitado ésto en forma categórica y, en cambio, no haya permitido que los esposos, por mutuo acuerdo separen sus patrimonios cuando sea necesario precisamente para evitar el divorcio, la separación de cuerpos o la desaparición de los bienes.

Quien sabe se ha hecho así por proteger a los acreedores o a terceros, pero ésto pudo lograrse con otras medidas de seguridad mas no con una prohibición que a la larga resulta ineficaz y siempre dañosa.

Quizás se debe tan sólo a la fuerza de la tradición, al deseo de conservar la sociedad conyugal como sistema único peruano, pero lo verdad es que la tradición debe ser siempre recordada pero no impuesta cuando ya las circunstancias y la evolución de la sociedad exigen que se reforme alguna de las instituciones que ella nos brinda.

C).—Clases.

La separación restringida que no es en ningún caso convencional en el Perú, puede ser entre nosotros legal o judicial.

La **legal** ocurre en caso de quiebra, pues en tal caso se produce, de pleno derecho, según el Art. 240 del Código Civil, la separación de bienes de los cónyuges.

La **judicial** ocurre en los casos del Art. 241 del Código Civil que dice:

La separación de bienes será declarada por el Juez a pedido de la mujer:

- 1º—Cuando el marido desatienda las obligaciones que le impone la ley;
- 2º—Cuando el marido no asegure los aportes de la mujer;
- 3º—Cuando el marido abuse de las facultades que respecto de los bienes comunes le acuerda el Código; y
- 4º—Cuando la mujer no quisiere asumir la administración de la sociedad que le trasfiere la ley.

D).—Análisis de los casos de separación.

I.—La quiebra (Art. 240)

La quiebra del marido o de la mujer, o de ambos si juntos ejercen el comercio, produce la separación de sus bienes.

Como en tal caso la separación ocurre de pleno derecho, basta la resolución que declare el estado de quiebra de uno de los cónyuges, para que de hecho fenezca la sociedad conyugal.

II.—Desatención. (Art. 241, inc. 1)

Según el Art. 164 del Código Civil, el marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación.

Cuando el marido desatiende estas obligaciones es justo que la mujer esté facultada para pedir la separación de bienes pues tal es el único medio para que ella pueda recibir su parte en los bienes comunes y disfrutar de la renta correspondiente.

III.—Falta de garantías (Art. 241, inc. 2)

El marido, en determinados casos, está obligado a dar garantía por los bienes propios o "aportes" de la mujer.

Cuando están a su cargo por mandato judicial, de acuerdo con el Art. 180, debe constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles que reciba; cuando los administre con el consentimiento tácito de la mujer (Art. 182) queda obligado a devolverlos en cualquier momento; y, por consiguiente, debe hallarse en aptitud de hacerlo; cuando recibe la dote, debe constituir hipoteca por los bienes fungibles de que disponga (Arts. 229 y 230); y depositar y reinvertir el precio de los bienes inmuebles que enajene con el consentimiento de su mujer y previa autorización judicial.

Si no cumple con dar estas garantías, es evidente que pone en peligro el patrimonio de su consorte y que ésta debe hacer lo necesario para cautelar sus derechos obteniendo la separación.

Lo que no se explica es que en casos análogos, cuando la mujer administre el patrimonio común, o sea curadora del marido, (Arts. 169, 174 y 559) y lo haga mal, no sea posible al marido actuando por sí mismo o por medio de un apoderado o curador, obtener la separación de bienes.

IV.—Abuso del marido (Art. 241 inc. 3)

Es claro que si el marido abusa de sus facultades de administración debe concederse a la mujer medios de defensa: uno de ellos es la separación de bienes. Pudo darse igual medio también al marido, cuando la mujer administra.

V.—La mujer no desea administrar (Art. 241, inc. 4)

Los artículos 174 y 192 del Código Civil transfieren a la mujer la administración, ésto es la dirección y representación de la sociedad conyugal, en los siguientes casos:

- 1º—Si el marido está impedido de ejercerlas, por causa de interdicción;
- 2º—Si se ignora el paradero del marido, o éste se encuentra en un lugar remoto sin tener apoderado;
- 3º—Si el marido ha sido condenado a una pena privativa de la libertad que produzca la interdicción civil.

Son situaciones extremas en las que el marido no puede actuar y en que es inevitable que la mujer asuma la jefatura de la familia. Si ella no lo desea puede negarse y pedir la separación de bienes.

Puede ocurrir, sin embargo, que la mujer se niegue a administrar los bienes conyugales pero no pida la separación; o que sin negarse a asumir el comando, se abstenga de actuar. En todos esos casos ha debido permitirse que el marido o quien lo represente en defecto de la mujer pida también la separación.

El Código quiere, con justicia, defender a la mujer pero esta actitud equitativa y caballeresca no debe hacer olvidar que el marido es también

parte en la sociedad conyugal y que puede requerir protección contra los excesos de su consorte, si se produjeran.

E).—Procedimiento.

I.—Qué procedimiento se seguirá

El Código es claro al decir que la separación de bienes se produce de hecho en caso de quiebra, pero no dice cómo se procederá para obtenerla en los demás casos..

Puede sostenerse en consecuencia, que la correspondiente demanda de la mujer deberá tramitarse en la vía ordinaria, de acuerdo con el Art. 296 del Código de Procedimientos Civiles que dice: "Se ventilan en juicio ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señalada en este Código, y cuyo valor excede de cincuenta libras o es inapreciable en dinero".

También cabe pensar que siendo algo más simple que la separación de cuerpos y patrimonios, y quien sabe más urgente debe seguirse el procedimiento sumario que el Código (Arts. 278 a 291) establece para tal clase de separación.

Nos inclinamos por la primera solución en vista de que el Art. 278 sólo establece el procedimiento de menor cuantía, para el juicio de separación de cuerpos de acuerdo con el encabezamiento del título respectivo.

Se trata sin duda de una inexplicable omisión de la ley pero para tales casos no hay más remedio que aplicar el Art. 296 del Código de Procedimientos Civiles antes citado.

II.—Medidas de seguridad para los cónyuges

El Código Civil en el Art. 242 establece que interpuesta la demanda de separación, podrá el juez a pedido de la mujer dictar las providencias que estime concernientes a la seguridad de los intereses de ésta.

Por consiguiente, queda al arbitrio del juez autorizar todas las medidas lícitas que sean más convenientes y efectivas para proteger a la mujer.

III.—Situación de la familia durante el juicio.

De conformidad con el Art. 244 del Código Civil, durante la separación el marido y la mujer deben contribuir al sostenimiento del hogar, proporcionalmente a sus facultades. El juez, en caso necesario, reglará la contribución.

IV.—Medidas de seguridad para terceros.

El Art. 246 establece que la separación, cesación, y, en general, todas las resoluciones concernientes al régimen de los bienes en el matrimonio, deben inscribirse en el registro personal; y que sin este requisito no producirán efecto contra tercero.

Esto equivale a decir que se pondrá en conocimiento de terceros los hechos consumados, olvidando que muchas veces la separación se produce con el objeto aparente de proteger a la esposa y con el fin real de burlar a los acreedores y que por consiguiente éstos deben estar en aptitud de defenderse desde que se plantea la demanda para poder hacerlo a tiempo.

Por lo mismo, ha debido establecerse como obligatoria la notificación de la demanda por periódico a terceros; la limitación de la prueba confesional, a fin de que su solo mérito no baste para fundamentar la sentencia; la publicidad del fallo en el diario oficial; la partición inmediata, a fin de que bajo un régimen aparente de separación no se mantenga la comunidad; la intervención de los acreedores, cuando éstos lo consideren necesario; y, en fin, todas las demás medidas convenientes, para protegerlos.

V.—Efectos de la sentencia.

Declarada la separación, fenece la sociedad conyugal, de acuerdo con el inciso 4 del Art. 199 del Código de Procedimientos Civiles y cada una de los cónyuges recuperará, en toda su plenitud, el dominio, la administración, y el goce de su patrimonio (Art. 243).

Naturalmente, ésto supone que se haga la liquidación de la sociedad en la forma prevista por los Arts. 200 a 205 del Código Civil examinados anteriormente.

Como el Código no indica a partir de qué día produce sus efectos la sentencia, ésto es, si desde la fecha de la demanda o desde el momento en que quede ejecutoriado el fallo, nos inclinamos por esta última solución; en vista de que el Código en el Art. 243 establece que los cónyuges recuperan la administración independiente de sus bienes una vez "declarada la separación" o sea después del fallo.

Por consiguiente, los frutos que entre tanto produzcan son comunes.

Esto puede resultar por demás injusto si uno de los cónyuges demora el juicio de separación para beneficiarse a expensas del otro.

92.—Restablecimiento de la sociedad conyugal.

La separación relativa de que tratamos no es entre nosotros una medida irrevocable, pues el Art. 245 del Código Civil establece que la separación de bienes cesa por resolución del juez, a pedido de ambos cónyuges.

Cabe, por lo tanto, reestablecer la sociedad conyugal por común acuerdo de los interesados, medida completamente justificada, desde que la ley debe contribuir por todos los medios posibles a fomentar la más estrecha unión de los consortes y la unidad y solidez de la familia.

QUINTA PARTE

CONFLICTOS DE DERECHO

CAPITULO DECIMO SETIMO

EL REGIMEN DE BIENES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

93.—Los conflictos de Derecho Internacional Privado.

En los capítulos anteriores, hemos tratado del régimen de bienes dentro del matrimonio, tal como se practica en el Perú; pero sin relacionarlo con la vida internacional.

Sucede, sin embargo, que las relaciones jurídicas que origina el matrimonio no son tan simples y que trascienden frecuentemente de la esfera puramente nacional vinculando personas de distinta nacionalidad o sujetas a diversas legislaciones.

Un peruano puede casarse con una extranjera o una peruana con un extranjero, dentro del país o fuera de él; una pareja de peruanos puede contraer matrimonio fuera del Perú, residir en el extranjero y después domiciliarse en el Perú; esposos extranjeros, casados en su país o en un país extraño, pueden venir a establecerse en el Perú, conservando su nacionalidad o adquiriendo la nacionalidad peruana; los casados, en fin, residan o no en el Perú, sean o no peruanos, pueden tener bienes, o acreedores en diversos países y, entre ellos, en el Perú. ¿A qué ley estarán sujetas todas estas situaciones? ¿A la ley peruana? ¿A la ley nacional del marido? ¿A la ley de cada uno de los cónyuges, si son de diversa nacionalidad? ¿A la ley del primer domicilio de los cónyuges, o sea del lugar donde celebraron su matrimonio? ¿A la ley del lugar en que establezcan su domicilio definitivo? ¿A la ley del lugar donde están ubicados los bienes? ¿A la ley del tribunal que se pronuncie sobre cualquier conflicto jurídico que origine el matrimonio? (63).

94.—Determinación de la ley aplicable, según la doctrina.

Para algunos rige el principio de la autonomía de la voluntad. Dumoulin (64), sostiene, al efecto, que las relaciones patrimoniales de los cónyuges se norman siempre por la convención que hayan celebrado y, en defecto de ésta, por la ley del lugar del primer domicilio que, se supone, fué adoptada voluntariamente por ellos, en virtud de su consentimiento tácito.

(63) Este capítulo se inspira, salvo las discrepancias que en el mismo se consignan, y con autorización del autor, en el artículo publicado por el Profesor Jorge Vega García en el Nº III de la Revista Jurídica del Perú, p. 221. (Editora Médica Peruana, 1950).

(64) Dumoulin fué un célebre abogado parisién, que vivió entre los años 1500 y 1566 considerado como uno de los fundadores de la doctrina francesa que distingue entre los estatutos reales y los personales.

D'Argentré dentro de la misma tendencia, (65), considera que, si bien los pactos nupciales tienen valor extraterritorial, no es posible hablar de consentimiento tácito cuando tales pactos no existen, ya que en tales casos la ley se impone prescindiendo de la voluntad de los casados. Sostiene, por lo mismo, que, a falta de capitulación, debe aplicarse la ley del lugar en que estén ubicados los bienes.

Jean Voet (66), va más lejos; pues, para éste último caso, indica que debe investigarse la intención de los contrayentes.

Weis (67), en cambio, opina que si no hay capitulación, procede aplicar la ley nacional de los esposos, primando la del marido si ambos fueran de distinta nacionalidad.

Para otros, el principio de la autonomía de la voluntad no es válido sea por que el sistema de las capitulaciones matrimoniales no es universal y depende de una ley previa que las autorice, la cual escapa de la voluntad de quienes contraen matrimonio; sea por que en muchos países la ley impone el régimen de bienes aún contra lo que hubieran querido los esposos; sea por la injusticia que significaría en algunos casos someter a los esposos a una ley local y en otros permitirles que se investigue la intención tácita que ellos tuvieron al casarse; sea por las dificultades procesales y judiciales y por la incertidumbre que originaría tal género de investigaciones.

Quienes así objetan el principio de la autonomía de la voluntad se inclinan por diversas soluciones.

Algunos son partidarios de la aplicación de la ley territorial o sea de la ley de ubicación de los bienes inmuebles, para todo lo que a éstos se refiera y de la ley del domicilio de los cónyuges para los muebles; pero se les critica haciendo notar, con justicia, que tal solución somete a los casados con bienes en diversos lugares a una pluralidad de legislaciones y que, además, al hacerlo, se confunde la organización de la propiedad en un país, que puede ser de interés público, con las relaciones económicas entre los esposos que no tienen tal interés.

Los tratadistas modernos (68) consideran, por eso, que debe regir, para los efectos patrimoniales, la misma ley a que están sometidas las relaciones personales de los cónyuges; sosteniendo algunos que esta ley debe ser la ley de la nacionalidad que tenían los esposos al contraer matrimonio y otros la ley del domicilio de los cónyuges.

(65) D'Argentré famoso jurisconsulto bretón, que vivió entre los años 1519 y 1590, reaccionó contra las teorías de Dumoulin sosteniendo la aplicación, en cuanto fuera posible, de la ley de ubicación de los bienes inmuebles.

(66) Cita que hace el Profesor Jorge Vega García en el artículo citado en la Nota Nº 63.

(67) Manual de Derecho Internacional Privado. Traducción de Estanislao S. Zevallos.—2a. Edición, 1928.

(68) Véase Jorge Vega García, artículo citado en la Nota Nº 63, pág. 234.

95.—Ley aplicable según la jurisprudencia, las legislaciones y los tratados.

Tanto la jurisprudencia como el derecho positivo han oscilado en sus soluciones, ante la gran variedad de las teorías que propone la doctrina.

La jurisprudencia francesa (69) y el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (70), se inspiran en la teoría de la autonomía de la voluntad; la jurisprudencia de Inglaterra y Estados Unidos se inclinan por el principio de la ley territorial; el Código Civil Alemán (71) se ins-

(69) El Art. 3º del Código Civil Francés dice lo siguiente:

Art. 3º.—Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en país extranjero.

(Del Code Civil, Ed. Librairie Dalloz.—París, 1952.)

(70) Los Arts. 40, 41, 42 y 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional celebrado en Montevideo el 12 de Febrero de 1889 dicen lo siguiente:

Art. 40.—Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación.

Art. 41.—En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto, y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes, se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado, de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio.

Art. 42.—Si no se hubiese fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

Art. 43.—El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

(De "Tratados, Convenciones y Acuerdos Vigentes entre el Perú y otros Estados. T. II. Ed. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, 1926).

(71) Los Arts. 14, 15 y 16 de la ley de introducción al Código Civil Alemán, de 18 de Agosto de 1896, dicen lo siguiente:

Art. 14.—Las relaciones jurídicas personales entre los esposos alemanes serán juzgadas de acuerdo con las leyes alemanas, aún cuando los esposos tengan su domicilio en el extranjero.

Las leyes alemanas reciben igualmente aplicación cuando el marido ha perdido la nacionalidad del Imperio, si la mujer la ha conservado.

Art. 15.—El régimen matrimonial se rige por las leyes alemanas, cuando el marido era alemán al celebrarse el matrimonio.

Si después de haber contraído matrimonio, el marido adquiere la nacionalidad alemana, o si esposos extranjeros tienen su domicilio en Alemania, se aplica al régimen matrimonial las leyes del Estado a que hubiere pertenecido el marido al momento de celebrarse el matrimonio. Sin embargo, los esposos pueden celebrar un contrato de matrimonio, aún cuando no gozaren de tal facultad según los términos de esta última ley (ley nacional del marido en el momento de la celebración).

Art. 16.—Si esposos extranjeros o esposos que, después de la celebración de su matrimonio han adquirido la nacionalidad alemana, establecen su domicilio en Alemania, se aplicarán las disposiciones del Art. 1435 del Código Civil (relativo a derechos de terceros y a la cosa juzgada): el régimen legal extranjero se asimila a un régimen convencional.

pira en el principio de la ley nacional, dando preferencia a la del marido en caso de que los cónyuges sean de nacionalidad diferente y respetando las convenciones matrimoniales, cuando sean lícitas: análogo sistema siguen el Código Civil Italiano (72), el Código Civil Español (73) y la Convención de La Haya de 1900 (74); y, en fin, el Tratado de Derecho Civil Internacio-

Las disposiciones de los Arts. 1357, 1362 y 1405 del Código Civil (relativos a la administración por parte de la mujer, obligaciones del marido y ejercicio de profesión por parte de la mujer), reciben aplicación, en la medida en que sean más favorables a los terceros, que las leyes alemanas.

(Del "Code Civil Allemand", Traducción de l'Office de Législation étrangère et de Droit International.— París, 1929, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).

(72) El Art. 19 del Código Civil Italiano dice lo siguiente:

Art. 19.—Ley reguladora de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges son reguladas por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

El cambio de nacionalidad de los cónyuges no influye en sus relaciones patrimoniales, salvo pacto entre los cónyuges basado en la nueva ley nacional común.

(De "Codici e Leggi d'Italia". Ed. de los Prof. L. Franchi y V. Ferrari, Imp. Ulrico Hoepli, Milán, 1950).

(73) El Código Civil Español, en su Art. 9º, dice lo siguiente:

"Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero".

(De "Derecho Civil Español", por Modesto Falcón.—Ed. Centro Editorial de Góngora. Madrid, 1888-1890).

(74) La Convención de La Haya de 1905, en sus Arts. 3, 4, 5, 7 y 8, dice lo siguiente:

Art. 2.—A falta de contrato los efectos del matrimonio sobre los bienes de los esposos, tanto inmuebles como muebles, serán regidos por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio.

El cambio, de nacionalidad de los esposos o de uno de ellos no tendrá influencia sobre el régimen de bienes.

Art. 4.—La ley nacional de los esposos decide si pueden, en el curso del matrimonio, sea celebrar un contrato de matrimonio, sea rescindir o modificar sus convenciones matrimoniales. El cambio en el régimen de bienes no puede tener efecto retroactivo en perjuicio de terceros

Art. 5º.—La misma ley decide si tienen los esposos y en qué medida, libertad de referirse a otra ley.

Art. 7.—Las disposiciones de la presente convención no son aplicables a los inmuebles colocados por la ley de su situación bajo un régimen territorial especial.

Art. 8.—Cada uno de los Estados contratantes se reserva:

1º—Exigir las formalidades especiales para que el régimen de bienes pueda ser invocado contra terceros;

2º—Aplicar las disposiciones que tengan por objeto proteger a los terceros en sus relaciones con una mujer casada que ejerza una profesión en el territorio de este Estado.

(De "Derecho Internacional Privado", por Carlos García Gastañeta.—Ed. Librería e Imprenta Gil S. A., Lima 1930).

nal suscrito en Montevideo en 1940 (75), pero aún no ratificado por los signatarios, consagra la competencia de la ley del primer domicilio de los cónyuges. El Código Bustamante se inclina por la ley nacional, aunque admite subsidiariamente la del domicilio (76). El Código Peruano de 1852 imponía, en todos los casos la ley peruana (77).

96.—Solución del Código Peruano de 1936.—

El Código Peruano de 1936 se ha inspirado en el principio de la ley del matrimonio, pero no ha optado en forma decidida entre la ley nacional y la ley del domicilio pues en el Art. V de su Título Preliminar dice lo siguiente:

(75) El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940 en su Art. 16º dice lo siguiente:

Art. 16º.—Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.

(Del artículo mencionado en la Nota Nº 63).

(76) El Código Bustamante en sus Arts. 187, 188, 189, 190, 191, 192 y 193, dice lo siguiente:

Art. 187.—Este contrato (sobre bienes con ocasión del matrimonio) se rige por la ley personal común de los contrayentes y en su defecto por la del primer domicilio matrimonial. Las propias leyes determinan, por ese orden, el régimen legal supletorio a falta de estipulación.

Art. 188.—Es de orden público internacional el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas, o que se altere el régimen de bienes por cambio de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo.

Art. 189.—Tienen igual carácter los preceptos que se refieren al mantenimiento de las leyes y las buenas costumbres, a los efectos de las capitulaciones respecto de terceros y a su forma solemne.

Art. 190.—La voluntad de las partes regula el derecho aplicable a las donaciones por razón del matrimonio, excepto en lo referente a su capacidad, a la salvaguarda de derechos legitimarios y a la nulidad mientras el matrimonio subsista, todo lo cual se subordina a la ley general que lo rige, y siempre que no afecte el orden público internacional.

Art. 191.—Las disposiciones sobre dote y parafernales dependen de la ley personal de la mujer.

Art. 192.—Es de orden público internacional la regla que repudia la inalienabilidad de la dote.

Art. 193.—Es de orden público internacional la prohibición de renunciar a la sociedad de gananciales durante el matrimonio.

(Del libro sobre "Tratados Multilaterales del Perú", citado en la Nota Nº 70).

(77) El Doctor Carlos García Gastañeta, en la obra citada en la Nota Nº 74, dice, a este efecto, lo siguiente:

"Ya se ha visto que el Art. 1158 del Código de Procedimientos Civiles, establece la jurisdicción forzosa de los tribunales peruanos en las causas que versen sobre relaciones de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú y que aunque esta disposición se refiere únicamente a la competencia del tribunal, se aplicarían, sin embargo, a falta de disposición expresa sobre la ley competente, los mismos principios a la determinación de la ley. ¿Comprende esta disposición las relaciones familiares

Art. V.—“El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos”.

“Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de éstos”.

Así, según este artículo, a los peruanos ha de aplicárseles siempre, donde quiera que estén domiciliados y cualquiera que sea el lugar de ubicación de sus bienes, la ley peruana. En cambio, para los extranjeros la ley competente será la de su domicilio.

97.—Crítica del Código Civil.

La solución arriba mencionada, no ha parecido satisfactoria a importantes profesores de Derecho Internacional de nuestro país.

Así, Vega García (78), dice lo siguiente:

“Este texto consagra una notoria incongruencia jurídica al establecer un sistema dual, el de la ley nacional para los peruanos y el domicilio para los extranjeros”.

“Lógicamente debe regir en la materia un criterio de reciprocidad. Si la ley del matrimonio es la nacional, debe serlo para nacionales y extranjeros, y lo mismo debe sostenerse si se prefiere la ley del domicilio”.

“Tratándose de matrimonio entre peruanos, ese dualismo, jurídicamente inaceptable, no provoca dificultades prácticas. El régimen de bienes de los esposos se regirá en todo caso por la ley peruana, cualquiera que sea el domicilio de los cónyuges, el lugar de celebración del matrimonio o de situación de los bienes”.

“Pero, no siempre sucede así, cuando el matrimonio es entre personas de diferente nacionalidad, por ejemplo, cuando tiene lugar entre peruana y extranjero, o entre extranjera y peruano”.

“patrimoniales?. Indudablemente que sí. Pero no sería posible aplicar la ley del domicilio actual en el caso de extranjeros domiciliados en el Perú. El régimen patrimonial de bienes se fija al celebrarse el matrimonio. Surge entonces la duda de saber si los tribunales peruanos aplicarían la ley nacional del matrimonio, o la del primer domicilio conyugal, o la del lugar de celebración. En los casos que se han discutido ante los tribunales, se ha sostenido la aplicación de la ley nacional; pero no ha llegado a pronunciarse ejecutoria al respecto. Cuando el matrimonio se ha celebrado en el Perú, sin fijar aquí su primer domicilio, pero este domicilio se establece posteriormente, dando competencia a nuestros tribunales, es indiscutible que se aplicará la ley peruana”.

(78) Artículo citado en la Nota Nº 63, Pág. 238.

" Si es una peruana la que se casa con extranjero, debe tenerse presente lo dispuesto en el Art. 6º de la Constitución:

" La peruana que se casa con extranjero conserva la nacionalidad peruana, salvo renuncia expresa".

" Pueden, pues, presentarse dos casos: 1º—Que la peruana renuncie a su nacionalidad; y 2º—Que conserve la nacionalidad peruana".

" La primera hipótesis no ofrece dificultades. Si la mujer deja de ser peruana, ambos cónyuges son extranjeros y su régimen de bienes se rige por la ley del domicilio que constituyan".

" Si la mujer conserva su nacionalidad peruana, pero el domicilio conyugal se establece en el Perú, tampoco se presentará el problema, puesto que habrá coincidencia en las leyes personales de ambos esposos".

" Pero, si el domicilio se establece en el extranjero, surge de inmediato la cuestión, ¿Qué ley se aplicará al régimen de bienes, la del domicilio del marido o la ley nacional de la mujer?

" Desde luego, no puede pensarse en aplicar las leyes personales de ambos esposos. Si las leyes personales son contradictorias, no podrá obedecerse a una sin desobedecer a la otra. Tal solución sería además contraria a la letra y al espíritu del Art. V del Título Preliminar. Conforme a este dispositivo debe aplicarse en todo caso a los peruanos la ley peruana. De este modo el dualismo del Art. V conduce a la singular solución de hacer prevalecer la ley de la mujer sobre la del marido. Se aplica a éste un sistema jurídico con el que no está vinculado ni por su nacionalidad ni por su domicilio. Y como es de suponer, el régimen de bienes peruano impuesto así al marido, no tiene la menor probabilidad de ser reconocido por el país del domicilio del varón cuyas leyes han sido puestas de lado".

" Conforme al Art. 5º de la Constitución:

"La extranjera casada con peruano adquiere la nacionalidad de su marido".

" Tampoco habrá pues dificultades en esta hipótesis. La ley peruana tiene aquí competencia exclusiva sobre el régimen de bienes".

Por nuestra parte consideramos que la sólida crítica que antecede tiene mucho de razón, pero que, en realidad, los problemas que origina la

aplicación del Art. V del Título Preliminar provienen más que de la dualidad, de la ley, de un defecto de técnica de la misma, pues al redactarlo se ha olvidado prever lo que se hará si los esposos tienen distinta nacionalidad, punto que ya había sido materia de solución en las más importantes legislaciones que se inspiran en la ley nacional y que para tal caso establecen que el régimen patrimonial de los cónyuges de diversa nacionalidad será el que señala la ley del marido, por ser él el jefe del hogar y el llamado a establecer su domicilio.

De otro lado nos parece que el Codificador ha sometido justificadamente a los peruanos a la ley nacional.

La organización de la familia y del régimen de bienes en el Perú, se inspira en un principio de orden público y social, según el cual el sistema adoptado por el Código es el que más conviene a los peruanos, por la tradición, cultura, religión y organización general de nuestra patria; y, siendo así, la ley tiene que ser categórica. De allí que no sea dable a los peruanos renunciar a la sociedad conyugal ni a sus efectos. Y, si esto ocurre dentro del territorio nacional, no se percibe, tampoco, suficiente razón para que sea diferente con los peruanos domiciliados en el extranjero. De otro modo resultaría también que, por el simple hecho de haber contraído matrimonio fuera del Perú, y haber permanecido aunque sea por poco tiempo en el extranjero, lo que ahora ocurre con extraordinaria frecuencia, dado el cosmopolitismo moderno y el intercambio cada vez más frecuente y acelerado que se produce entre los hombres, los peruanos que regresaran a su país, aunque ya no volvieran a salir de él, se encontrarían atados a una ley extranjera desconocida y extraña tanto para ellos como para los tribunales patrios. Igualmente resultaría que, bajo la aparente unidad técnica, originada por la aplicación a todos de la ley del domicilio, se tendría una gran diversidad en la práctica originada por la diferencia de legislaciones a que estarían sometidos los peruanos residentes en el Perú, sea que nunca hubieran salido al extranjero, sea que hubieran contraído matrimonio fuera del territorio nacional.

Se comprenderá el trastorno y confusión que tal disparidad podría originar, sobre todo cuando no existe entre nosotros un Registro de Regímenes Matrimoniales, ni la costumbre de recurrir a ellos.

El sistema adoptado por el Código no es perfecto, por ser dual, pero, indudablemente, corresponde a las necesidades del país y permite saber a los peruanos que viven o contratan dentro del país o que tienen relaciones con peruanos, aún cuando estos últimos residan en el extranjero, que todos están sometidos a un solo régimen o sea el del Código Civil nacional.

98.—Problemas que origina la situación de los extranjeros.

Aparte de los problemas que acabamos de examinar, la aplicación del Art. V origina varios otros de importancia, tratándose de la situación de los extranjeros.

A).—Domicilio que determina la competencia.

Dice el Art. V que los extranjeros se rigen por la ley del domicilio, pero es de preguntarse, ¿cuál es ese domicilio? ¿El lugar donde los esposos se casaron? ¿El primer domicilio que establecieron al contraer matrimonio? ¿El último o alguno nuevo?

Caben naturalmente toda clase de teorías al respecto, pero consideramos con Vega García que la ley del domicilio de que habla el Art. V es la ley nacional del lugar en que se establecieron los esposos al contraer matrimonio; y que tal ley es inmutable, porque otorga una serie de derechos y obligaciones a los esposos que no pueden ser destruidos ni modificados mediante la constitución de un nuevo domicilio, porque ello sería dar efecto retroactivo a las leyes del nuevo lugar contraviniendo el Art. 25 de nuestra Constitución y destruir los derechos ya adquiridos por los cónyuges o por terceros. Por eso mismo es que la ley del domicilio tiene carácter personal y acompaña a los esposos donde vayan.

Abonan esta solución principios tan antiguos como los de las Leyes de Siete Partidas (Ley 23, Título XI, Partida IV), los acuerdos del Instituto de Derecho Internacional adoptados en Lausana en 1888 (Art. 15), la Convención de La Haya de 1905 (Art. 2), el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Art. 43) y gran parte de la doctrina.

Conviene tener presente, sin embargo, que no todas las legislaciones aplican el concepto de la inmutabilidad de la ley personal con absoluta rigidez, ya que el Código Civil Alemán, que se inclina por la ley nacional, permite a los esposos que trasladan su domicilio a Alemania celebrar contratos de matrimonio, aún cuando no gozaren de esta facultad de acuerdo con la ley original (Art. 15 de la ley de introducción).

Del mismo modo, la ley federal Suiza de 25 de junio de 1891 (79), que aplica el principio de la ley del domicilio, en su Art. 20 declara que, cuando los esposos cambian de domicilio, pueden, con el asentimiento de la autoridad competente, adoptar, para las relaciones entre ellos, la legislación del nuevo domicilio, mediante una declaración común hecha ante la oficina cantonal competente, declaración a la que se da efecto retroactivo hasta el momento en que comenzó a producir sus efectos el régimen matrimonial, pero que no modifica en forma alguna los derechos adquiridos por terceras personas, (Art. 21).

La ley argentina de Matrimonio Civil en su Art. 5º contiene también una descripción semejante cuando dice que los bienes adquiridos por los esposos antes de cambiar de domicilio son regidos por las leyes del primero; y los que hubiesen adquirido después del cambio, por los del nuevo.

B).—Cambio de nacionalidad.

Igualmente puede preguntarse qué pasará si un extranjero adquiere la nacionalidad peruana o si un peruano toma otra nacionalidad.

(79) Virgile Rosselt, Code Civil et des Obligations.—Librairie Payot, Lausanne, 1948, p. 347.

Para nosotros, en tal caso es de plena aplicación el principio establecido en los párrafos anteriores, o sea el del respeto de los derechos adquiridos e irretroactividad de la ley del nuevo domicilio que no puede modificar el estatuto personal de los cónyuges.

C)—Situación de los terceros.

De lo expuesto anteriormente se desprende que en el Perú debe ser respetado el derecho de los cónyuges extranjeros a regir sus relaciones patrimoniales por la ley de su domicilio original. Consecuencia es que los extranjeros no domiciliados en el Perú y los que se domicilien con posterioridad a su matrimonio, seguirán rigiéndose por su propio estatuto, ya emane de una convención matrimonial o de su ley local.

Por consiguiente, quienes contratan con extranjeros deben informarse de la verdadera situación jurídica de éstos a fin de observar las normas que correspondan. Basta, pues, el conocimiento de la calidad de extranjero que tenga o haya tenido una persona que no haya estado domiciliada en el Perú antes de su matrimonio, para que sea indispensable hacer la investigación correspondiente o para exigir la intervención de ambos cónyuges en los contratos que celebren a fin de evitar errores o dificultades. De otro modo el cónyuge que no haya intervenido en el contrato, teniendo derecho a ello, o sus sucesores, podrían interponer el correspondiente reclamo, salvo, por supuesto, los casos de error o fraude.

Es de lamentar, por lo mismo, como bien dice Vega García, que nuestro Código Civil admita la vigencia de regímenes foráneos sin establecer suficientes formalidades de publicidad en favor de terceros, salvo cuando se trata de inmuebles inscritos en los Registros Públicos, respecto de los cuales los derechos de terceros están amparados por los incisos 1) y 5) del Art. 1042 del Código Civil y el Art. 3º del Reglamento de Inscripciones que mandan inscribir todas las limitaciones o restricciones concernientes a las facultades del propietario y derivadas de contratos, testamentos y sentencias, extendiendo la facultad respectiva a los actos y contratos que emanen del extranjero si tienen fuerza legal en la República.

Es indispensable, por todo ello, que se amplie las disposiciones concernientes a los Registros Públicos, estableciendo para los extranjeros que se domicilien en el Perú después de casados o para los domiciliados en el extranjero que contraten en el Perú, la obligación de inscribir oportunamente su régimen de bienes en el Registro Personal, pues sólo en tal forma quedarán debidamente informados quienes con ellos contraten y libres los terceros de todo peligro o sorpresa en los actos jurídicos que realicen de buena fé.
