

# “La Sociedad de Gananciales: Supervivencia de la Sociedad Questaria en el Derecho Civil Moderno” (1)

El 22 de diciembre del año de 1938, un barco pesquero lanzó sus redes en la desembocadura del río Chalumna en África del Sur; media hora más tarde, los marineros se agrupaban alrededor de un pez de color azul con unas raras escamas que no habían visto jamás. Se trataba del hoy famoso “Celecanto”, verdadero fósil viviente, perteneciente a una especie que los científicos daban por extinguida hace más de 70 millones de años.

Análoga es la situación de la sociedad llamada “Questaria” o de Ganancias, que en algunos textos se encuentra con el larguísimo nombre de sociedad “Omnium Quae et Quaestu Veniunt”, perteneciente al tipo de las hoy desaparecidas sociedades Universales, que como caso extraño ha pervivido en el derecho moderno, en la forma de la llamada sociedad conyugal o de bienes que se forma por el sólo hecho del matrimonio y al contraerse éste.

## 1. Las Sociedades del Derecho Romano.

No precisando el mundo económico de los romanos de la formación de grandes capitales, el contrato de sociedad no tuvo el desarrollo considerable que sí ha tenido en cambio en el derecho moderno, modificando la mayoría de las concepciones romanas sobre la materia. Así, uno de los pilares sobre los cuales descansan las clasificaciones del contrato que nos ocupa, o sea la responsabilidad de los socios, fué prácticamente desconocida por los jurisconsultos de la época que prefirieron entre otros criterios y quizá como el más importante, atenerse a la existencia de los aportes como criterio diferenciador de los varios tipos de sociedades.

Un texto de las Institutas de Justiniano indica la división principal de las sociedades en dos clases:

**UNIVERSALES Y PARTICULARES (2).** Como la llamada Questaria cuya supervivencia pretendemos demostrar, pertenece a las primeramente nombradas, vale la pena recapitular y delinear sus principios básicos.

### 1.1. Las Sociedades Universales.

Las sociedades Universales se caracterizaban porque el aporte en ellas consistía en la totalidad del patrimonio, o una parte alícuota del mismo. Podían revestir dos formas:

#### 1.1.1. Las Sociedad OMNIUM BONORUM:

Su origen se encuentra en los primeros siglos de Roma en la institución de la familia. Cuando moría el jefe de familia, sus hijos y herederos se convertían en copropietarios del patrimonio común y generalmente sobre ese estado de copropiedad se establecía una sociedad OMNIUM BONORUM para así acrecentar el patrimonio común.

**Carlos Dario Barrera Tapias,**

Profesor Titular de Derecho Romano de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Este primer tipo de sociedad lleva el nombre de CONSORTIUM.

Más tarde, cuando la institución de las MANUS MARITI y el régimen de la dote matrimonial cayeron en desuso, se cree que se implantó este tipo de Sociedad Universal entre los cónyuges que voluntariamente quisieran formarla, perfilándose así el origen de la sociedad conyugal moderna.

La sociedad OMNIUM BONORUM era entonces aquella que se formaba sobre todos los bienes presentes y futuros de los socios, cualquiera que hubiese sido el título de adquisición. Todos los créditos, activos o pasivos de los socios ya fueran presentes o futuros, entraban en la composición del haber social y los negocios eran limitados.

#### 1.1.2. Societas Universorum Quae ex Quaestu Veniunt o Sociedad Questaria.

Sociedad Universal de todas las Ganancias, o para usar una palabra que se acerca más a su origen latino, “Sociedad Universal de Adquisición” (Quaestuum): comprende todos los beneficios que proceden de los actos y las operaciones de los socios, con tal que sean lícitas, como por ejemplo: ventas, compras, arrendamientos u otros actos, pero no legados, herencias o donaciones porque en éstos no se descubre obra del socio.

Esta sociedad, también denominada “SOCIEDAD QUESTARIA”, siempre se reputa formada cuando las partes no han determinado una clase distinta.

Vemos así que en la sociedad OMNIUM BONORUM entran todos los bienes presentes y futuros de los socios, en tanto que en la sociedad QUESTARIA o SOCIEDAD OMNIUM QUAE EX QUAESTRU VENIUNT sólo entran a formar parte aquellos bienes adquiridos por los socios mediante su trabajo y esfuerzo personal.

## 1.2. Características de la Sociedad Questaria.

### 1.2.1. Carencia de Personería Jurídica.

Sabido es que los romanos no desarrollaron la institución de la Personería Jurídica y en consecuencia ninguno de los tipos de sociedades que clasificaron, a excepción quizás de las Vectigalium, constituían una persona jurídica distinta de los socios. Se hace hincapié en esta característica común —se repite— a todas las sociedades de la época; por la circunstancia que se analizará más adelante de que la sociedad conyugal moderna, en diversas legislaciones no tiene Personería Jurídica.

#### 1.2.2. Administración:

También es común a todos los tipos de sociedad romana, como corolario de la ausencia de personería jurídica, el principio de que la administración corres-

ponde a los socios, y que los contratos que cada uno de ellos celebran no comprometen a los demás en frente de los terceros con quienes se ha contratado.

### 1.2.3. Patrimonio Social:

Estaba constituido por "todos los bienes adquiridos como ganancia" (3). "Entendiéndose por tal lo que procede del esfuerzo de alguien" (4) y los que resultaran de la inversión de esas ganancias.

### 1.2.4. Bienes que no entran a formar parte del Activo Social:

No entran a formar parte del "Patrimonio" social los siguientes bienes:

- \* los adquiridos por herencia
- \* los legados
- \* las donaciones
- \* las deudas que no dependan de un negocio social.

Como se ve los bienes con que los contratantes contaban al perfeccionarse el contrato, permanecían como propios de los socios, lo mismo que aquellos que se adquirirían dentro de su vigencia pero a título gratuito.

## 2. Las Sociedades Universales en el Derecho Moderno.

Este tipo de sociedades deben necesariamente considerarse como una especie extinguida en el Derecho Civil Moderno. En efecto, riñen con el principio de la inajenabilidad del patrimonio por acto entre vivos; "puesto que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, una persona no puede ceder, transmitir su patrimonio; el patrimonio es intransmisible". (5)

Esta lapidaria afirmación de los hermanos Mazeaud unánimemente acogida por el Derecho Civil Moderno se refiere desde luego a la transmisibilidad por acto entre vivos, como agregan los autores a continuación de la anterior afirmación.

El Código Civil Alemán (B.G.B.), en su Artículo 310, establece el principio al disponer la nulidad del contrato por el cual una parte se obliga a transmitir o a gravar con un usufructo su patrimonio futuro o una cuota de dicho patrimonio futuro.

El legislador peruano (\*) ha adoptado una posición semejante al sancionar en el art. 1406 del Código Civil la nulidad de estos actos.

Y el Código Civil Colombiano, Artículo 1.521, tiene como objeto ilícito la enajenación de "... 2a. los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona". Dentro de los cuales están obviamente sus atributos y en ellos el patrimonio.

Es por esta razón, ni más ni menos, que la existencia de una sociedad universal en el Derecho Civil Moderno constituye un caso excepcional de supervivencia jurídica de una figura que, salvo el caso de la sociedad conyugal que se comenta, desapareció hace mucho tiempo de los códigos del mundo.

## 3. La Sociedad Conyugal y su semejanza con la Sociedad Questaria.

Sea lo primero, a este respecto, indicar que no ha sido cosa de estos tiempos tratar la sociedad conyugal de bienes como una sociedad universal de ganancias. Hace mucho tiempo lo advertía el viejo Heineccio en sus Recitaciones del Derecho Civil, donde se lee "... se llama sociedad general, cuando los socios se comunican recíprocamente lo que proviene de las ganancias, no lo demás que se adquiere por el beneficio de la

fortuna. Esta es más rara, no obstante que en algunos pasajes se observa entre los cónyuges a los cuales pertenece en común lo que adquieren durante el matrimonio, bien que cada cual reserve para sí lo que reciben por herencia u otro título..." (6)

Los regímenes modernos permitiendo, desde luego, que los cónyuges se aparten del régimen general a través de las Capitulaciones Matrimoniales, han optado por la fórmula de la llamada Sociedad de Bienes, respecto de la cual compartimos plenamente la afirmación de los Hermanos Mazeaud de que "Los Regímenes Comunales son los que mejor corresponden con los fines del Matrimonio". (7)

Y es éste también el sistema adoptado por la Legislación Alemana de la "Sociedad de Ganancias"... de provechos: los provechos del trabajo y de los patrimonios de ambos cónyuges se hacen comunes... (8)

El moderno Código Civil Peruano lo consagra expresamente en los Art. 295, 301 y siguientes con el nombre de "Sociedad de Ganancias".

Por su parte el Derecho Civil Colombiano la consagra expresamente con el nombre de "sociedad de bienes" de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 13 del Decreto 2820 de 1974: por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges según las reglas del título 22 Libro IV del Código Civil.

Sentada esta premisa, analicemos las características que hacen tan semejante la antigua sociedad "Questaria" con la figura jurídica que venimos comentando.

### 3.1. Ausencia de Personería Jurídica:

Como se dijo antes, ésta era una característica fundamental de la sociedad romana en general; pues bien, esta falta que en términos generales se ha enrostrado a los juristas romanos para tildarlos de arcaicos y poco imaginativos respecto de este contrato en particular, ha trascendido a la mayoría de las legislaciones modernas en lo relacionado a la sociedad conyugal; si bien existen regímenes que la dotan de una Personería Jurídica distinta de la de los cónyuges, el sistema más aceptado consiste en el de no individualizarla aparte de sus "socios".

El Código Civil Peruano sigue el mismo criterio en el sentido de considerar que la Sociedad de Gananciales no es una persona jurídica distinta de los socios. Lo expuesto, se deduce del análisis general del articulado correspondiente, y principalmente de las siguientes disposiciones:

— El Art. 307, al disponer que puedan hacerse efectivas en ciertos casos, sobre los bienes sociales, las deudas propias de uno de los cónyuges. Si la sociedad fuese Persona jurídica, no podrían perseguirse bienes de ella para la satisfacción de obligaciones propias;

— El Art. 317 que establece la posibilidad de perseguir, en los bienes propios, las deudas de la sociedad.

— En general, la mención que siempre hace el Código de "Patrimonio Social" o de "régimen de sociedad de gananciales" evitando toda alusión a la personería jurídica de la misma.

— Por último, el Art. 77 establece la necesidad del reconocimiento estatal para la existencia de las personas jurídicas de Derecho Privado. El reconocimiento, que generalmente se otorga a través de la inscripción registral, no está presente en la sociedad de gananciales.

Este criterio no es más que una consecuencia lógica del hecho de considerarla como una comunidad de bienes, y sabido es que una de las características de la indivisión consiste en que ella no se considera una persona jurídica distinta de la de los condóminos.

### 3.2. La Administración:

Resulta paradójico el fenómeno de que hasta el siglo pasado, una de las diferencias que se podían encontrar entre la sociedad conyugal y la Questaria de los romanos, era en punto de la administración de los negocios sociales; sin embargo, la evolución del derecho ha llevado a asemejarlas aún en este punto.

En efecto, hemos dicho que según los principios romanos la administración de la sociedad corresponde a todos los socios. Pues bien, los códigos civiles que actualmente nos rigen, elaborados en su mayoría en el siglo pasado o basados en ordenamientos de la época, consagraron la doctrina imperante en la época de que la administración de la sociedad conyugal le correspondía exclusivamente al marido. Escasamente fué otorgado un germen de capacidad para representarla en punto de los llamados "Gastos Domésticos" sobre la extensión de los cuales inclusive debieron hacerse discusiones tan largas como inútiles.

Así, el Artículo 1.443 del B.G.B. establece que "el patrimonio común está sometido a la administración del marido.

Así ocurría en el Derecho Francés donde el manejo del patrimonio conyugal era "prerrogativa esencial del cabeza de familia". Por tanto, y en principio, el marido era el que ejercía ese gobierno. Y el Código Civil de don Andrés Bello no se apartaba de la teoría de la época, consecuencia de lo cual fué su consagración en el Código Civil Chileno y en el Colombiano que establecían en forma lapidaria que "el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales..." (9)

El Código Civil Peruano de 1936 contenía disposiciones semejantes al establecer en sus artículos 161 y siguientes que era el marido quien dirigía la sociedad conyugal y decidía las cuestiones económicas, además de ser el representante de la sociedad.

Sin embargo, el advenimiento del nuevo siglo trajo consigo la muy justa reivindicación de los derechos de la mujer y ello se tradujo en una marcada tendencia a igualarlas en los derechos con los hombres. Y precisamente el primer campo donde se manifestó la nueva directriz fué en el régimen de bienes del matrimonio. En Colombia, concretamente la Ley 28 de 1932 puso fin a la anacrónica institución del marido "jefe de familia" y por ende administrador no sólo de los bienes sociales sino aún de los propios de la mujer. El Artículo 1º. de la norma citada, estableció la libre administración que cada cónyuge tendría no sólo sobre los bienes que le pertenecían con anterioridad al matrimonio sino también sobre los que adquiriera a cualquier título con posterioridad a él.

En el Derecho Peruano la semejanza de la Sociedad de Gananciales con la Sociedad Questaria es en este punto más clara, toda vez que los Art. 290, 292, 313 y 315 prescriben que la administración y representación de la sociedad corresponde conjuntamente a ambos cónyuges.

Así, paradójicamente, vino con el curso del tiempo y de la evolución del derecho a equipararse una vez más la sociedad conyugal a la universal de ganancias

de los romanos, en punto de la administración de ella, que corresponde hoy a los cónyuges —socios— como en las viejas épocas.

### 3.3. La Incapacidad de uno de los socios de comprometer al otro:

En el contrato de sociedad romano, no existiendo la personalidad jurídica por una parte, y por la otra desconociéndose la representación, era evidente, como se dijo antes, que ninguno de los socios podía comprometer a los otros frente a terceros con sus actuaciones. Igual ocurre actualmente con la sociedad conyugal: obligándose uno de los cónyuges frente a algún tercero no puede éste perseguir la satisfacción de sus derechos en los bienes del otro cónyuge. Correlativamente los créditos adquiridos por cualquiera de ellos, como en la antigua sociedad questaria, no pueden ser exigidos a los deudores por el otro cónyuge que en frente de los deudores de éste último es un ser indiferente que nada tiene que pedir ni reclamar.

Así lo ha entendido el Legislador Peruano al disponer en el Art. 308 del Código Civil que "los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro".

### 3.4 Bienes que conforman la Sociedad Conyugal:

En este punto, es en el que con mas claridad se asemeja la sociedad de bienes a la Questaria. En efecto, bien se puede afirmar que los derechos que forman el acervo de aquella, son exclusivamente los que resulten adquiridos por los cónyuges con posterioridad al matrimonio, es decir las ganancias de tipo pecuniario que se deriven del consorcio (gananciales).

Así, el Código Civil Francés establece en el Artículo 1401 su composición, de la siguiente manera:

- a) los bienes muebles que los esposos poseyeran el día del matrimonio;
- b) los bienes muebles que se adquieren durante la vigencia de éste;
- c) los frutos de los bienes propios de los cónyuges y de los que adquirieran a cualquier título durante el consorcio;
- d) los inmuebles que se adquieren durante el matrimonio.

Por su parte el Código Civil Alemán distingue en el punto de los bienes matrimoniales, entre el patrimonio aportado y el patrimonio reservado. El primero de ellos es administrado por el marido y está formado por los bienes adquiridos por la mujer y por el marido durante la vigencia del matrimonio (artículo 1.363).

A su turno el Código Civil Colombiano, en su Artículo 1781 establece el haber de la sociedad conyugal así:

- a) Salarios y emolumentos devengados por los cónyuges durante el matrimonio. En esto se aparta del Código Civil Alemán, en donde los devengados por la mujer hacen parte del patrimonio reservado.
- b) Los frutos de los bienes, propios o sociales, producidos durante el matrimonio.
- c) El dinero aportado al matrimonio que se adquiriera durante su vigencia.
- d) Los bienes muebles existentes al momento del matrimonio o adquiridos durante él.
- e) Cualquier tipo de bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del consorcio (aún inmuebles)

NUESTRO AGRADECIMIENTO A:

CIA. NACIONAL DE CERVEZA S. A.

FABRICANTE DE



¡LA CERVEZA MAS CERVEZA!

La enumeración mucho más prolija que la de Código Francés, coincide básicamente con ella. Y en punto de la semejanza con la sociedad questaria es muy alto. Solamente encuentra excepción en el hecho de que parece aceptarse hoy por hoy y en forma unánime que los bienes muebles en cabeza de los contrayentes al contraerse nupcias y los que se adquieren posteriormente a título gratuito, forman parte del acervo social a diferencia del tipo romano que se pretende comparar, en donde no se hacía distinción. La diferencia es más tenue si se tiene en cuenta que de cualquier manera los bienes muebles así aportados, causan las llamadas recompensas, es decir, su estimación debe devolverse a los cónyuges en la liquidación definitiva de la sociedad.

En la enumeración del Art. 302 del Código Civil Peruano se relacionan los bienes propios de cada cónyuge y el art. 310 señala que los no comprendidos en aquel, se tendrán por sociales.

Así, se debe entender que forman el acervo del patrimonio social, como regla general, la totalidad de los bienes adquiridos a título oneroso con posterioridad a la celebración del matrimonio, con excepción de aquellos que sean adquiridos por subrogación de un bien propio. El art. 310 es muy claro al indicar que los bienes adquiridos con el trabajo o el ejercicio de cualquier industria o profesión, son sociales.

### 3.5. Bienes que se excluyen de la Sociedad Conyugal.

Siguiendo el mismo orden, analicemos primero la norma del Código de Napoleón, contenido en el Artículo 1.404: "los inmuebles que los esposos posean el día del matrimonio o que se les transmitan a título de sucesión, no ingresan en la comunidad..."

Y más adelante establece el Artículo 1.405 que "las donaciones de inmuebles que se hagan durante el matrimonio a uno sólo de los esposos no ingresan a la comunidad y le pertenecen únicamente al donatario..."

El B.G.B. por su parte en su Artículo 1.369 dispone que "es patrimonio reservado lo que la mujer adquiere por herencia, por legado o como legítima o lo que le es atribuido gratuitamente entre vivos por un tercero..."

Siguen también esta corriente los Códigos Civiles Chileno y Colombiano. Este último establece en su Artículo 1.782 que "las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario, y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente a cualquiera de estos títulos no aumentaría el haber social sino el de cada cónyuge".

El Código Peruano contiene una moderna regulación al respecto. En efecto, conservando los ya mencionados casos de los bienes adquiridos a título gratuito y de los bienes aportados al iniciarse la vigencia de la sociedad, nos presenta hipótesis nuevas tales como la de considerar las indemnizaciones por seguros de vida y los derechos de autor o inventor como bienes sociales.

Del análisis de los ordenamientos transcritos, surge entonces que se excluyen del acervo social o comunal los bienes adquiridos a título de herencia, legado o donación, es decir los que se han adquirido, diría Heineccio "por beneficio de la fortuna". Se ve entonces con una claridad meridiana cómo se cumplen una vez más los principios básicos de la sociedad questaria.

### 4. Conclusión.

De suerte que podemos concluir que el régimen de los bienes en el matrimonio moderno corresponde al de la antigua sociedad questaria y que ésta antigua forma de asociación de características aparentemente tan extrañas ha pervivido en el derecho moderno para desesperación de los detractores del derecho romano y de quienes piensan que se trata de un ordenamiento arcaico y obsoleto, útil cuanto más para causar quebraderos de cabeza a los estudiantes de los primeros años en las facultades de Derecho. Prueba de lo contrario es entre otros muchos ejemplos el de esta extraña clase de sociedad universal la questaria —que como en el caso del "Cecanto", a cuyo descubrimiento hacía referencia al comienzo, se ha negado tercamente a desaparecer— demostrando, una vez más, la clara inteligencia y el admirable criterio jurídico de los ilustres juristas que la delinearon.

- (1) Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Lima (Perú), del 6 al 8 de agosto de 1985.
- (2) Institutas de Justiniano. Libro III. Título XXV. Pág. 267.
- (3) **Digesto**. Versión Castellana por D'oores A., Hernández-Tejero M. Editorial Aranzadi, España, 1.968. Pág. 241.
- (4) **Digesto**. op. cit. 17.2.8.
- (5) Mazeaud, Henri y Leon. **Lecciones de Derecho Civil**. Parte I, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina. 1.959. Pág. 439.
- (\*) El autor desea expresar su agradecimiento a la señorita Beatriz Boza por su colaboración en el análisis del Código Civil Peruano.
- (6) Heineccio, Juan. **Recitaciones del Derecho Civil**. Librería de Pascual Aguilar. Valencia. 1.879. Pág. 261 y 262.
- (7) Mazeaud, Henri y León. Ediciones Jurídicas Europa — América. Buenos Aires. 1.959. Pág. 60.
- (8) Enneccerus. Wolff. Kipp. **Derecho Civil**. Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1.953. Pág. 479.
- (9) Código Civil Colombiano. Artículo 1.805.