

ACTUALIDAD CIVIL Y REGISTRAL



ÍNDICE

INFORMES PRÁCTICOS

Amor de gavilanes. Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales	39
Modernos lineamientos de la filiación biológica y la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.	42
El fraude a la ley, el fraude a los acreedores y la acción pauliana	59

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

Cuadro de modificaciones y derogaciones del mes	65
Cuadro de nuevas normas del mes	65
Resumen legal civil y registral	66

CASOS PRÁCTICOS Y CONSULTAS

Frente a un adulterio, ¿el "cónyuge inocente" puede demandar por responsabilidad civil al tercero(a) que sostuvo una relación con el "cónyuge culpable"?	67
Si un propietario eleva un muro en su propiedad con la sola intención de perjudicar a su vecino, ¿este podrá adoptar alguna medida legal contra aquel?	68
¿Una empresa puede demandar la nulidad del contrato que celebran una persona con una competidora cediéndole derechos sobre su imagen y voz?	69
¿Un sujeto que simuladamente transfiere la propiedad de un bien puede demandar la nulidad del contrato simulado en caso de que el adquirente aparente venda el bien?	70

JURISPRUDENCIA COMENTADA

El rol de la inscripción registral de la sentencia sobre prescripción adquisitiva de dominio	71
--	----

EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA

Petición de herencia	76
----------------------	----

Amor de gavilanes Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales^(*) ^(**)

Mario CASTILLO FREYRE^(****)

Ricardo VÁSQUEZ KUNZE^(****)

MARCO NORMATIVO:

- Código Civil: arts. 295 y 315.

Muchas veces las cosas no son lo que parecen. Tras los abalorios de la modernidad, tras las revolucionarias teorías que pretenden arrasarlo todo, tras las reivindicaciones de la razón en nombre de la eficiencia y el progreso, se esconde, acechante, el mazo de las cavernas. Y aunque a estas alturas no deberían extrañarnos las inconsistencias, vacíos y paradojas de una teoría que pasaba por ser la vanguardia del pensamiento jurídico, el análisis económico del Derecho en el Perú deja la indeleble huella de la noche de los tiempos, esta vez, en el tema de la disposición y gravamen de los bienes sociales del matrimonio. Veamos, pues, de qué se trata.

Uno de los aspectos más importantes de la institución del matrimonio ha sido, es y será siempre, el de los bienes regidos bajo su imperio. En tanto que bienes, esto

RESUMEN DEL INFORME

En este artículo, los autores analizan el tema de la discriminación, así como el de la disposición y gravamen de los bienes de la sociedad conyugal, sometiendo a crítica las opiniones y soluciones que el análisis económico del Derecho otorga a estos problemas; concluyendo, entre otras cosas, que en vez de recordarse constantemente a la mujer casada el precio de su negligencia, lo que el aludido método debió proponer es hacer del sistema registral un instrumento eficaz para el propósito de constituir derechos y obligaciones de indudable factura.

(*) ¿Cómo no te iba a conmoverte descubrir que no estabas sola, que [...] otros, como tú, encontraban intolerable que la mujer fuera considerada un ser inferior, sin derechos, un ciudadano de segunda clase? (Mario Vargas Llosa como alter ego de Flora Tristán).

(**) Agradecemos a los autores, socios del Estudio Castillo Freyre (www.castillofreyre.com), su gentileza en proporcionarnos este trabajo para su difusión.

(***) Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) desde 1990 en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé). Socio Fundador del Estudio Castillo Freyre.

(****) Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Consultor del Estudio Castillo Freyre.

es, en tanto objetos de intercambio económico, se hace necesario que el mercado sepa sin ambages quién o quiénes tienen ante la ley la legitimidad para ejercer los atributos de la propiedad y, por ende, la facultad de disponer a su guisa del patrimonio conyugal. Como quiera que en nuestra legislación asúmesese, salvo expresión manifiesta y formal en contrario⁽¹⁾, la mancomunidad de bienes o sociedad de gananciales como el régimen patrimonial del matrimonio por excelencia, quiere consecuentemente la ley que sean ambos cónyuges quienes participen de pleno derecho en la eventual disposición de los bienes de propiedad del matrimonio. Así, el Código Civil, en su artículo 315, establece que: "Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales".

Un hecho cierto es, obviamente, que una cosa es la ley y sus designios, y otra, muy distinta, la realidad. Y en nuestro país, a diferencia de muchos otros, la realidad es que, como consecuencia de un sistema registral muy ineficiente e incapaz en la práctica de constituir derechos y obligaciones frente a terceros, el estado civil de las personas es, *erga omnes*, un estatus jurídico meramente declarativo. Por tanto, está sujeto a la misteriosa sombra de la duda⁽²⁾.

Así las cosas, el problema que se presenta al debate es quién o quiénes deberían asumir los costos jurídicos y económicos de una declaración inexacta por parte de un cónyuge que afirma no ser tal en una transacción comercial que involucra la disposición o el gravamen de los bienes sociales del matrimonio, con lo que falta a lo prescrito en el artículo 315 del Código Civil. En pocas palabras, quién ha de pagar la factura de un fraude.

Para el "análisis" la cosa es muy clara: debe perjudicarse quien está en mejor capacidad de conocer la situación civil, los antecedentes personales y la trayectoria moral del que oculta al mundo la alianza que juró ante Dios y las obligaciones que contrajo ante la ley del hombre. Y aquel no es otro que el cónyuge, en tanto que "cada cual está en mejor posibilidad de saber con quién se ha casado, y por lo tanto, qué nivel de confianza tener en esa persona"⁽³⁾. Suena lógico el argumento así expuesto en la asepsia de las burbujas teóricas. El problema es que el mundo no es aséptico y nosotros vivimos en la realidad del mundo. El problema es pues que en el Perú, ese cónyuge asexuado por el velo del "análisis" que, además, debe asumir los

riesgos de un fraude matrimonial, tiene el rostro de mujer.

En efecto, para nadie es un secreto, y mucho menos para quienes ejercen la práctica profesional de abogado, que en nuestro país, la abrumadora mayoría de los cónyuges defraudados en el patrimonio de los bienes sociales por aquellos que en su momento les juraron honrarlos y respetarlos hasta que la muerte los separe son las mujeres. Los maridos sinvergüenzas son la regla; las mujeres, la excepción.

El análisis económico del Derecho propone, por ejemplo, que en el caso de los créditos bancarios, no sean ni el banco ni los solteros que quieren obtener un crédito quienes asuman el eventual costo del incumplimiento del préstamo solicitado por una persona que, ocultando su calidad de cónyuge, compromete como garantía un patrimonio que no puede disponer ni gravar. Desde el momento mismo en que el "análisis" exige que este costo sea asumido por el otro "cónyuge" ignorante de los hechos⁽⁴⁾, lo que en realidad está diciendo es que los platos rotos los pague la mujer. De este modo, el "análisis" pretende reparar la injusticia de un fraude contra los acreedores de un crédito por otra injusticia

contra la compañera de lecho⁽⁵⁾.

Y eso se llama aquí y en cualquier parte del mundo discriminación. Así de simple, así de fácil. Porque al discriminar el riesgo y cargárselo a uno de los cónyuges que en más del 90% de los casos son mujeres confiadas en la buena fe del otro, lo que se está proponiendo —de facto— es la discriminación de la mujer y su patrimonio de la protección de la ley.

Nosotros no avalamos, por supuesto, la discriminación de nadie. Ni la del banco que presta contra una garantía espuria. Ni la del comprador de buena fe de un bien vendido por quien no tenía la facultad de hacerlo. Ni mucho menos la discriminación de la mujer en el problema que nos ocupa, esto es, en determinar quién debe pagar la cuenta del incumplimiento del artículo 315 del Código Civil que sanciona la intervención de ambos cónyuges en la disposición y gravamen de los bienes sociales.

El hecho es que la solución del problema no pasa por destruir la regla del artículo 315, tal como lo exige el "análisis"⁽⁶⁾, porque esto permite que en una mancomunidad de bienes cualquiera de los cónyuges pueda disponer de ellos y gravarlos, con la intolerable injusticia hacia la mujer

(1) El artículo 295 del Código Civil establece que: "Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales". Si bien es cierto que el Código permite elegir a los contrayentes el régimen patrimonial del matrimonio, no menos cierto es también que prefiere, a falta de las formalidades expresas exigidas para el de separación de bienes, el régimen de sociedad de gananciales. Más adelante regresaremos en detalle sobre este artículo que será clave para el desarrollo del presente capítulo.

(2) Así lo reconoce, como nosotros, el Análisis Económico del Derecho cuando dice a través de uno de sus representantes que "El Documento Nacional de Identidad (DNI) no garantiza que la declaración de soltero en él contenida sea cierta. Hay millones de DNI en los que se dice que la persona es soltera y en realidad es casada. No existe un sistema de información que permita [...] tener certeza sobre el estado civil de las personas. [...] El resultado absurdo de esta situación, dado que no hay un sistema que publicite de manera efectiva y cierta el estado civil de todas las personas, es que tendríamos que revisar municipalidad por municipalidad de las más de dos mil que hay en nuestro territorio para saber si la persona está casada en alguna de ellas". BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Sobre el Código Civil y los dinosaurios". En: Cantuarias Salaverry, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001. Pág. 48.

(3) *Ibidem*. Pág. 49.

(4) "Los bancos van a incorporar en la tasa de interés el costo que implica el riesgo de personas casadas que, aparentando ser solteras, firmaron solos el contrato de crédito y como consecuencia no pueden ser embargadas. [...] La pregunta es si los bancos, y en especial los solteros que quieren obtener un crédito, deben pagar por ese hecho, o si es mejor que ello sea asumido por el cónyuge". *Ibidem*. Pág. 49.

(5) Otro ejemplo de esta curiosa "lógica" del Análisis Económico del Derecho de resolver injusticias creando otras aún más costosas, es el caso de la ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias y del pacto comisorio, que propugna. Aquí el argumento es que es injusto y caro que, ante el incumplimiento de un deudor que ha garantizado su deuda con una hipoteca, tenga el acreedor que pasar por los engorrosos y largos trámites de un proceso judicial para ejecutar la garantía y cobrarse el saldo (artículo 1097), con todos los inconvenientes que esto implica para el acreedor. Así, el "Análisis" propone la expeditiva justicia de vender el bien hipotecado sin necesidad de proceso judicial alguno o de quedarse simplemente con el bien (pacto comisorio prohibido en los artículos 1130, 1066 y 1111 del Código Civil). El problema es que esta "solución" es la puerta abierta para problemas aun mayores que el que se pretende resolver. En efecto, lo lógico de la ejecución judicial de garantías hipotecarias y de la prohibición del pacto comisorio es proporcionar todas las seguridades posibles del Estado para evitar una venta fraudulenta de la garantía o un despojo de esta. Mediante un remate judicial se impide que el acreedor venda el bien en garantía a un precio menor del que puede figurar en un contrato de compraventa celebrado sin la supervisión del Estado, cobrando más de lo que en realidad le correspondía e incluso aduciendo que la garantía no alcanzó a cubrir la deuda y que el deudor aún tiene la obligación de pagar. También existe un segundo riesgo aún mayor, consistente en que se haya honrado la deuda pero que el acreedor, en vez de levantar la hipoteca, simplemente venda el bien, toda vez que puede hacerlo sin pasar por ningún filtro judicial. Los mismos riesgos lleva consigo el pacto comisorio porque se presta a malos manejos, tales como el despojo de la garantía aduciendo que no se pagó o que se pagó mal, de manera que se obliga al deudor a recurrir a los tribunales que, precisamente, se pretendía alejar del escenario contractual. En resumidas cuentas, todas estas "soluciones" terminarían siendo más onerosas para la sociedad que los injustos procesos judiciales que el Análisis Económico del Derecho busca corregir.

Véase: PIZARRO ARANGUREN, Luis. "El Código Civil peruano y la contratación actual". En: Cantuarias Salaverry, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2001. Págs. 60, 61 y 64. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Sobre el Código Civil y los dinosaurios". Pág. 31. PATRÓN SALINAS, Carlos A. "¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del Derecho Contractual". Págs. 148 y 149.

(6) "Otro ejemplo de las malas reglas lo constituyen las normas que regulan el régimen patrimonial del matrimonio. Según el régimen vigente, se necesita del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los bienes comunes. Esto ha conducido a una interpretación judicial según la cual un bien común no puede ser embargado por una deuda contraída por uno solo de los cónyuges". *Ibidem*. Págs. 47 y 48.

que de esto realmente se sigue. Ello sin mencionar siquiera el despropósito que significa desnaturalizar así el régimen de bienes comunes en el que, precisamente, por ser comunes, debe serlo también el acuerdo sobre cualquier eventual disposición de estos.

No. La solución pasa por hacer de la mancomunidad de bienes una excepción, y de la separación de estos la regla que rija el régimen patrimonial del matrimonio. Exactamente al revés de lo que el Código Civil sanciona. Pasa pues, entonces, por modificar no el artículo 315, como erróneamente propugna el "análisis", sino el 295. Y la razón de ello es muy simple. Jurídicamente, porque de asumirse la separación de bienes como el régimen patrimonial del matrimonio querido por la ley, se reduce a su mínima expresión la aplicación del artículo 315. De tal suerte que se convierte en general que los cónyuges puedan disponer cada cual de sus bienes en la medida en que no son comunes. Así, pues, se minimiza el riesgo de los cónyuges que **le sacan la vuelta** al patrimonio del otro, el fraude a los bancos con garantías ajenas y, por lo tanto, el costo de los créditos que tanto preocupa al análisis económico del Derecho.

Pero es en el terreno económico en el que cobra su total dimensión el cambio de la regla del régimen patrimonial del matrimonio, propuesta por nosotros para disminuir la relevancia social de los casos de incumplimiento del artículo 315. Y esto, porque —en principio— la economía tiene un importantísimo componente psicológico, por no decir que toda ella se reduce a esos términos. En efecto, la razón de ser de un régimen de mancomunidad de bienes no es otra que la de asegurarle a la mujer su puesto en la cocina a cambio de acceder en calidad de "dueña" a los bienes que el hombre pueda comprar con un trabajo remunerado. Así se explica muchas veces, sino todas, que el cónyuge que trabaja a cambio de un salario —esto es, en la abrumadora mayoría de los casos, el hombre— se sienta con derecho a disponer y gravar lo que él siente como "suyo" en tanto fue adquirido con su trabajo reconocido por una planilla o un recibo de honorarios profesionales. Y de ahí se deriva quizá, aunque queremos creer que inconscientemente, la justificación de algunos a que, después de todo, sea la mujer la que asuma los riesgos de un mal matrimonio y no los bancos ni cualquier otro, en el caso de la disposición indebida de los bienes sociales.

Pero quien resulta, a fin de cuentas, el acreedor más defraudado por la engañifa psicológica de la ilusión de un "futuro económico asegurado" por la sociedad de gananciales es la mujer misma. Pues no hay mejor futuro económico que la verdadera garantía de tener el pleno poder

jurídico que da la propiedad de los bienes que son solo de uno. La separación de bienes como regla del régimen patrimonial del matrimonio sería, pues, el mejor incentivo económico entonces para que la mujer que quiera asegurar su vejez de cualquier sorpresa en las que la vida es pródiga se ponga de inmediato a trabajar a cambio de un salario. Abriría-se de este modo en la economía nacional, por la fuerza de la necesidad —que es el más poderoso motor de todo progreso—, un espacio insospechado aún para la mujer en el desarrollo de la Patria. Y, demás está decirlo, para ella misma y su independencia, de manera que contribuya a ganar la justa batalla contra la discriminación de sus derechos que algunos todavía, pese a su discurso de *avant garde*⁽⁶⁾, avalan entre líneas y medias voces. Con esto no queremos desconocer que hoy mismo y en todos los ámbitos de la sociedad peruana la mujer casada ocupa un lugar expectante en el mercado laboral. Pero creemos que sus motivaciones, dada la vigente regla del régimen patrimonial del matrimonio y las ilusiones que este engendra, son más las de la abnegación de contribuir al hogar común que a su propio beneficio. Y es este el que deseamos nosotros. Buscará así su prosperidad personal sin dejar de lado el hogar y el matrimonio, pero con el seguro inventario de todo el activo que le pertenece, llegado el infortunado momento de hacer maletas.

Queda, sin embargo, el problema de las consecuencias del incumplimiento del artículo 315 para quienes, en el marco de nuestra propuesta, quieran expresamente y con las mismas formalidades notariales que prescribe hoy el artículo 295 para el régimen de separación de bienes tomar partido por el de la sociedad de gananciales. Ya hemos dicho que estos serían pocos, tanto como hoy son pocos los que se toman la molestia de realizar el engorroso trámite de elevar a escritura pública la separación de bienes. Así pues, el "costo social" del incumplimiento, también como ya hemos dicho, sería poco. En esa balanza comprenderíamos que atendiendo

a su "filosofía" del costo-beneficio, para el "Análisis" devenga socialmente irrelevante⁽⁶⁾ quién deba pagar la factura por disponer o gravar indebidamente los bienes comunes (si es que acaso insistan aún en su teoría de que deba pagarlo el cónyuge honesto que escogió la (hipotética) excepción del régimen mancomunado). Esa es la diferencia entre ellos y nosotros. Y es que para quienes amamos la justicia esta no debe administrarse en función de los muchos o pocos beneficiados por su imperio, ni discriminar por el número, el tamaño de la bolsa, la raza, la religión o el sexo de sus súbditos. Debe, por el contrario, dar solución a todos los problemas legales que se expongan a consideración de su majestad.

¿Y cuál era el problema que ponía bajo la luz de la inteligencia el artículo 315? No que existiera un cónyuge desalmado, que en todas partes y en todo tiempo habrá. El asunto era que no había forma de corroborar si quien dispone o grava un bien es o no cónyuge y, en este último caso, a qué régimen patrimonial está adscrito. Y todo esto por la ineficiencia del sistema registral, no lo olvidemos. Obvio es entonces para cualquiera con un mínimo de sentido común que la solución va por prevenir el fraude, esto es, porque el Estado cumpla con su deber, pues es al Estado al que le toca prevenir en primer lugar los actos ilícitos, y solo después y supletoriamente a los individuos. Si no, ¿para qué existiría el Estado? Antes pues que convertir a la mujer casada en policía, o de recordarle incansablemente el precio de su "negligencia" por no cuidar sus intereses en el patrimonio conyugal, lo que debió proponer el "análisis" es hacer del sistema registral, en este caso del registro personal, un instrumento eficaz para el propósito de constituir derechos y obligaciones de indubitable factura. ¿Que ello es costoso? Sí, lo es. Pero más costoso para la civilización es ese amor de gavilanes que cortejan a sus víctimas con la complacencia de un Derecho economizado de toda justicia en lo que respecta al costo del crédito. Pero ni aún aquí han dado con la solución económicamente correcta, ni qué decir ya de la jurídica. Ironías de la vida, sin duda.

(6) Nótese, sin embargo, la paradoja que se ha desvelado a lo largo de estas líneas, a saber, la irrelevancia jurídica, económica y social de todos los temas puestos por el Análisis Económico del Derecho como ejemplos de crítica y fundamento de por qué habría que cambiar de Código Civil. Es recién este tema, referente a la disposición y gravamen de los bienes sociales, uno de impacto social.

(**) En efecto, uno de los mitos recurrentes del Análisis Económico del Derecho es el de presentarse ante la comunidad jurídica como el paladín de la novedad. El papel de "niño terrible" del Derecho no es sino otra de las exageraciones con que el "Análisis" trata (y logra) frecuentemente sorprender a los incautos. Lo cierto es que no solo en el tema que nos ocupa en este capítulo, sino en muchos otros, es el Derecho Civil el que marcha a la vanguardia. Ejemplos no faltan. Uno de los más significativos sea quizás el de los plazos máximos para los poderes irrevocables legislados en el artículo 153 del Código Civil. Así, mientras que el "análisis" se rasga las vestiduras condenando al Código por la estrechez del plazo de un año como límite a cualquier poder irrevocable, sosteniendo la "avanzada" tesis de que la irrevocabilidad de los poderes debería —si las partes así lo quieren— poder ser indefinida, nosotros objetamos también el plazo del Código, pero porque creemos que nunca ningún poder debería ser irrevocable, en virtud de que los poderes obedecen a un acto de confianza del poderdante, confianza que puede terminar en cualquier momento. Como se puede apreciar aquí también, lejos de estar a la vanguardia, el Análisis Económico del Derecho deja una huella jurásica en el pensamiento jurídico.

Véase: PIZARRO ARANGUREN, Luis. Ob. cit. Págs. 61 y 62; y CASTILLO FREYRE, Mario. "Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998. Págs. 299 y 300.