

ma Corte Suprema acuerda el artículo 1749 del código últimamente citado; declararon insubsistente todo lo fecho y actuado en este juicio; y los devolvieron.

*Muñoz. — Calderón. — Galindo. — Lama. — Guzmán. — Loayza. — Rebaza.*

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

*Juan F. Lama.*

Procede de Arequipa. — Cuaderno Núm. 422.

— — — — —

No es válida la cláusula testamentaria en que se reconocen bienes paraternales, si no existe más comprobante que esa declaración.

— — — — —

*Recurso de nulidad interpuesto por don Baltasar Arce en la causa que sigue con doña Petrona Pajares sobre nulidad de una cláusula testamentaria.*

Excmo. Señor:

En toda sociedad, cualquiera que sea su naturaleza, es condición y elemento esencial la fijación del capital aportado á ella por cada uno de los miembros que la componen. Este principio absoluto que se deriva de la índole misma de aquel contrato, no podía ni puede dejar de regir respecto de la sociedad conyugal, que aunque no persigue como las sociedades particulares fines puramente materiales, sino fines morales de elevada importancia, no por

eso está menos sujeta á liquidación. En la sociedad conyugal es, pues, tan preciso como en las demás, que antes de su constitución ó durante ella se determine el capital de cada uno de los esposos. En este principio se funda la obligación que la ley (artículo 957 Código Civil) impone al marido de hacer capital de bienes antes del matrimonio á fin de saber cuáles son los que lleva á su nuevo estado; y la obligación que la misma impone á la mujer con igual objeto, aunque distinguiendo la calidad legal ó carácter jurídico de los bienes que forman su patrimonio.

Consistan dichos bienes en arras, en dote ó en parafernales, lo positivo es que la mujer debe hacer constar la existencia de ellos por escritura pública, pues de no verificarlo, resultaría que no podría determinarse con exactitud y en justicia cuáles han de serle restituidos, una vez llegado el caso de la liquidación de la sociedad universal que por efecto del matrimonio resulta entre marido y mujer (artículo 955 Código Civil).

En cuanto á las arras, la ley (artículos 1032 y 1037 Código Civil) exige clara y terminantemente la formalidad de la escritura pública. La exige también (artículo 991 Código Civil) en cuanto á la dote, prescribiendo respecto de ésta no sólo esa especial comprobación, sino también fé de entrega por parte del escribano y recibo del esposo.

¿Por qué no había pues de exigir la ley igual fehaciente comprobante en cuanto á los bienes parafernales, ya sean aportados antes del matrimonio, ya adquiridos durante el mismo?

La ley evidentemente quiere que los bienes parafernales consten por instrumento público; de manera que cuando éste no existe, es forzoso comprobar su existencia para que puedan ser reclamados como tales.

Bienes parafernales dice la ley (artículo 1033 Código Civil) son los que la mujer lleva al matrimonio ó adquiere durante él por donación, herencia ú otro título gratuito. Como la donación debe hacerse por escritura pública y la herencia sólo puede ser comprobada por testamento ó por declaratoria solemne obtenida en juicio de intestado con el respectivo inventario de bienes, se sigue que no puede hablarse de bienes parafernales sin que se tenga entendido que hay una escritura de donación que comprueba la adquisición de ellos ó un testamento que acredita lo mismo ó una declaratoria de herencia abintestato ó en fin cualquier otro título de los que la ley enumera entre los traslativos de dominio.

Viene en confirmación de esta doctrina el texto de los artículos 1036 y 1037 del Código Civil que dicen así: «No habiendo dote constituído sino solamente bienes parafernales, la mitad de ellos pasará á la administración del marido. Esta mitad se entregará al marido con las formalidades del artículo 991 y desde entonces quedará en la condición de dote constituída». «En la escritura que se otorgue, al entregar la mitad indicada en el artículo anterior, se insertará el título que justifique que el dominio de la mujer en los bienes parafernales».

Quiere, pues, la ley: 1º que cuando no existe dote, se dé el carácter de tal á la mitad de los parafernales: 2º que esta entrega se haga por escritura y con las formalidades del artículo 991 del Código Civil, y 3º que en la escritura se inserte el título que acredite el dominio de la mujer sobre dichos bienes. Esta ley es de carácter general, aplicable tanto á los parafernales existentes al tiempo del matrimonio como á los adquiridos después; desprendiéndose de su tenor que en todo caso debe comprobarse la existencia de los parafernales por algún medio que no permita dudar de ellos, pues de otro modo no se exigiría la inserción del título justificativo.

Ahora bien: siendo tan claro y terminante el mandato de la ley ¿puede sostenerse que sea bastante comprobante de los parafernales la simple confesión del marido? ¿Basta que el esposo afirme que tal suma existente en su poder pertenece á la mujer en calidad de parafernales aportados al matrimonio, para que se les tenga como tales, y sea esa suma pagada á la esposa como capital propio, de preferencia á otros interesados ó á los acreedores de la sociedad conyugal?

No: esa confesión no es bastante 1º porque la confesión prueba contra el que la hace, pero no contra derechos de tercero: 2º porque establecida tal doctrina, la confabulación entre marido y mujer bastaría para eludir los derechos más claros y evidentes de los acreedores; y sobre todo 3º porque el artículo 1024 del Código Civil, aplicable á los bienes parafernales quita todo valor á la confesión del marido hasta el punto de exigir, fuera de ella, otras

pruebas acerca de la verdad de la dote. Tal es la doctrina que se desprende de la ley, conforme por otra parte con lo que dictan la razón y la justicia natural.

Ahora bien: ¿es conforme con estas disposiciones legales la sentencia de vista confirmatoria de la de primera instancia? ¿Es suficiente la simple confesión hecha por Arana y Ochoa en la cláusula tercera de su testamento para que se considere los dos mil novecientos pesos de que allí habla, como bienes parafernales realmente aportados por su mujer al matrimonio? Faltando el título justificativo del dominio de la mujer, esa confesión nada vale; y puesto que ni dicho título, ni otro comprobante ha sido exhibido en la estación respectiva, forzoso es reconocer la nulidad de la cláusula en cuestión conforme á los artículos 1036 y 1037 del Código Civil; nulidad que conduce, no á privar á la esposa de todo derecho para reclamar esa cantidad, sino á reputarla como cualquier otro acreedor (artículo 1024 Código Civil) con derecho á cobrar á la testamentaria del marido, pero sin la preferencia ni los privilegios que la ley dá á los bienes parafernales.

Contra estas consideraciones nada valen los dos únicos fundamentos aducidos por la Ilustrísima Corte Superior.

El primero se basa en que no ha comprobado la demandante la simulación de crédito en que apoya su acción, como lo exige el artículo 657 del Código de Enjuiciamientos. Para desvanecer esta alegación bastará decir, que la demanda descansa en la falta de prueba que existe acerca de la real adqui-

sición de los bienes como parafernales por doña Petrona Pajares, y esta circunstancia, esencialmente negativa, no puede ser materia de prueba. La simulación del crédito no es sino corolario de la ausencia de prueba, y no es preciso por lo mismo acreditarla positivamente. Es la demandada, doña Petrona Pajares, quien sostiene la legitimidad de la cláusula testamentaria: es ella quien dice expresa y literalmente: «yo afirmo que esa deuda y responsabilidad declarada y confesada por el testador, *no es*, bajo de ningún aspecto, falsa ó supuesta, ni simulada » (fojas 28 vuelta). Esta negativa supone, pues, la afirmación de que la deuda y responsabilidad son ciertas, y por lo tanto, conforme al artículo 659 del Código de Enjuiciamientos, la Pajares ha tenido la obligación de probar; y eludiendo la prueba se ha hecho acreedora á la sentencia condenatoria.

La segunda y última consideración de la Ilustrísima Corte entraña un error: supone que la ley no prohíbe el acto que contiene la cláusula tercera del testamento y que por lo mismo debe reputarse lícito mientras no se pruebe lo contrario. Ya se ha demostrado que aun tratándose de bienes parafernales, siempre es exigible el título de dominio, y en el caso presente más que en ningún otro, por no haber dote sino meramente parafernales; además de que la ley no protege, ni puede proteger el fraude, ni con su silencio ni con sus disposiciones.

Dedúcese de las consideraciones que preceden que no se ha comprobado la verdad de la cláusula tercera del testamento de Arana y Ochoa para el

efecto de reputar parafernales los dos mil novecientos pesos que dice haber sido aportados por su esposa doña Petrona Pajares; y como la sentencia de vista confirmatoria de la de primera instancia declara todo lo contrario con infracción de los artículos 1036 y 1037 del Código Civil y de los artículos 659 y 809 del Código de Enjuiciamientos, en cuyo caso hay nulidad á tenor del inciso 5º del artículo 1733 del propio código, es de sentir este Ministerio que *hay nulidad* en la sentencia de vista confirmatoria de la apelada, y que reformando aquélla y revocando ésta se halla V. E. en el caso de declararlo así, mandando que los dos mil novecientos pesos sean pagados á la Pajares como cualquiera otra deuda de su esposo, sin los privilegios y preferencia de bienes dotales; reintegrándose el valor del papel de oficio usado en este dictamen; salvo más ilustrado acuerdo.

Lima, 28 de febrero de 1887.

CISNEROS.

-----  
*Lima, 17 de mayo de 1887.*

Vistos: con lo expuesto por el Ministerio Fiscal; y considerando: que según el artículo 627 del Código Civil «son nulas las donaciones entre marido y mujer»: que la declaración de un testador de haber aportado la mujer al matrimonio una cantidad de dinero, sin más comprobante que esta declara-

ción sería un medio de frustrar la mencionada ley: que la sentencia de la Ilustrísima Corte Superior de Cajamarca la infringe por lo tanto, al reconocer la validez de la cláusula tercera del testamento de don José Arana y Ochoa. Por tales fundamentos: declararon haber nulidad en la indicada sentencia de vista corriente á fojas 61, su fecha 22 de diciembre de 1884; reformándola, y revocando la de primera instancia de fojas 45 vuelta, declararon fundada la demanda de don Baltasar Arce, y nula la referida cláusula tercera, dejando á doña Petrona Pajares, ó á sus herederos, su derecho á salvo, para reclamar la cuarta marital como expresamente lo indica el demandante en las preces de fojas 2 de los autos; y los devolvieron.

*Sánchez.*—*Muñoz.* — *Chacaltana.* — *Alvarez.* — *Mariátegui.* — *Loayza* — *Guzmán.*

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

*Juan F. Lama.*

Procede de Cajamarca. — Cuaderno Núm. 260.

---