

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA

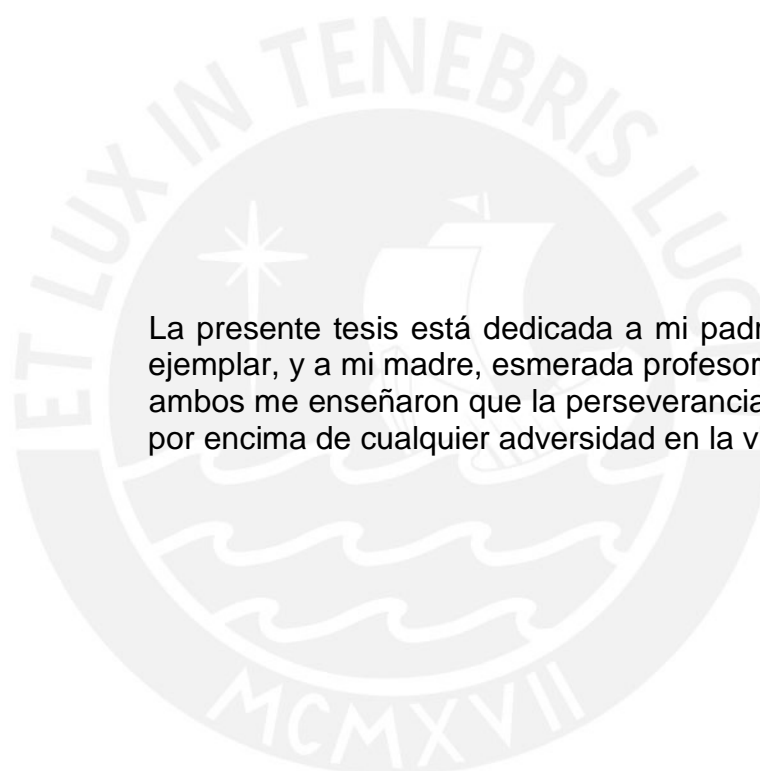
MAESTRIA EN DERECHO
CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL



LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN
LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Tesis presentada por
JOSE ALMEIDA BRICEÑO
para optar el grado de Magíster

Lima, 2002



La presente tesis está dedicada a mi padre, magistrado ejemplar, y a mi madre, esmerada profesora; ambos me enseñaron que la perseverancia se encuentra por encima de cualquier adversidad en la vida.

AGRADECIMIENTOS

En la elaboración de la presente tesis –a tiempo parcial- hemos tenido que superar más de un obstáculo, principalmente la actividad laboral que en nuestro medio plantea al investigador grandes dosis de ingenio para poder compartirlo con el estudio.

Por ello, deseamos agradecer la gran ayuda que se nos ha dispensado para completar este trabajo: Rómulo Morales, tuvo a cargo la asesoría de la presente investigación y a él le debemos sus importantes consejos brindados en su desarrollo. Armando Guevara, propuso valiosas sugerencias para el diseño metodológico utilizado en el presente trabajo. Antonio Rivera, Luigino Pilotto y Antonio Almeida revisaron gentilmente el borrador final y acotaron atinadas recomendaciones. Carlos Suyo diagramó la versión final del software en el que se encuentra contenida la Tesis y las múltiples casaciones citadas a lo largo de ella. Todos ellos aportaron algo más: su entusiasmo y gozo por el trabajo intelectual.

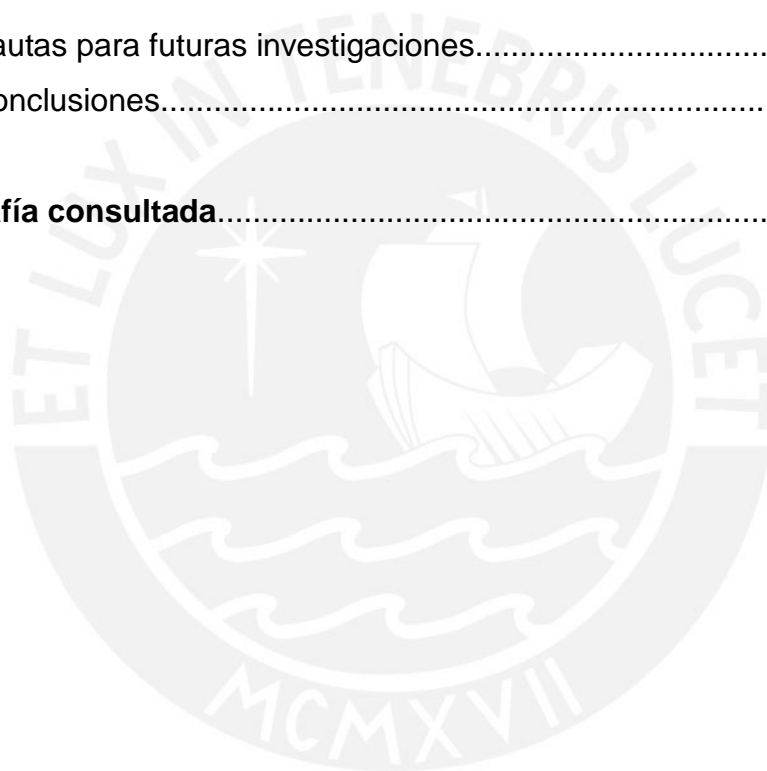
Lima, 31 de marzo del 2002.

LA PROTECCION DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

	<u>Págs.</u>
PRELIMINARES	1
1. El conflicto de dos intereses.....	2
2. ¿Por qué emprender esta investigación?.....	8
3. Marco Teórico y Metodológico.....	13
4. Estructura del presente trabajo.....	19
CAPITULO I. LA DISPOSICIÓN ARBITRARIA DEL PATRIMONIO SOCIAL	26
5. La regla de la actuación conjunta.....	27
a) Los argumentos a favor del cónyuge no interviniente	37
6. La absorción del principio de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio.....	37
7. La nulidad como solución jurisprudencial.....	46
8. Soluciones minoritarias.....	57
9. Inconvenientes de estas soluciones.....	65
10. ¿Cuál es la sanción adecuada?.....	76
b) Los argumentos a favor del tercero de buena fe.	86
11. La adquisición a <i>non domino</i>	86
12. La fe pública registral.....	96
13. Aceptación tácita del cónyuge no interviniente.....	105
14. Los casos considerados en leyes especiales.....	113

15.	La prescripción adquisitiva y extintiva.....	120
	c) Los mecanismos compensatorios	129
16.	La Teoría del reembolso.....	129
17.	A favor del tercero contratante.....	139
CAPITULO II. LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO SOCIAL POR DEUDAS PRIVATIVAS		149
18.	El vínculo obligacional en la sociedad de gananciales.....	150
	a) Argumentos a favor del cónyuge no interviniente	160
19.	Los caminos errados del tercero.....	160
20.	Reconstruyendo la responsabilidad por deudas privativas.....	170
21.	Inejecutabilidad del patrimonio social antes de su liquidación.....	181
22.	Calificación registral de las medidas cautelares sobre bienes sociales.....	191
	b) Argumentos a favor del tercero de buena fe	202
23.	Insolvencia del cónyuge deudor.....	202
24.	Las acciones subrogatoria y pauliana.....	212
25.	Obligaciones derivadas de instrumentos financieros.....	224
26.	Tratamiento del cónyuge comerciante y del profesional.....	234

c) Los mecanismos compensatorios	243
27. Una nueva aplicación de la Teoría del reembolso.....	243
28. ¿Qué otros mecanismos puede utilizar el tercero acreedor?.....	250
HACIA EL EQUILIBRIO DE LA BALANZA	260
29. Pautas para futuras investigaciones.....	261
30. Conclusiones.....	268
Bibliografía consultada.....	286



ABREVIATURAS Y CITAS

- I. Las abreviaturas que utilizaremos en la presente tesis son las siguientes:

Art.	Artículo.
CC	Código Civil.
CCJC	El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria.
CJCDC	Compendio de Jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia.
CPC	Código Procesal Civil.
LRC	Ley de Reestructuración Patrimonial.
Ob. cit.	Obra citada.
ORLC	Oficina Registral de Lima y Callao – Jurisprudencia Registral.
Pág.	Página.
RES.	Resolución.
SCEP	Separata de Casación del Diario Oficial “El Peruano”.
SJEP	Separata de Jurisprudencia del Diario Oficial “El Peruano”.
T.	Tomo.
TUO	Texto Unico Ordenado.

- II. En las citas de casaciones y resoluciones administrativas seguiremos las siguientes reglas:

1. Se hará referencia a las fechas de emisión y publicación, así como la página en la que aparecen registradas las casaciones y resoluciones administrativas. Algunos ejemplos:

CAS. N° 2273 – 97 LAMBAYEQUE del 04 de noviembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 09 de diciembre de 1998, págs. 2189-2190.

RES. N° 039-96-ORLC/TR del 02 de febrero de 1996, publicada en la **ORLC**, Año I, Volumen II, págs. 125-127.

RES. 0395-1999/TDC-Indecopi del 17 de noviembre de 1999, emitido por la Sala de Defensa de la Competencia (Expediente 576-99/CRP-ODI-CAMARA), en **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 1298-1303.

2. Las resoluciones aparecen tal como fueron publicadas, salvo aquello escrito entre corchetes [...], que constituyen agregados del autor para una mayor comprensión del contenido de la cita, y la eliminación de los reiterados “que”, con los cuales frecuentemente se inician sus párrafos.





PRELIMINARES

PRELIMINARES

1. El conflicto de dos intereses

La pregunta central de la presente investigación es la siguiente: ¿el régimen patrimonial de sociedad de gananciales regulado por nuestro ordenamiento jurídico civil tutela adecuadamente los intereses del cónyuge no interviniente y del tercero de buena fe en aquellos supuestos en los que se afecta el patrimonio social por actos de disposición arbitraria o por deudas privativas contraídas por uno de los cónyuges - sin asentimiento del otro - a favor de dicho tercero?.

Nos referimos a situaciones que surgen en el curso del matrimonio regido bajo el régimen patrimonial de sociedad de gananciales; específicamente, cuando la actuación de uno de los cónyuges, en contravención al principio de cogestión (o de actuación conjunta por marido y mujer) del patrimonio social, genera un conflicto entre dos intereses que se reclaman igualmente legítimos ante el Derecho: *el del cónyuge no interviniente*, que trata de negar fuerza jurídica vinculante a los actos de su consorte y por ello se pregunta ¿cómo puede destruir los efectos del acto de disposición o impedir la afectación de la integridad del patrimonio social por una deuda que no contrajo? y *el del tercero de buena fe*, que ignoraba que la persona con la cual contrató era casada y trata de defenderse de las pretensiones del cónyuge no interviniente, preguntándose ¿en qué supuestos puede hacer suyo el bien social a pesar de no haber participado ambos cónyuges en la disposición o hacer efectiva su acreencia sobre la integridad del patrimonio social por deudas privativas, ante la ausencia de bienes propios del cónyuge deudor?.

Limitando aún más el problema planteado, no pertenecen a su esfera la repercusión que el régimen patrimonial de sociedad de gananciales posee, por aplicación supletoria, al régimen económico que generen aquellas personas que se encuentran dentro del concubinato en estricto sentido (Artículo 326° CC) o del matrimonio putativo (Artículo 284° CC) ¹. Tampoco se examinará la actuación unilateral del cónyuge (o ex cónyuge) a favor del tercero cuando se refiera a bienes propios de su consorte ², se realice con posterioridad al fenecimiento de la sociedad de gananciales pero antes de su liquidación (comunidad post ganancial) ³, o cuando el primer domicilio conyugal se ubique en territorio extranjero (Art. 2078° CC) ⁴.

Los objetivos que el presente trabajo persigue son fundamentalmente dos. El primero, desentrañar los verdaderos alcances que en nuestro

¹ Para estos dos primeros casos, no obstante, las soluciones a las que se arriben en la presente investigación podrán ser aplicables por vía supletoria, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia nacional. Para el concubinato, en adición a las exigencias señaladas por el Art. 326° CC, es necesario que se declare judicialmente la condición de convivencia. Así lo expresa una sólida tendencia jurisprudencial: [CAS. N° 688-95](#) LAMBAYEQUE del 12 de setiembre de 1996, publicada en la **SJEP** del 09 de diciembre de 1996, pág. 2471; [CAS. N° 1824-96](#) HUAURA del 04 de junio de 1998, publicada en la **SCEP** del 04 de agosto de 1998, pág. 1510; [CAS. N° 1620-98](#) TACNA del 10 de marzo de 1999, publicada en la **SCEP** del 23 de abril de 1999, pág. 2925; [CAS. N° 2623-98](#) JAEN del 13 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 12 de octubre de 1999, págs. 3704-3705; [CAS. N° 2279-98](#) AREQUIPA del 12 de julio de 1999, publicada en la **SCEP** del 08 de agosto del 2000, págs. 5778-5779; y [CAS. N° 638-99](#) JAEN del 27 de junio del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8205-8206. Sobre el matrimonio putativo, véase: [CAS. N° 3760-00](#) LIMA del 18 de abril del 2001, publicada en la **SCEP** del 31 de agosto del 2001, pág. 7613.

² La [CAS. N° 3375-97](#) PUNO del 19 de julio de 1999, publicada en la **SCEP** del 14 de abril del 2000, págs. 5089-5090, ha señalado que los actos de disposición de bienes propios por el cónyuge al que no le pertenecen adolecen de nulidad, por falta de manifestación de voluntad (Art. 219° inciso 1 CC).

³ La [CAS. N° 2818-00](#) LAMBAYEQUE del 19 de enero del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de julio del 2001, pág. 7338, señala respecto de los actos de disposición arbitraria del patrimonio social durante la vigencia de la comunidad post ganancial, que la sanción aplicable es la nulidad por imposibilidad física o jurídica de su objeto (Art. 219° inciso 3 CC). También véase el interesante libro de RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: **La Comunidad Postganancial**, Barcelona, Ed. Bosch, 1997, 203 págs. Asimismo, véase [CAS. N° 1722-01](#) CUZCO del 05 de octubre del 2001, publicado en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8289-8290.

⁴ En este último caso el régimen patrimonial del matrimonio aplicable es aquel al cual se acogieron los cónyuges, de acuerdo a la legislación vigente en el primer domicilio conyugal.

régimen patrimonial de sociedad de gananciales posee la disposición arbitraria y la responsabilidad por deudas privativas de los bienes sociales a favor de uno u otro de los sujetos cuyos intereses están en juego. El segundo, sobre la base del anterior, precisar los mecanismos compensatorios que permitan equilibrar la balanza del Derecho cuando ésta se inclina a favor de uno de ellos en desmedro del otro.

Desde luego, la principal dificultad que presenta cualquier cuestionamiento al régimen patrimonial de sociedad de gananciales estriba en su propia justificación. Existen elementos de juicio a tener en cuenta para no naufragar en el intento. En efecto, no debe perderse de vista que éste es el régimen económico de los casados que los Códigos Civiles de 1852 y de 1936 conservaron en sus líneas fundamentales, siguiendo una tradición que nos fue transmitida en la Colonia y que tuvo como fuente el Derecho castellano vigente en dicha época ⁵. De tal manera que la gran mayoría de parejas, actualmente, eligen a la sociedad de gananciales y un menor número a la separación de patrimonios, como su régimen patrimonial de matrimonio. Ven en ella reflejada al régimen que representa la unión y solidaridad creada por el matrimonio. Por lo que, en razón de su arraigo cultural –y para muchos comodidad-, bien valdría la pena dejarla tal cual está, aún a pesar de algunos reparos que se pudiesen hacer en su construcción (y que en mayor o menor medida toda institución jurídica los tiene).

⁵ Ante las diversas teorías que tratan de explicar el origen del régimen castellano, nos inclinamos por aquella que considera que éste entrelaza la costumbre germánica del marido de entregar a la mujer como dote la mitad de sus bienes no sólo presentes sino futuros con aportaciones del Derecho Romano recepcionados por las Partidas, tales como la dote, las arras y las donaciones por razón de matrimonio. Al respecto, ENNECCERUS, Ludwig y otros: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV: Derecho de Familia, Vol. I: El Matrimonio (trad. por Blas Peres Gonzales y José Alguer), Barcelona, Salvat, 1953, págs. 319-322; PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil Español*, Vol. I, Barcelona, Nauta, 1966, págs. 269-270 y 288-289; ECHECOPAR GARCIA, Luis: *Régimen legal de los bienes del matrimonio*, Lima, s/ ed., 1952, págs. 19-24 y VALVERDE, Emilio F.: *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*, Tomo I, Lima, Imp. del Ministerio de Guerra, 1942, págs. 27-45.

Va de la mano con lo anterior, que la última modificación del Derecho de Familia gestada por el CC de 1984, además de otras novedades que en su momento hará notar el legislador, adecuó el antiguo “régimen” de la sociedad de gananciales (Artículos 176° al 239° del CC de 1936) al principio constitucional de igualdad entre varón y mujer (Artículo 2° inciso 2 de la Constitución de 1979), eliminando cualquier resquicio de subordinación patrimonial de la mujer al marido. Antes, en la gestión extraordinaria del patrimonio social, el marido era el único que poseía la dirección y representación de la sociedad conyugal. Así, podía disponer y obligar a la sociedad conyugal sin el asentimiento de su consorte ⁶. Esto en la práctica producía una subordinación patrimonial de la mujer al marido. Ahora, este gobierno y representación corresponde a ambos cónyuges (Arts. 290° y 292° CC) y exige la actuación conjunta (principio de cogestión) de ambos cónyuges en los actos que recaigan sobre bienes sociales o que se pretendan hacer efectivos sobre los mismos (Arts. 315° y 317° CC); principio rector –la intervención de los dos- que resulta precisamente consecuencia de la aplicación del principio constitucional de igualdad entre varón y mujer en el ámbito de la sociedad de gananciales.

Esta labor ha sido elogiada por todos y nadie se plantea un regreso al estado anterior de las cosas, para restablecer la gestión unilateral a favor del marido (o de la mujer), por lo que aparentemente no habría razón para otra modificación. No obstante, debemos advertir de plano que -aunque parezca un contrasentido- la problemática planteada es un producto, o más preciso un resultado no deseado, de la solución elegida por el legislador nacional en su intento de adecuar dicho régimen al principio constitucional.

Otra situación que haría a más de uno retroceder y declinar en este cometido, es la suma de “voces autorizadas” que preconizan las bondades

⁶ Es preciso señalar que, en cuanto se refiere a los actos de disposición (y gravamen) arbitrario del patrimonio social, el Decreto Ley N° 17838 del 30 de setiembre de 1969, modificó el Art. 188° CC de 1936, requiriendo la intervención de la mujer para dichos actos.

del actual sistema. Así, CORNEJO, ponente del Anteproyecto que luego con pocas modificaciones (más de forma que de fondo) fue recogido casi íntegramente en el Libro III (Derecho de Familia) del CC, defendió la actual regulación del régimen de sociedad de gananciales con los siguientes términos:

“Ponderando todas estas circunstancias, el ponente considera que el principio de igualdad del varón y la mujer, la especial situación en que pueden hallarse los cónyuges que aportan patrimonios considerables o desproporcionados, la conveniencia de no complicar innecesariamente el tratamiento legal de la materia y la de no producir, con un cambio que pocos reclaman, problemas mayores que los que se intenta resolver, pueden ser debidamente resguardados si es que, por una parte, *se modifican todas las normas del régimen de comunidad de gananciales que actualmente supeditan la mujer al marido*; y, por otra, *se permite a los cónyuges optar libremente y sin necesidad de juicio, antes o después del matrimonio, por un régimen de separación de bienes*. Este sistema, en uso ya en otras legislaciones, funcionaría sobre la base de que, de no elegirse y registrarse el régimen de separación, se presumiría la vigencia del de gananciales.

(...)

Fue en virtud de las consideraciones que anteceden, que el ponente del anteproyecto de Libro de Familia lo puso a consideración de la Comisión Reformadora, la cual lo aprobó en su integridad; y con unas pocas modificaciones menores, introducidas por la Comisión Revisora, ha pasado a ser el texto del nuevo Código Civil en esta importante materia.

Abstracción hecha por ahora de una serie de innovaciones, que serán objeto de desarrollo más adelante, las más importantes son, en primer lugar, como se ha dicho, la implantación de un sistema que permite a los contrayentes y a los cónyuges elegir libremente entre el régimen de comunidad de gananciales –que la Comisión Revisora ha preferido seguir denominando, con ambigüedad innecesaria a nuestro juicio, “sociedad de gananciales”– y el régimen de separación de patrimonios, así como pasar de uno a otro, una o más veces durante el matrimonio; en segundo lugar, la eliminación, dentro del régimen de

comunidad de gananciales, de todo rezago de supeditación de la mujer al varón; y finalmente, la supresión de las figuras de los bienes reservados, -por entrañar un privilegio de la mujer-, de la dote –por haber caído además en desuso- y la remisión de las donaciones propter nuptias al Libro VII, Título de Donación, donde son suficientes dos artículos específicos (1646 y 1647)”⁷.

ARIAS-SCHREIBERT, ponente de la Reforma del Libro de Derecho de Familia en la Comisión encargada, por la Ley N° 26394 del 22 de noviembre de 1994, de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del actual CC, ha afirmado las bondades del actual sistema:

*“Una de las grandes innovaciones del Libro III es la que se relaciona con el régimen patrimonial antes y durante el matrimonio. En efecto, se ha empleado un sistema amplio y flexible que confiere a los futuros cónyuges y a éstos la facultad de optar entre la sociedad de gananciales y la reparación del patrimonio”*⁸

*“A nuestro entender, el régimen que sanciona el Código viene funcionando sin inconvenientes (opción entre la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios). Empero, existe una ponencia del jurista doctor Manuel de la Puente y Lavalle, que propicia la incorporación de la denominada “capitulación matrimonial”. En principio y sin perjuicio de analizarlo con mayor profundidad, pensamos que no sería conveniente incorporar ese sistema, pues podría generar problemas derivados de la mayor influencia de uno de los contrayentes sobre el otro”*⁹.

⁷ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: **Derecho Familiar Peruano**, Tomo I: Sociedad Conyugal, Lima, Ed. Studium, 1991, págs. 284-285 y en COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL (comp. Delia Revoredo de Debakey): **Código Civil, Tomo IV: Exposición de Motivos y Comentarios**, Lima, Ed. Grafotécnica, 1988, 2da. ed., págs. 454-455.

⁸ ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max: **Exégesis CC Peruano de 1984**, Tomo VII, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1997, pág. 15 y en INDEJ: **Reforma del Código Civil Peruano**, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1998, págs. 142-143. Aunque presentó reservas a la disposición arbitraria de bienes muebles como veremos más adelante.

⁹ CONGRESO DE LA REPUBLICA: **Comision de reforma de Códigos: Legislatura 1998-1999, Tomo II: Difusión Legislativa**, Lima, ed. Congreso de la República, 1999, 2da. ed.,

Estas opiniones han sido acogidas complacientemente por la mayoría de doctrinarios que en nuestro país estudian la sociedad de gananciales entre otros temas del Derecho de Familia –y que más adelante citaremos-, dando la impresión en conjunto que dicho régimen patrimonial se encuentra formado por un estatuto de reglas apodícticas establecidas por el legislador; las cuales nadie puede verse tentado a reformar.

2. ¿Por qué emprender esta investigación?

Entonces, ¿por qué revisar un régimen patrimonial del matrimonio que se sustenta en ideas aparentemente incuestionables y que han sido acogidas sin titubeos por nuestra cultura jurídica debido a la fuerza de la tradición y a la claridad y comodidad de su exposición?. ¿Por qué refutar una institución jurídica que funciona satisfactoriamente ante los ojos de doctrinarios connotados y que cumple plenamente el principio constitucional de igualdad ante la ley?.

Los motivos que justifican, a mi juicio, la necesidad de una revisión del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, respecto al problema planteado, son los que expondré a continuación:

2.a) La actual regulación de la sociedad de gananciales –y en general, del régimen patrimonial del matrimonio- adolece de poca originalidad y múltiples vacíos frente a los problemas que día a día se le presentan. Todo ello se evidenciará en las respuestas que esta regulación ofrece a los casos que plantearemos en la presente investigación.

pág. 515. También Lourdes FLORES NANO señala que el régimen patrimonial –en la propuesta de modificaciones al Libro de Derecho de Familia que planteó- no sufre modificaciones sustantivas en relación al código vigente; al respecto, véase: COMISION DE REFORMA DE CODIGOS: *El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)*; T. I, Lima, Ed. Jurídicas, 2000, pág. 300.

Por el momento conviene señalar que estas falencias se originan en el excesivo apego del legislador a las normas de los Códigos pasados y que en sus líneas fundamentales conservaron el régimen patrimonial de sociedad de gananciales tal cual nos fue transmitido en la Colonia; aún cuando hubo figuras que nunca fueron asimiladas, como es el caso de las capitulaciones matrimoniales. De tal manera que en nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad de gananciales siempre ha consistido en un régimen de comunidad legal limitado a las adquisiciones a título oneroso realizadas por los cónyuges durante el matrimonio y a las rentas o productos de los bienes propios de cada cónyuge y de los bienes sociales (patrimonio común), conservando en cambio cada uno de los cónyuges la propiedad de los bienes que tuviesen antes del matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito (patrimonios privativos). Fenecida la sociedad de gananciales se procede al pago de las deudas, la devolución de los bienes propios y la división a prorrata de los bienes remanentes, denominados *gananciales*.

No negamos las virtudes del legislador, al eliminar aquellas normas que contenían figuras en franco desuso -como las arras, los bienes parafernales, la dote y las reservas- y su constante preocupación por adecuar el régimen patrimonial del matrimonio al principio constitucional de igualdad entre los cónyuges; sin embargo, debemos anotar que precisamente este último, que pudo haber sido el verdadero mérito de la “reforma”, ha terminado siendo fuente de los problemas que planteamos en la presente investigación y que pasaron desapercibidos en la elaboración del Código.

La impresión que nos deja esta visión retrospectiva es que el legislador se ocupó de descartar normas que no valían –y eso está bien-, pero se olvidó de actualizar las que quedaban a la actual organización de la economía conyugal. Prueba de ello es la progresiva reducción que ha sufrido su regulación: el CC de 1852 contenía 140 artículos (Arts. 173° al 190° y 955° al 1076°) mientras que el CC de 1936 poseía 89 (Arts. 158° al 246°). El

actual Código sólo cuenta con 45 artículos (Arts. 287° al 331°) para regular el régimen patrimonial del matrimonio.

2.b) En la doctrina nacional ha empezado a abrirse paso una tendencia, cada vez más creciente, de crítica a la actual regulación de la sociedad de gananciales, aunque por cierto a través de orientaciones y metodologías distintas a las nuestras, en forma fragmentaria y sin ninguna pretensión de abarcar los diferentes aspectos del problema planteado.

Estas escasas pero relevantes aportaciones doctrinales que citamos en el presente trabajo han empezado a erosionar la aparente solidez de una institución, cuyo tratamiento por otra parte, se expone de manera tan ordenada, simple y pacífica en la mayoría de Manuales de Derecho de Familia de nuestro medio ¹⁰, cuestionando diversos aspectos de este régimen patrimonial del matrimonio, como son su naturaleza jurídica, la calidad de los bienes adquiridos durante su vigencia, sus repercusiones sobre el crédito bancario, la sanción aplicable a los actos de disposición del patrimonio social realizado por uno de los cónyuges, la protección del tercero registral, la insolvencia conyugal, el arrendamiento de los bienes sociales y la afectación mediante embargo de estos bienes.

En la práctica, estos Manuales no sólo acusan serias limitaciones y ausencia de mayores posibilidades de solución frente a los problemas que cotidianamente le plantea la práctica, sino que además sus autores han

¹⁰ Nos referimos a las siguientes obras que únicamente son repetición de lo ya dicho por el legislador y que no serán más citadas en el presente trabajo: PERALTA ANDIA, Javier Rolando: **Derecho de Familia en el Código Civil**, Lima, Idemsa, 1995, 2da. ed., págs. 203-232; CORNEJO FAVA, María Teresa: **Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derecho**, Lima, Ed. Tercer Milenio, 2000, págs. 749-814; MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy: **Derecho de Familia**, Lima, Ed. San Marcos, 2001, págs. 381-450; DIAZ VALDIVIA, Héctor: **Derecho de Familia**, Arequipa, Edijsur, 1993, págs. 87-115; y HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: **Derecho de Familia**, Lima, Ed. San Marcos, 1992, 421 págs. Otros han tratado de resucitar obras de indudable valor histórico pero que en la actualidad han perdido su coherencia original: se trata de la actualización del libro de ECHECOPAR GARCIA, Luis: **Régimen legal de bienes en el matrimonio**, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1999, 158 págs.

caído en un círculo vicioso, repitiendo lo que dijo el legislador, como si su intención hubiese sido agotar las discusiones del tema para siempre y haciéndole un flaco favor, ya que a diferencia de él, no requieren sustentar la “reforma” del régimen patrimonial del matrimonio en el momento de la elaboración del Código, sino más bien analizar si esta regulación es coherente, aquí y ahora.

Por todas estas razones, la problemática surgida del actual régimen de sociedad de gananciales a esta doctrina -aunque mayoritaria- se les ha ido de las manos.

2.c) Aún no se ha investigado a plenitud los criterios jurisprudenciales que nuestra magistratura nacional ha ido formando frente a la frondosa casuística que respecto al tema, en la realidad de las cosas, se le pone a su disposición; tanto a nivel de Plenos Jurisdiccionales como en las diversas instancias, especialmente en casación, donde la irrupción de casos en la máxima instancia ha puesto a prueba los fines esenciales de dicho recurso, es decir, la correcta aplicación e interpretación del Derecho Objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (Artículo 384° del CPC).

El natural temor a verse desorientado por el desorden en que han sido publicadas estas casaciones, la insuficiencia de sus compilaciones y la poca importancia que algunos le atribuyen, ha llevado a los doctrinarios a no considerarlos en sus investigaciones académicas, mucho más si tenemos en cuenta que éstas no representan en estricto jurisprudencia vinculante y que en muchas oportunidades es incierto encontrar entre ellas pronunciamientos relacionados con una investigación académica.

En nuestro caso, de una revisión preliminar de las casaciones publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, se puede afirmar que existe un sinnúmero de argumentos que pueden enriquecer –y de hecho así será- la

forma como hasta ahora se ha ido analizando el régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Los criterios jurisprudenciales que citaremos en el presente trabajo abren nuevos canales de discusión, muchas veces nunca antes transitados, que se acercan a los pedidos de los interesados y huyen de la aridez a la que muchas veces conduce la jungla de conceptos a los que no tiene acostumbrados la doctrina nacional. De otro lado, se han preguntado ¿cuántos trabajos en la legislación comparada se realizan sin tener en cuenta la jurisprudencia emitida en el país de origen?. Los jueces no son meros operadores del Derecho, sino sus intérpretes al caso concreto; no tener en cuenta sus opiniones es un gran error.

Asimismo, no debe perderse de vista que se tratan de casos que han merecido mayor discusión en nuestros Tribunales de Justicia y por lo tanto, más relevantes en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio respecta. Otros temas, como la suspensión judicial del derecho de cohabitación (Artículo 289° CC), el abuso de representación de los cónyuges (Artículo 292, tercer párrafo, CC), la autorización judicial para ejercer cualquier profesión (Artículo 293° CC), el cambio de régimen patrimonial por mandato judicial (Art. 329° CC) e incluso la liquidación de los bienes derivado del divorcio y la nulidad del matrimonio, han merecido menor atención.

En consecuencia, existe la necesidad de agotar el análisis de los pronunciamientos emitidos en casación, con la finalidad de determinar si éstos resuelven el problema planteado, en cumplimiento de sus fines, a un poco más de ocho años de vigencia del CPC.

2.d) A pesar de las dificultades advertidas, existe poco interés por reformar la actual regulación de sociedad de gananciales, a excepción de determinadas normas que han tenido por objeto atenuar la rigurosidad de la coparticipación de los cónyuges en determinadas áreas, como en el establecimiento y operación de cuentas bancarias (Artículo 227° de la Ley N° 26702 del 09 de diciembre de 1996, Ley General del Sistema de Seguros

y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) o en el cobro de la compensación por tiempo de servicios (Artículo 39° del Decreto Supremo N° 001-97-TR del 01 de marzo de 1997, TUO de la Ley de Compensación por tiempo de servicios) o incluyendo a la insolvencia como causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales (quinta disposición final del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI del 01 de noviembre de 1999 - TUO de la Ley de Reestructuración Patrimonial).

Es de destacar, no obstante, que han existido dos principales intentos de modificación legislativa. La primera, ubicada dentro de los Proyectos presentados a la Comisión de Reforma CC de 1984 (publicadas en la Separata del Diario Oficial “El Peruano” del 07 de enero de 1995) y la segunda, elaborada por la Comisión de Reforma CC constituida mediante Ley 26394 del 22 de octubre de 1996. Estas propuestas a la fecha han sido desestimadas; pero serán reseñadas en cuanto sean relevantes para el desarrollo del presente trabajo.

3. Marco Teórico y Metodológico.

En suma, el conjunto de datos que acabamos de exponer revelan – como hipótesis de trabajo- una respuesta negativa al problema planteado.

En el camino de verificar la validez de esta hipótesis, recorreremos necesariamente diversas instituciones del Derecho Civil, a las cuales acuden las partes involucradas –el cónyuge no interviniente y el tercero de buena fe- para sustentar sus argumentos de defensa. Puede hablarse, en definitiva, de la existencia de una antinomia entre dos cuerpos teóricos contruidos a favor de uno y otro interés y que por ser utilizados para la defensa de pretensiones aparentemente contradictorias, permanecen irreconciliables frente a la problemática ofrecida en la presente investigación.

Por un lado, el cónyuge no interviniente simboliza a la familia y su escudo es la protección del interés familiar. El Art. 4° de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio; y reconocen a éstos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. ¿Cómo la pueden proteger permitiendo que cualquiera de los cónyuges dilapide o produzca la afectación del patrimonio social, siendo éste el principal capital con que cuenta mayormente la familia matrimonial?. Por ello y en protección de su interés el cónyuge no interviniente busca incesantemente entre las soluciones que ofrece el sistema de ineficacias negociales y contractuales (la nulidad, la rescisión, la resolución, la anulabilidad y la inoponibilidad), con el objeto de determinar cuál de ellas será su arma más eficaz para lograr impedir que el acto de disposición arbitrario del patrimonio social realizado por su consorte produzca efectos. Igualmente, el Derecho de Familia contiene un cuerpo teórico que se encarga de explicar, entre otros temas, la condición de los bienes adquiridos antes y durante la vigencia de la sociedad de gananciales, la necesaria participación de ambos cónyuges en la disposición de bienes del patrimonio social, la forma como el patrimonio social y los patrimonios privativos de cada cónyuge responden por las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales y su fenecimiento y liquidación.

De otro lado, el tercero de buena fe representa al mercado y utiliza como emblema la seguridad del tráfico comercial. El Art. 59° de la Constitución señala que el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de empresa, comercio e industria. ¿De qué manera puede cumplir este rol si admite la privación a los terceros de los bienes que adquiere de uno de los cónyuges o les pone trabas para el cobro de sus créditos?. Existen teorías que fundamentalmente tienden a proteger al tercero adquirente de buena fe y que se sustentan en los signos de reconocibilidad de la propiedad de un bien, sea mueble o inmueble, como son los Derechos Reales o los Registros Públicos y que explican figuras como la del adquirente a *non domino* o del tercero registral. Sin la existencia

de estas figuras no existiese un mínimo de seguridad y certidumbre en las transacciones comerciales. Además, la Teoría General de las Obligaciones, nos explica los diversos tipos de deudas que pueden contraer los cónyuges (derivada de un contrato o de responsabilidad civil extracontractual) y los medios de protección del crédito (ejecución forzada, acción subrogatoria, acción pauliana y acción de simulación) y el pago de una indemnización adicional, a favor del tercero acreedor.

El método utilizado en la presente Tesis es propio del investigador y garantiza el pluralismo metodológico. Busca que el lector, a partir de la presentación de casos sometidos a su análisis, se vea persuadido a encontrar una solución al problema planteado; para lo cual, se provee de un marco conceptual adecuado y la revisión de los criterios elaborados en casación por la Corte Suprema de Justicia, así como de las resoluciones emitidas por entidades administrativas, que nos conducirán a la recreación de nuestra ley nacional sobre la base de diversos métodos de interpretación y de una apreciación valorativa de las distintas soluciones jurisprudenciales.

De esta manera la presente investigación se desenvolverá en torno a casos jurídicos y a las diversas soluciones y argumentos jurídicos propuestos en el curso de su desarrollo judicial o legislativo, estructurándose en cinco etapas bastante diferenciadas que a continuación presentamos con su explicación respectiva:

3.a) *Presentación de casos.* Inicialmente se recogerán casos que cotidianamente son materia de los pronunciamientos judiciales, orientando al lector a la solución de los mismos; ellos serán expuestos en forma clara, concisa y breve, concluyendo con la exposición de las posiciones de ambas partes en contienda.

3.b) *Marco conceptual.* El segundo paso consiste en exponer cuáles serían las posibles soluciones a los casos planteados, como una forma de

coadyuvar a entender aún más cada una de las posiciones en conflicto. Para ello, se utilizará el método dogmático, definiendo cada una de las armas que podrán utilizarse, por una y otra parte, pero sin extender los límites del presente trabajo en áreas donde la doctrina más generalizada se ha ocupado con detenimiento; para lo cual, nos remitimos a ella y prescindimos de un capítulo separado que explique con mayor amplitud estos conceptos.

3.c) *Soluciones Jurisprudenciales.* Incide en el valor de la Jurisprudencia como fuente del Derecho y en su función de elaboración de la norma legal, exponiendo los criterios jurisprudenciales emitidos en casación por la Corte Suprema de Justicia (desde el año 1994 a la fecha) con relación a los casos planteados. Con tal objeto, se han recopilado todas las sentencias en casación publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”, que actualmente suman más de 30,000 ¹¹, hasta la fecha de presentación de la presente Tesis (Marzo del 2002). Como producto de la revisión de estas casaciones, se han seleccionado y fichado 190 de ellas que guardan relación con los casos planteados y que son analizadas a lo largo del desarrollo de la presente investigación.

Con la aplicación de este procedimiento, hemos logrado vencer –no sin fatiga- el evidente desorden que reina la publicación de estas casaciones; éstas aparecen sin ningún criterio lógico de búsqueda: sin importar las fechas de emisión ni la numeración de estas sentencias, ni tampoco cuál de las Salas de la Corte Suprema de Justicia las emite, siendo regular que uno encuentre una casación civil y luego a renglón seguido lea otra de naturaleza laboral o agraria ¹². Todo ello desincentiva a los investigadores a realizar

¹¹ Las primeras casaciones fueron publicadas, a partir del 21 de marzo de 1995, en la Separata de Jurisprudencia (**SJEP**) y luego, a partir del 17 de octubre de 1995, en la Separata de Sentencias en Casación (**SCEP**) del Diario Oficial “El Peruano”.

¹² Esta manera de publicar las casaciones demuestra irresponsabilidad por parte de las instituciones encargadas de su sistematización, en primer lugar de la empresa estatal Editora Perú. Sólo una muestra de ello, son las constantes repeticiones de casaciones publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”. Desde Abril hasta Noviembre de 1997 no se publicó ninguna casación. Pero, además la Corte Suprema de Justicia no ha cumplido con

análisis sistemáticos de estas casaciones, limitándose en el mejor de los casos a comentar sentencias que a su parecer son singulares, sin percatarse si antes o después se ha seguido o no el criterio jurisdiccional en casos similares.

Es de remarcar que no existen en nuestro medio compilaciones confiables de estas casaciones. Todas ellas adolecen de inexactitud y no indican cuándo fueron publicadas en el Diario Oficial. Corrobora lo anterior el hecho que las sentencias clasificadas en el presente trabajo, superan largamente cualquiera de estas compilaciones respecto al tema de investigación ¹³.

Esta etapa se complementará con jurisprudencia administrativa, en la medida que nos ayuden a comprender en su integridad los caminos seguidos por cada una de las partes en conflicto en defensa de sus intereses. Para ello se ha compilado 21 resoluciones emitidas por la Sala de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), relacionadas con la insolvencia conyugal y 60 emitidas por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao (ORLC), respecto de la inscripción registral de los bienes durante la vigencia de la sociedad de gananciales ¹⁴.

ordenar la publicación de los principios jurisprudenciales, a los que hace alusión el Art. 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni tampoco de la doctrina jurisprudencial, a la que se hace referencia en el Art. 400° del CPC.

¹³ Sin perjuicio de ello, se ha utilizado como fuente secundaria la compilación elaborada por la Asociación No hay Derecho denominada ***El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria***. Es loable también la labor que ha venido desempeñando la Revista Diálogo con la Jurisprudencia, solicitando la participación de diversos autores en el comentario de sentencias emitidas en casación.

¹⁴ La Oficina Registral de Lima y Callao concentra aproximadamente el 60% de la demanda de servicios registrales de todo el país. La Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI resuelve en última instancia todos los procedimientos de reestructuración patrimonial.

Bajo este esquema aquellas instituciones que aparecían como entes fosilizados por el legislador cobran vida y se las puede apreciar a plenitud y por otro lado, se podrá determinar si existe o no uniformidad jurisprudencial en aspectos que son calificados como esenciales en la presente investigación.

3.d) *Análisis Hermenéutico Jurídico*. Consiste en una recreación de la norma jurídica y el examen de los criterios de la jurisprudencia nacional, en torno a los casos planteados sobre la base de la hermenéutica jurídica, es decir a partir de diversos métodos de interpretación e integración. Este ejercicio puede finalizar indicando la interpretación correcta o sugiriendo modificaciones legislativas al ordenamiento jurídico civil actual.

Así pues, sin prescindir de ninguno de los métodos tradicionales de interpretación –literal, exegético, sistemático y lógico- y de integración –fundamentalmente, analogía-, nos serviremos preponderantemente del método tópico (o problemático), en congruencia con las fuentes sustancialmente empleadas en el presente trabajo (la ley, la jurisprudencia y por supuesto la doctrina nacional), sobre la base de los derechos que en el plano sustantivo y procesal se confieren a favor del cónyuge no interviniente y del tercero de buena fe.

Ahora bien, no por ello se ha renunciado a los métodos histórico y comparatista, pero se los ha reducido a sus justos términos. Sólo en cuanto nos permitan conocer datos precisos sobre el origen de la actual regulación del régimen de sociedad de gananciales y de otras opciones que se cuentan como posibles soluciones en otros ordenamientos jurídicos. Debemos advertir que luego de finalizada nuestra exploración bibliográfica, nos llamó la atención la diversidad de sistemas existentes en la legislación comparada. No existen en puridad dos sistemas cercanamente idénticos; lo cual resulta singular en nuestro sistema romano germánico, donde es dable observar en otros grandes problemas una estrecha semejanza.

Nada de eso acontece con relación a nuestro tema. Algunos países permiten la elección entre uno o más regímenes patrimoniales, previamente reglamentados por la ley (como es el caso de nuestro país) o limitados por la prohibición de adoptar algunos regímenes en particular (por ejemplo, Italia); mientras otros permiten adicionalmente la celebración de convenciones matrimoniales o modificar las efectuadas durante el matrimonio (verbigracia, Alemania, Inglaterra o Francia). Cada sistema obedece a una realidad social, económica y cultural distinta; lo cual nos induce a pensar que la solución a la que arribemos debe de amoldarse a la particular idiosincrasia de nuestra sociedad, por lo cual, aún cuando hemos recogido abundante doctrina y legislación comparadas –ante todo española, argentina e italiana, que guardan alguna similitud con la nuestra-, no perdemos de vista que éstas ofrecen un interés relativo cuando se trata de interpretar las disposiciones de nuestra ley nacional aquí y ahora.

3.e) *Conclusiones*. Como lógica consecuencia de las etapas anteriores, se finaliza con la exposición de conclusiones que se desprenderán de los argumentos esgrimidos como solución a los casos planteados.

4. Estructura del presente trabajo

La presente Tesis ha sido dividida en dos capítulos. La primera, referida a la disposición arbitraria del patrimonio social, que se caracteriza porque la actuación del cónyuge culpable directamente produce un cambio en la situación preexistente de dicho patrimonio, ya sea por pérdida o modificación de un derecho. Regularmente se incluye dentro de su ámbito a los actos: (i) *traslativos*, por los cuales se transfiere la propiedad de un bien a otra persona; (ii) *de gravamen*, por los que se constituye un derecho real de garantía, como puede ser la prenda, hipoteca o anticresis; y (iii) *la renuncia*,

que importa el abandono de un derecho mediante declaración de voluntad ¹⁵.

La segunda, se encuentra referida a la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas, que constituyen el aspecto negativo de la relación obligatoria del cónyuge no interviniente con un tercero. Este tercero cuando no ve satisfecho su crédito se dirige contra dicho patrimonio, ante la ausencia de bienes propios del cónyuge deudor. La extensión del concepto “deudas” incluye también aquellas derivadas de responsabilidad aquiliana (o extracontractual) cometida por el cónyuge interviniente y que llevan propiamente el carácter de indemnizaciones, derivadas del deber general de no causar daño a otro. El punto en cuestión en ambos casos consiste en determinar si el patrimonio social debe responder por dichas deudas y en qué condiciones.

En cada uno de estos capítulos se dividirán los argumentos a favor del cónyuge no interviniente y del tercero de buena fe y finalmente, se expondrán los mecanismos compensatorios que nuestro ordenamiento jurídico brinda cuando la balanza del Derecho se inclina a favor de uno de ellos en desmedro del otro.

Esta estructura puede presentar más de un reparo. Para muchos el alcance de la presente investigación les puede parecer original, mientras que para otros poco coherente. Esto se debe en gran medida a que este trabajo representa el primer intento de abarcar los diferentes aspectos del problema planteado, aunque la doctrina especializada –aunque minoritaria, citada en el presente trabajo- nos haya habituado a un manejo fragmentario del tema, seguramente guiados por los diferentes artículos que el CC utiliza para su regulación y la particular problemática que surge separadamente de su interpretación. Para lo cual, basta leer por separado el Artículo 315° CC

¹⁵ Comparte estas categorías, la RES. N° 248-2000-ORLC/TR del 21 de agosto del 2000,

(disposición arbitraria) y los Artículos 307°, 308° y 309° CC (responsabilidad por deudas privativas).

Por lo que vale preguntarse, ¿qué relación existe entre ambos temas que justifique su tratamiento en conjunto y que no los convierta en un conjunto de cosas mezcladas sin orden, sin semejanza o sin armonía?. Por cierto, al margen que se encuentren dentro de un mismo capítulo del CC (Capítulo II, Título III, Libro III).

La principal razón radica en que entre ambas partes del trabajo, existe un mismo hilo conductor: la intervención unilateral de uno de los cónyuges sin contar con la participación de su consorte, en un acto de disposición o de obligación contraído con un tercero, entre vivos (y no *mortis causa*, porque los actos de última voluntad poseen reglas propias y pertenecen al Derecho de Sucesiones), a título oneroso o gratuito, y que pone en riesgo el patrimonio social.

En coherencia con nuestro esquema metodológico, no hemos considerado un capítulo independiente y preliminar que explique los conceptos que serán utilizados en los dos capítulos de la presente Tesis. Nuestro propósito, como es evidente, consiste en avanzar más allá de lo ya transitado. Sólo consideramos conveniente definir tres conceptos que, a nuestro parecer, no han recibido una adecuada definición teórica y serán capitales para el desarrollo de la presente investigación: sociedad conyugal, sociedad de gananciales y patrimonio común.

El primer concepto es importante porque de ello derivará si los bienes sociales corresponden a los cónyuges o a una entidad distinta denominada sociedad conyugal. ¿Quién es el titular de dichos bienes?. La respuesta a este interrogante es trascendente, ya que depende de ello contra quién

publicado en la **ORLC**, Vol. XI, T. I, págs. 70-72.

lidiará el tercero de buena fe: contra el cónyuge no interviniente o contra una entelequia formal denominada sociedad conyugal. La confusión se agudiza por el hecho que la Sección II del Libro III (Derecho de Familia), se denomina Sociedad Conyugal y la redacción del primer párrafo del Artículo 292° CC “*la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges (...)*”. Por lo que a primera vista, la sociedad conyugal aparenta ser una persona jurídica distinta de los cónyuges, a la cual ellos representan.

Nosotros negamos decididamente la existencia de la sociedad conyugal como persona jurídica, ya que esto importaría –como todo sujeto de Derecho- que se le reconozca ser centro unitario de imputación de derechos y deberes; lo cual, no se condice con una lectura correcta de la norma antes citada, resultando extraño que entre el marido y la mujer se interpusiera un ser ficticio, que sea el verdadero titular durante el matrimonio. Tampoco se puede equiparar la sociedad conyugal a una sociedad civil, porque a diferencia de ésta, no posee animo de lucro (*affectio societatis*) ni tampoco se encuentra dentro de alguna de las formas previstas en la Ley General de Sociedades (requisito establecido por el Art. 2° de esta ley).

A nuestro juicio, *la sociedad conyugal* es sinónima de pareja matrimonial, es decir la unión entre marido y mujer que forman una “sociedad” –en sentido amplio- para perpetuar su especie, para ayudarse por medio de asistencia mutua a sobrellevar el peso de la vida y para compartir una misma suerte, de acuerdo a la clásica definición de PORTALIS. Por lo que cuando uno de los cónyuges otorga a otro poder para practicar un acto de disposición no lo hace a nombre de la sociedad conyugal sino propio¹⁶. Esta sociedad conyugal puede organizarse, de acuerdo a las opciones establecidas por el Art. 295° CC, bajo el régimen patrimonial de sociedad de

¹⁶ En el ámbito registral, tampoco se considera a la sociedad conyugal como una entidad distinta de los cónyuges, como se puede apreciar de los Arts. 44° inciso 7 y 61° del

gananciales o el de separación de patrimonios, ya sea antes de la celebración del matrimonio o durante el mismo. De tal manera que la sociedad conyugal incluso puede subsistir, aún cuando se liquide la sociedad de gananciales; a manera de ejemplo, en los casos que ambos cónyuges opten por cambiar el régimen patrimonial.

La sociedad de gananciales –o más propiamente, comunidad de gananciales- tampoco es una persona jurídica distinta de los cónyuges ni una sociedad civil formada por ellos. Es un estatuto que regula dos tipos de relaciones económicas: entre los cónyuges y entre éstos y los terceros. Se caracteriza porque durante su vigencia se forman tres patrimonios: los privativos de cada cónyuge y el patrimonio común.

Los bienes que conforman los patrimonios privativos son aquellos que los cónyuges tuviesen antes del matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Estos bienes -según reza el Art. 303° CC- son administrados por el cónyuge a quien pertenecen, quien a su vez podrá disponer de ellos o gravarlos. Sin perjuicio de esta amplia libertad que otorga el Código a los cónyuges respecto de sus bienes propios, se debe tener en cuenta que ambos cónyuges se encuentran obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas (Art. 300° CC); por lo que estos bienes también se encuentran afectos al levantamiento de las cargas matrimoniales, ante la insuficiencia del patrimonio social (Art. 317° CC).

El patrimonio común, en cambio, está integrado por las adquisiciones a título oneroso realizadas por los cónyuges durante el matrimonio y a las rentas o productos de los bienes propios de cada cónyuge y de los bienes sociales. Es administrado por ambos cónyuges y a ellos corresponde su disposición (Arts. 313° y 315° CC). Por lo que pertenecen globalmente a los

Reglamento de Inscripciones, que señalan que los bienes son inscritos con los nombres de

cónyuges en común, de acuerdo a una naturaleza jurídica que se aproxima al patrón ideal de comunidad germánica (o en mano común). Lo que quiere decir que ninguno de los cónyuges puede disponer, como bienes privativos suyos, sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Por lo tanto, cada cónyuge es cotitular del patrimonio común y no es dueño de la mitad de cada uno de los bienes sociales. He aquí la diferencia con la copropiedad, donde los codueños poseen cuotas ideales sobre el bien indiviso y que forman parte de su patrimonio personal, pudiendo en este caso disponer o gravar su cuota ideal y de los respectivos frutos (Arts. 969° y 977° CC).

Un extremo que el legislador deja en la sombra, acaso por pensar suficientemente aclarado es qué relación tiene la sociedad conyugal con el patrimonio autónomo, sobre cuyo concepto parece haber tomado partido, como puede leerse curiosamente no del CC sino de la actual redacción del segundo párrafo del Artículo 65° del CPC (restituido a su texto original por la Ley N° 26827 del 29 de junio de 1997): “*la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes.(...)*”. La doctrina y la jurisprudencia emitida en casación por la Corte Suprema de Justicia tampoco han logrado definirlo claramente ¹⁷.

los dos cónyuges y no de una supuesta entidad denominada sociedad conyugal.

¹⁷ Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia causan confusión. Existe un primer grupo que considera que el patrimonio común es la sociedad de gananciales: [CAS. N° 3109-98](#) CUSCO-MADRE DE DIOS del 28 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 27 de setiembre de 1999, págs. 3582-3583; y [CAS. N° 2150-98](#) LIMA del 20 de enero de 1999, publicada en la **SCEP** del 19 de marzo de 1999, págs. 2834-2835. Un segundo grupo es de la posición que el patrimonio común es la sociedad conyugal: [CAS. N° 938-99](#) del 03 de setiembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 12 de noviembre de 1999, pág. 3908; [CAS. N° 1718-99](#) LIMA del 09 de noviembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 07 de abril del 2000, págs. 4967-4968; [CAS. N° 2490-00](#) CAJAMARCA del 09 de enero del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de abril del 2001, págs. 7188-7189; y [CAS. N° 1211-00](#) LIMA del 09 de noviembre del 2000, publicada en la **SCEP** del 02 de enero del 2001, págs. 6691-6692. Un tercer grupo señala que el patrimonio común es el patrimonio social: [CAS. N° 911-99](#) ICA del 07 de diciembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de febrero del 2000, págs. 4684-4685; [CAS. N° 1895-98](#) CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104; [CAS. N° 158-00](#) SAN MARTIN del 09 de mayo del 2000, publicada en la **SCEP** del 30 de octubre del 2000, págs. 6369-6370; y [CAS. N° 342-00](#) LIMA del 04 de mayo del 2000, publicada en la **SCEP** del 25 de agosto del 2000, págs. 6101-6102. El tema merece ser resuelto en un Pleno Casatorio.

El problema es fácil de resolver si se utilizan adecuadamente los conceptos antes esbozados. Por patrimonio autónomo debe entenderse la situación jurídica de los cónyuges, cuyo régimen patrimonial es la sociedad de gananciales, respecto del patrimonio social, entonces se habla en estricto que aquéllos tienen un derecho o interés común respecto de los bienes que conforman dicho patrimonio, sin constituir una persona jurídica. En consecuencia, esto no sucede, aclarando los vacíos dejados por la ley procesal, cuando los cónyuges han optado por el régimen de separación de patrimonios o cuando se refiere a los bienes propios bajo el régimen de sociedad de gananciales.





CAPITULO I

LA DISPOSICIÓN ARBITRARIA DEL PATRIMONIO SOCIAL

CAPITULO I

LA DISPOSICIÓN ARBITRARIA DEL PATRIMONIO SOCIAL

5. La regla de la actuación conjunta

El Art. 315° CC contiene una regla y tres excepciones. La primera, señala que para disponer o gravar bienes sociales se requiere la intervención del marido y de la mujer. Las excepciones a dicha regla son las siguientes: (i) cuando uno de los cónyuges delega al otro el ejercicio de tal facultad, mediante poder especial; (ii) los actos de adquisición de bienes muebles; y (iii) los casos considerados por leyes especiales. En estos supuestos, el acto de disposición o de gravamen puede ser realizado por cualquiera de los cónyuges.

Con esta aparente sencillez, nuestro ordenamiento legal pretende abordar una materia que entraña problemas de difícil solución dentro del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, especialmente cuando uno de los cónyuges infringiendo lo estipulado por dicha norma dispone o grava uno o más de los bienes sociales sin asentimiento de su consorte a favor de un tercero que actúa sin conocimiento de este hecho; supuesto al que hemos denominado como disposición arbitraria del patrimonio social y

cuya amplitud y complejidad se podrán apreciar en los casos que a continuación exponemos:

CASO 1

En la mayoría de veces, la disposición arbitraria recae sobre inmuebles que conforman el patrimonio social. Rosa Obregón y Juan Rojas contrajeron matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales, adquiriendo durante su vigencia dos inmuebles. Uno de ellos ubicado en la calle San José N° 322 y el otro en la Avenida Santa Victoria N° 638 de la ciudad de Chiclayo. El esposo dispuso unilateralmente de dichos inmuebles, el primero a favor de su hijo César a título de anticipo de legítima y el segundo a favor de su hija María a título de compraventa. A su vez, estos hijos los vendieron a favor de César Belisario y Francisco Moza, respectivamente. Una vez que tomó conocimiento de estos hechos, Rosa Obregón pretendió la reivindicación de los bienes sociales, arguyendo que su consorte simuló dichos actos a favor de sus hijos y por lo tanto estarían viciados de nulidad. Por su parte los compradores de los inmuebles señalan que actuaron bajo la fe del registro, ya que en éste no figuraba anotada medida judicial o extrajudicial que limitara su disposición o dominio; y que en mérito a ello, inscribieron sus derechos.

CASO 2

En otros casos, el problema se origina por el gravamen de un bien social. En Chiclayo, Julio Severino solicitó un préstamo a un Banco local y en garantía del mismo hipotecó un inmueble inscrito a su nombre pese a haber sido adquirido durante el matrimonio que celebró con María Gonzales, bajo el régimen de la sociedad de gananciales. Más tarde, producto de un mal negocio, Julio Severino no logró cumplir con la deuda y el Banco ejecutó la garantía hipotecaria y finalmente hizo suyo el inmueble social. María Gonzales se percató de este hecho cuando se produjo el embargo de dicho

bien y presentó una tercería de propiedad, alegando que el gravamen del mismo se realizó sin su consentimiento; mientras que el Banco adujo a su favor que ignoraba que el contratante era casado, ya que este hecho no aparecía consignado en los Registros Públicos.

CASO 3

La amplitud del tema no sólo abarca actos a título oneroso sino también a título gratuito y los bienes que involucra pueden ser muebles o inmuebles. Miguel Mujica constituyó la Fundación que lleva su nombre afectando la propiedad predial urbana y las edificaciones de la calle Alonso de Molina N° 110, Monterrico, Santiago de Surco de la ciudad de Lima y la Colección de Armas del Perú y Oro del Mundo, que adquirió durante su matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales con Aida Diez Canseco. Asimismo, constituyó un usufructo personal a favor de sus hijos Milagros y Pedro sobre los bienes antes indicados. Como consecuencia de ello, la esposa solicitó la nulidad de los actos que produjeron un desmedro en el patrimonio social, argumentando que éstos se realizaron sin su consentimiento. Por su parte, el esposo señala que la mayoría de dichos bienes ingresaron a su patrimonio propio, por haber sido adquiridos antes del matrimonio y que éstos por ser una Colección Cultural constituyen una sola unidad.

En todos los casos reseñados, el cónyuge no interviniente se pregunta ¿cómo puede negar fuerza jurídica vinculante al acto de disposición o de gravamen realizado por su consorte sin su consentimiento?. La respuesta debe partir necesariamente por acreditar que el bien afectado por dicho acto corresponde al patrimonio social de los cónyuges y no al patrimonio privativo del cónyuge interviniente. Salvando este posible inconveniente, el problema de fondo estribará en determinar cuál es el instrumento de tutela legal que le servirá para sancionar con ineficacia al acto de disposición o de gravamen arbitrario del patrimonio social, ante la omisión que al respecto presenta el Art. 315° CC. La elección se circunscribirá entre aquellas figuras que

produzcan ineficacia por contener un vicio coetáneo al momento de su celebración (ineficacia estructural). Para algunos, el acto adolecerá de nulidad (Art. 219° CC), lo que supone que el acto carece de un elemento esencial o es contrario al orden público o a las buenas costumbres; de tal manera que se le niega de cualquier modo la posibilidad de producir consecuencias jurídicas. Para otros, será aplicable la anulabilidad (Art. 221° CC), que si bien teleológicamente es idéntica a la nulidad, se diferencia de ésta porque el acto contiene los elementos esenciales; sin embargo, está afectado de un vicio que puede ser subsanado mediante confirmación. Adicionalmente, desde el ámbito contractual, puede argüirse la existencia de rescisión (Art. 1370° CC), especialmente cuando el acto es concebido como una compraventa de bien ajeno. Finalmente, un número menor por cierto, podrá opinar que se trata de un caso de ineficacia relativa o inoponibilidad (Art. 161° CC), ya que el cónyuge interviniente actuó como seudo representante de su consorte preterido y por consiguiente, el acto resulta ineficaz frente a éste.

Por su parte, el tercero de buena fe se pregunta, ¿en qué supuestos puede hacer suyo el bien social a pesar de no haber participado ambos cónyuges en el acto de disposición o de gravamen?. Es habitual que argumente que su actuación se guió por los signos de reconocibilidad de la propiedad que el ordenamiento jurídico nacional le provee: el registro y la posesión. La fe pública registral (Art. 2014° CC) protege a los terceros que adquieren a título oneroso y de buena fe algún bien de uno de los cónyuges que en el registro aparece con facultad para otorgarlo –aún cuando en la realidad de las cosas tenga la calidad de bien social-, pese a que después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos. La adquisición a *non domino* (Art. 948° CC), que protege al tercero que de buena fe ha recibido un bien mueble no registrado mediante la tradición física de quien aparece en la posesión del mismo. En algunos casos, buscará acreditar que el cónyuge sí conocía del acto de disposición arbitrario y que incluso brindó una aceptación tácita al

mismo; mientras que en otros, tratará de ingresar dentro de las excepciones establecidas por el Art. 315° CC, específicamente en aquellos casos que se intentarán descifrar “considerados por leyes especiales”. Finalmente, no es raro que por el decurso del tiempo, acuda a la prescripción adquisitiva de dominio o a la prescripción extintiva de la acción del cónyuge no interviniente.

Las soluciones a los interrogantes planteados, así como la forma en que las normas del CC sirven en la defensa de los intereses de una y otra parte en conflicto serán objeto del presente capítulo, tratando por separado los argumentos a favor del cónyuge no interviniente y a favor del tercero de buena fe. Un acápite final se ocupará de los mecanismos compensatorios que nuestro ordenamiento jurídico debe considerar, ya sea a favor del cónyuge no interviniente o del tercero de buena fe, cuando la balanza del Derecho no se incline a su favor.

Es importante tener presente que, aún cuando el CC no lo exprese claramente, la regla de la actuación conjunta presenta una excepción más, en la medida que ésta no puede abarcar todos los actos de disposición de bienes sociales. Para disponer parte del patrimonio social con el objeto de adquirir el pan que se consume en el desayuno de cada día no se requiere el asentimiento de ambos cónyuges. En general, por el solo hecho del matrimonio y sin importar el régimen patrimonial en el que se encuentren, los esposos quedan necesariamente sujetos a ciertas obligaciones de carácter patrimonial dirigidas a levantar las cargas del matrimonio –estatuto que algunos denominan como “régimen matrimonial primario”-, dentro de las que se encuentran las necesidades ordinarias del hogar, a que hace alusión el Art. 292° CC (asistemáticamente ubicado en el Capítulo Único del Título II del Libro de Familia) o en forma análoga la contribución al sostenimiento del hogar, según las posibilidades y rentas de los cónyuges, que menciona el Art. 300° CC. En estos casos, los cónyuges se encuentran autorizados para actuar indistintamente (potestad doméstica).

Dentro de las cargas del matrimonio deben incluirse las erogaciones derivadas de adquisiciones corrientes u ordinarias para el sustento cotidiano así como también aquellas que se dirigen a la conservación del patrimonio de cada cónyuge y del patrimonio social (Art. 316° incisos 1, 2, 4, 6, 8 y 9 CC); entre las primeras debe tenerse presente que las necesidades inmediatas de la familia deben encontrarse en proporción con la condición social y económica de ésta y siempre se encuentran dentro de ellas los gastos que tengan por objeto el cuidado de la familia, incluidas las necesidades urgentes, aún cuando sean de carácter extraordinario ¹⁸.

Por lo que los alcances del Art. 315° CC se circunscriben a aquellos actos de disposición que forman parte de la gestión extraordinaria del patrimonio social; concepto que por oposición, comprende aquellos actos que van más allá de las necesidades ordinarias del hogar o de la conservación del patrimonio de los cónyuges.

Tratar de distinguir claramente la diferencia entre actos de gestión ordinaria y extraordinaria del patrimonio social no es tarea fácil en la práctica. A manera de ejemplo, el arrendamiento de un bien, cuando uno de los cónyuges actúa como arrendatario, ¿puede considerarse como uno dirigido a atender las necesidades ordinarias del hogar o como un acto de administración o disposición?. En un proceso de desalojo, la demandada (supuesta cónyuge no interviniente) con el fin de evitar el pago de las rentas vencidas, argumentó que el contrato de arrendamiento suscrito por su consorte era nulo porque requería de su asentimiento. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 3053-98

¹⁸ Comparten esta posición: PLACIDO, Alex: **Manual de Derecho de Familia**; Lima, Gaceta Jurídica Ed., 2001, pág. 159-160. En el Derecho español: ALBALADEJO, Manuel: **Curso de Derecho Civil, Tomo IV: Derecho de Familia**, Barcelona, Bosch, 1991, 5ta. ed., págs. 149-151 y DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: **Sistema de Derecho Civil, Vol. IV: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones**, Madrid, Tecnos, 1998, 7ma. ed., págs. 153-154 y 201.

CALLAO, resolvió la controversia interpretando los alcances del artículo 292° del CC ¹⁹ y señaló que el acto de administración es aquel que tiene por objeto conservar y obtener el normal rendimiento de los bienes sobre los que recaen. En ese sentido, el acto por el que se entrega en arrendamiento un inmueble social es un típico acto de administración; mientras que el acto por el cual se toma un bien en arrendamiento no es en estricto un acto de administración, porque el pago de la renta convenida importa un acto de disposición sobre las sumas destinadas a dicho fin. Cosa distinta, señala la Sala, es determinar si este acto de disposición puede considerarse como uno dirigido a atender las necesidades ordinarias del hogar. En el presente caso, considera que sí, porque el arrendamiento del bien tuvo por objeto proveer un domicilio conyugal en el que los cónyuges puedan hacer vida en común –obligación establecida por el Art. 289° del CC-; en consecuencia, para dicho acto basta la intervención de uno solo de los cónyuges ²⁰.

Con mayor claridad, el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao distingue *los actos de administración*, como aquellos cuya finalidad es mantener el íntegro o aumentar el patrimonio por medio de la explotación de bienes que lo componen, de *los actos de disposición*, que

¹⁹ [CAS. N° 3053-98](#) CALLAO del 19 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 18 de agosto de 1999, págs. 3220-3221. El Artículo 292° CC, en su segundo párrafo señala que “para las necesidades del hogar y **actos de administración** y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges”. La frase “actos de administración” citado en dicho artículo, debe entenderse íntimamente ligado a los actos de conservación, con el objeto de diferenciarlo de los actos de “administración del patrimonio social” (Art. 313° CC) y en los que sí se requiere la actuación conjunta de ambos cónyuges.

²⁰ A contracorriente de lo expuesto, la Oficina Registral de Lima y Callao considera como regla la actuación conjunta cuando uno o ambos cónyuges son arrendatarios del bien. Así, la RES. N° 172-98-ORLC/TR del 28 de abril de 1998, en **ORLC**, Vol. VI, págs. 125-128. PLACIDO, Alex., ob. cit. nota N° 1, págs. 178-180, en un caso similar, resolvió (pag. 427) indicando que “el arrendamiento es un acto de disposición por cuanto se cede temporalmente uno de los atributos de la propiedad, conservando ésta. Debe diferenciárselo del cobro de la renta mensual por el arrendamiento que es un acto de administración, por el cual se percibe un fruto civil”. SALAZAR, Carla, **Importancia de los actos de administración y disposición de los bienes sociales**, en **Diálogo con la Jurisprudencia**, Lima, Gaceta Jurídica, Año III, N° 4, 1997, págs. 141-150, recoge la doctrina argentina, para concluir que el arrendamiento, cuando el cónyuge es arrendador, puede ser acto de administración o de disposición, dependiendo de la duración del mismo. Nosotros compartimos la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

tienen por objeto provocar una modificación sustancial de la composición del patrimonio mediante un egreso anormal de bienes, seguido o no de una contraprestación. A partir de esta distinción, considera como actos de disposición: (i) la construcción de una edificación, de tal manera que la inscripción de la declaratoria de fábrica solicitada por un casado debe contar con la necesaria intervención de su consorte; y (ii) la cancelación o levantamiento de la hipoteca, que requiere la intervención del cónyuge del acreedor hipotecario para proceder a la inscripción correspondiente ²¹.

Otro supuesto discutible, es el referido a la defensa del patrimonio conyugal: ¿requiere la actuación conjunta o indistinta de los cónyuges?. El Art. 65° CPC (modificado por el Decreto Legislativo 861 del 22 de octubre de 1996 y luego restituido en su texto original por la Ley N° 26827 del 29 de junio de 1997), señala en su segundo párrafo, que *“la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el Artículo 93° [litisconsorcio necesario]”*. El sustento de dicha norma no puede ser otro, que considerar que cuando la sociedad conyugal actúa como demandante basta la actuación de uno de los cónyuges, por tratarse de actos de conservación del patrimonio social (actos de gestión ordinaria); mientras que cuando los cónyuges son demandados, se requiere la actuación conjunta por tratarse de actos de disposición (actos de gestión extraordinaria). Así lo ha establecido una profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ²².

²¹ RES. N° 445-2000-ORLC/TR del 15 de diciembre del 2000, en **ORLC**, Vol. XI, Tomo I, págs. 65-69 y RES. N° 248-2000-ORLC/TR del 21 de agosto del 2000, en **ORLC**, Vol. XI, Tomo I, págs. 70-72.

²² En ese sentido, las siguientes casaciones: [CAS. N° 01-94](#) LA LIBERTAD del 02 de mayo de 1994, publicada en la **SJEP** del 25 de marzo de 1995, pág. 1907; [CAS. N° 81-94](#) AREQUIPA del 21 de diciembre de 1995, publicada en la **SJEP** del 26 de abril de 1996, pág. 2189; [CAS. N° 201-95](#) CAÑETE del 13 de mayo de 1996 publicada en la **SJEP** del 07 de agosto de 1996, pág. 2189; [CAS. N° 772-92](#) AREQUIPA del 07 de setiembre de 1992 [sic] publicada en la **SJEP** del 29 de diciembre de 1996, pág. 2189; [CAS. N° 254-98](#)

Consideramos que la división efectuada tanto por el legislador como por la magistratura nacional no es del todo exacta, ¿qué pasa si el cónyuge demandante acepta una fórmula conciliatoria disponiendo parte del patrimonio social o realiza una defensa ineficiente que deviene en un fallo adverso a los cónyuges?; o cuando existe reconvencción ¿deberá integrarse al cónyuge no demandante?. En estricto, debería solicitarse la actuación conjunta de ambos cónyuges, por tratarse de actos de gestión extraordinaria; sin embargo, nos inclinamos a favor de la posición doctrinal que considera que por la estrecha unión de los cónyuges²³ y además por los múltiples problemas que acarrearía en el ámbito procesal, la fórmula actual debe mantenerse.

Ésta ha sido utilizada, en muchos casos, como un desmedido recurso procesal del cónyuge demandado, quien muchas veces deja transcurrir todas las etapas del proceso para luego señalar en casación que se requería el emplazamiento de su consorte. Su propósito no es otro que retardar la emisión del fallo mediante la declaración de nulidad del proceso que volvería a la etapa de notificación de la demanda. La Corte Suprema de Justicia ha establecido como criterio para evitar estos casos, que si el cónyuge demandado no formula denuncia civil, conforme lo señala el Art. 102° CPC, en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, la nulidad en la que se haya incurrido queda convalidada (Art. 172° CPC)²⁴. En otros casos,

HUANUCO del 01 de setiembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 10 de diciembre de 1998, pág. 2189; [CAS. N° 1450-98](#) CHINCHA del 02 de noviembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 10 de diciembre de 1998, pág. 2213; [CAS. N° 2846-98](#) CUSCO del 26 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 27 de setiembre de 1999, pág. 3588; [CAS. N° 891-99](#) LIMA del 04 de octubre de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de noviembre de 1999, pág. 4097; [CAS. N° 2150-99](#) LAMBAYEQUE del 23 de noviembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 08 de enero del 2000, pág. 4520. En la [CAS. N° 1071-97](#) LAMBAYEQUE del 05 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 01 de setiembre del 2000, págs. 6206-6207, se comete un craso error al confundir la sociedad de gananciales con la copropiedad. La [CAS. N° 1211-00](#) LIMA del 09 de noviembre del 2000, publicado en la **SCEP** del 02 de enero del 2001, págs. 6691-6692, señala que los cónyuges sólo requieren presentar una tasa judicial.

²³ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, ob. cit. nota 18, págs. 199-200.

²⁴ [CAS. N° 388-95](#) LAMBAYEQUE del 05 de junio de 1996, publicada en la **SJEP** del 22 de noviembre de 1996, pág. 2189; [CAS. N° 34-95](#) LIMA del 22 de enero de 1997, publicada en

específicamente en los procesos de desalojo, ha señalado que los demandados no necesariamente son los cónyuges sino aquellos que ocupen el predio ²⁵.



la **SCEP** del 31 de diciembre de 1997, pág. 232; [CAS. N° 561-97](#) ANCASH del 07 de agosto de 1998, publicada en la **SCEP** del 30 de setiembre de 1998, págs. 1697-1698; y [CAS. N° 1152-98](#) LA LIBERTAD del 15 de marzo del 2000, publicada en la **SCEP** del 01 de diciembre del 2000, págs. 6633-6634.

²⁵ [CAS. N° 33-95](#) LAMBAYEQUE del 06 de noviembre de 1996, publicada en la **SJEP** del 23 de diciembre de 1996, pág. 2605; y [CAS. N° 06-96](#) LIMA del 20 de diciembre de 1996, publicada en la **SCEP** del 01 de diciembre de 1997, pág. 80.

a) Los argumentos a favor del cónyuge no interviniente

6. La absorción del principio general de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio

Generalmente, el primer argumento de defensa que utiliza el cónyuge no interviniente consiste en reforzar el carácter social del bien que pretende defender; caso contrario, se verá imposibilitado de sustentar su pretensión de recuperar el bien dispuesto por su consorte. Esto no le será difícil, teniendo en cuenta que el actual CC diferencia dentro de los bienes existentes en el matrimonio -entiéndase aquellos que los cónyuges tenían antes de entrar al régimen patrimonial en vigor como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia (Art. 299° CC)-, qué bienes tienen la calidad de propios mediante un *numerus clausus* (Artículo 302° CC) y luego señala que los demás bienes tienen la calidad de sociales (Artículo 310° CC) y por lo tanto, forman parte del patrimonio social de ambos cónyuges ²⁶.

Pese a ello, en la práctica se presentan supuestos de hecho que se convierten en verdaderas “zonas grises” ante la dicotomía de bienes propios y bienes sociales.

Es el caso de los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella (Art. 302° inc. 2 CC). El legislador se refería a “aportaciones en formas de derechos que se hacen efectivos en fecha posterior” ²⁷. En el terreno de los hechos, no es raro que los novios por separado adquieran inmuebles a título oneroso, que luego cancelan

²⁶ Con exceso de cuidado, estipuló que dentro de éste se hallan: (i) aquellos bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión; y (ii) los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor o de inventor.

²⁷ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: ob. cit. nota 7, pág. 289.

mediante el pago de cuotas periódicas, que inician antes de la vigencia de la sociedad de gananciales y terminan durante ésta con aportaciones sociales.

Ernesto Cruzado, por ejemplo, adquirió un inmueble mediante compraventa a plazos el 14 de febrero de 1987, semanas después (el 07 de marzo de 1987) contrajo matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales con Nancy Godoy. Con posterioridad, el esposo vendió el inmueble a favor de un tercero, considerando que el bien es propio por haber sido adquirido antes del matrimonio. La esposa solicitó la nulidad del acto, por haberse realizado aportes durante el matrimonio. ¿Qué calidad tiene dicho inmueble?.

La doctrina presenta tres posiciones sobre el tema. La primera, se sustenta en que antes del matrimonio rigen las normas del Derecho común: de acuerdo a la teoría del título y del modo, el bien sería indudablemente propio en el caso de inmuebles (en cuya transferencia opera el solo consenso) y también en el caso de bienes muebles, ya que a pesar que la adquisición recién se produce con la tradición, que puede ser durante la vigencia del régimen, la causa de la misma (el título) es anterior ²⁸. La segunda, estima más racional la indivisión del bien que la calificación única del mismo –como propio o social-; por lo que debe entenderse que el bien tiene esta doble calidad, en proporción al origen de las cuotas desembolsadas ²⁹. La tercera, señala que el bien tendrá la calidad que

²⁸ En ese sentido, LUCAR, Milagritos: **Los bienes propios y la causa de adquisición en la sociedad de gananciales**, en **Diálogo con la Jurisprudencia**, Año III, N° 6, 1997, págs. 153-166; SPOTA, Alberto: **Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Vol. III: Derecho de Familia**; Buenos Aires, Depalma, 1990, págs. 252-256; y PLACIDO, Alex: ob. cit. nota 18, págs. 145-146, propone modificar el artículo 311° inciso 2 CC con el siguiente tenor: “*los bienes adquiridos, antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales, mediante precio pagado en parte con fondos sociales y en parte con fondos propios de uno o de ambos cónyuges, se reputan de la misma condición en proporción al valor de los desembolsos respectivos*” (pág. 175). ECHECOPAR, Luis: ob. cit. nota 5, pág. 30, reclamó una enunciación más precisa de los bienes que se comprenden como propios bajo este concepto, recogiendo el Art. 1736° CC chileno.

²⁹ Al respecto, véase: VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ, Alvaro: **Derecho Civil, T. V: Derecho de Familia**, 1995, 7ma. ed., pág. 316-317; y BOSSERT, Gustavo y ZANNONI,

corresponda al aporte mayor –sea desembolsado del patrimonio privativo o social-³⁰.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 1715-96 PIURA, en el caso antes propuesto, razonó que el término “causa” contenido en el Art. 302° inciso 2 CC, debe entenderse como el motivo o el antecedente necesario que origina un efecto y también el fundamento necesario por el cual se adquiere un derecho. Agrega que la norma antes aludida se refiere a bienes sobre los cuales uno de los esposos ya tenía un derecho antes de casarse, distintos de los considerados en el inciso 1 del Art. 302° CC; y éstos pueden ser: (i) bienes habidos bajo condición suspensiva que se cumple durante el matrimonio; (ii) bienes reivindicados por acción iniciada antes del casamiento; y (iii) bienes que vuelven a poder de uno de los cónyuges por acción de nulidad de contrato. El bien en discusión, entonces, para la Corte Suprema de Justicia tiene la condición de social y no reconoce ninguna compensación a favor del cónyuge interviniente³¹.

Nosotros nos inclinamos por la primera de las posiciones doctrinales expuestas con una limitación: los aportes efectuados con cargo a fondos sociales, de acuerdo a una correcta aplicación del principio de subrogación,

Eduardo: **Manual de Derecho de Familia**, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, 4ta. ed., págs. 237-238. Existe una sentencia que considera este criterio; pero en aplicación del Artículo 184° inciso 2 CC de 1936, que consideraba como comunes a “*aquellos bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges*”: [CAS. N° 2316-98](#) LIMA del 19 de marzo de 1999, publicada en la **SCEP** del 07 de junio de 1999, págs. 2965-2966.

³⁰ En ese sentido, BELLUSCIO, Augusto César, **Manual de Derecho de Familia**, Tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1981, págs. 55-56.

³¹ [CAS. N° 1715-96](#) PIURA del 11 de mayo de 1998, publicada en la **SCEP** del 08 de junio de 1998, págs. 1267-1268. Con aplicación CC de 1936 –cuyo artículo 177° inciso 3 guarda similitud con la actual normativa-, véase las siguientes sentencias: [CAS. N° 838-96](#) LIMA del 05 de noviembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 03 de mayo de 1998, págs. 861-862; y [CAS. N° 2201-99](#) LIMA del 28 de junio del 2000, publicada en la **SCEP** del 01 de setiembre del 2000, págs. 6198-6199. El término “causa” se asimila al concepto de título material y no formal, conforme lo establece la RES. N° 300-98-ORLC/TR del 10 de agosto de 1998, en **ORLC**, Vol. VII, págs. 17-22.

deben ser reembolsados con su valor al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales (véase acápite 16, págs. 129-139) ³².

Otro caso más, lo constituyen los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, donde el legislador, por motivos prácticos, invirtió el principio por el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, considerando que dichos edificios forman parte del patrimonio social y que en estos casos el valor del terreno será reembolsado a favor del cónyuge propietario del mismo (Artículo 310°, último párrafo CC). Algunos cónyuges para evitar esta regla, han pretendido argumentar que la causa de la edificación fue anterior al matrimonio, con el objeto de ingresar al supuesto del Artículo 302° inciso 2 CC. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 1818-96 LIMA emitida en el proceso seguido por Norma Mansilla contra su esposo Pedro Farro, sobre Declaración de propiedad, señaló que:

“el hecho de que [sic] la adquisición del terreno y parte del primer piso tengan causa anterior al matrimonio celebrado entre las partes, no puede interpretarse correctamente que esa causa alcance como tal a la construcción de los pisos indicados, pues estos bienes no existían cuando se celebró el matrimonio y fueron constituidos [sic] muchos años después de haberse celebrado” ³³.

Siguiendo la misma orientación, la Oficina Registral de Lima y Callao rechaza las rogatorias de inscripción o de rectificación que tengan por objeto

³² Esta solución coincide con la establecida por los Arts. 1357°, primer párrafo y 1358° CC español, que presenta como excepción a la vivienda y ajuar familiares, que son en parte bienes privativos y sociales, según la cuantía de los aportes (Arts. 1357° segundo párrafo y 1354° CC español) y con la del Art. 1736° inc 7 CC chileno.

³³ [CAS. N° 1818-96](#) LIMA del 04 de junio de 1998, publicada en la **SCEP** del 04 de agosto de 1998, págs. 1512, con aplicación del Artículo 177 inciso 3 CC de 1936. Existe una sentencia que con criterio singular y perturbador ha expresado que la edificación sobre terreno propio de uno de los cónyuges se rige por las reglas establecidas para la edificación de terreno ajeno (Arts. 941° y 942° CC), se trata de la [CAS. N° 102-98](#) PUNO del 17 de junio de 1998, publicada en la **SCEP** del 06 de agosto de 1998, pág. 1532.

inscribir a nombre de uno solo de los cónyuges la edificación construida en suelo propio a costa del caudal social -situación que se presume durante la vigencia de la sociedad de gananciales-, salvo que el cónyuge propietario del suelo acredite que dicha construcción se realizó con desembolsos de su patrimonio privativo ³⁴.

También sucede con las adquisiciones realizadas durante la vigencia del régimen a título gratuito (Art. 302° inc. 3 CC); en este ámbito se incluyen todas las adquisiciones realizadas por uno de los cónyuges sin que éstos hayan efectuado un sacrificio en compensación. No obstante, el legislador se encargó de limitar este concepto a los bienes obtenidos por causa de herencia, legado o donación ³⁵. Este criterio ha sido seguido al pie de la letra por la magistratura nacional, como veremos a continuación con los siguientes casos.

El primero: ¿qué condición tienen aquellos bienes adquiridos por prescripción adquisitiva?. En la CAS. N° 2176-99 LAMBAYEQUE ³⁶, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia resolvió la demanda de nulidad de acto jurídico presentada por Rosa Elvira contra su esposo Juan Durand: el demandado adquirió mediante prescripción adquisitiva el predio

³⁴ RES. N° 312-2000-ORLC/TR del 03 de octubre del 2000, en la **ORLC**, Vol. XI, Tomo I, págs. 320-322. En el supuesto que se acredite que uno de los cónyuges ha construido con cargo a su patrimonio privativo sobre suelo propio de su consorte, estaremos ante un supuesto de copropiedad.

³⁵ CORNEJO CHAVEZ, Héctor, ob. cit. nota 7, pág. 289. Contra esta concepción limitativa de los actos jurídicos a título gratuito, Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina y otros: **Derecho Civil, Tomo I, Vol. 2: Hechos y Actos Jurídicos**; (Diritto Civile, traducido por Fernando Hinestroza), Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 1992, págs. 1111-1112; y CIFUENTES, Santos: **Negocio Jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades**; Buenos Aires, Ed. Ejea, 1954, págs. 233-234.

³⁶ [CAS. N° 2176-99 LAMBAYEQUE](#) del 07 de diciembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 07 de abril de 2000, págs. 4976-4977. En el Derecho Argentino, BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, ob. cit. nota 29, pág. 236 y BORDA, Guillermo: **Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal**; en **La Ley**, 1983-A, pág. 839, consideran que el bien tiene la calidad de propio; esta solución tiene en cuenta el efecto retroactivo a la fecha de comienzo de la usucapión que tiene tal sentencia, dado su carácter declarativo. Similar solución expresan, el Art. 1792° del CC colombiano y el Art. 1736° CC chileno.

rústico “El Cerro” de 10 Hectáreas declarada por sentencia del 31 de agosto de 1990, durante la vigencia del matrimonio que celebró con Rosa Elvira el 30 de abril de 1973. Él argumentó que el bien era propio, porque inició las gestiones para que se declare la prescripción adquisitiva, de mutuo propio y sin desembolsar suma alguna en compensación; ella discrepó de tal interpretación y consideró que el bien formaba parte del patrimonio social. La Sala estableció que la declaración judicial efectuada a favor del que adquiere el dominio de un bien por prescripción adquisitiva de dominio no puede considerarse como un acto de liberalidad, durante la vigencia del matrimonio, vale decir con “la tenencia de la sociedad conyugal”; por lo que dicho bien está comprendido dentro del patrimonio social de ambos cónyuges.

El segundo: ¿qué condición tienen los bienes adquiridos por uno de los cónyuges como beneficiarios o adjudicatarios de la Reforma Agraria?. Serapio Silvano, Alberto Pastor y Ulises Castañeda adquirieron predios rurales, el primero en Ucayali, el segundo en Junín y el tercero en La Libertad, como adjudicatarios de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural del Ministerio de Agricultura, durante su vida matrimonial sujeta al régimen de la sociedad de gananciales. En los procesos iniciados por sus esposas, sobre nulidad de acto jurídico de disposición de dichos bienes, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia estableció como criterio que dichos inmuebles no habían sido adquiridos a título gratuito por los beneficiarios, porque dentro de dicho concepto sólo se incluyen los bienes que se obtienen por herencia, legado o donación ³⁷. Conrado Ugaz, por su parte, demandó la declaración de bien propio del predio rural ubicado en Lambayeque adquirido mediante condonación, en aplicación de la decimoquinta disposición general y

³⁷ Las sentencias son las siguientes: [CAS N° 106-95 UCAYALI](#) del 12 de diciembre de 1995, publicada en la **SCEP** del 27 de febrero de 1996, pág. 46; [CAS N° 220-96 JUNIN](#) del 26 de mayo de 1997, publicada en la **SCEP** del 04 de diciembre de 1997, pág. 162; y [CAS N° 762-96 LA LIBERTAD](#) del 03 de noviembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 31 de diciembre de 1998, págs. 2321-2322.

transitoria de la Constitución de 1979, basándose en que el bien fue adquirido a título gratuito; su esposa Bertha Colmenares reconvino para que el bien sea declarado social. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia acogió la reconvención de la esposa, por los mismos motivos que lo hizo para los predios rústicos adquiridos por la Reforma Agraria ³⁸.

En ese sentido, una primera aproximación a los criterios jurisprudenciales, nos lleva a la conclusión que nuestra magistratura nacional en los casos más comunes que ocurren en la práctica ³⁹, ha formado un criterio a favor del cónyuge no interviniente, que se puede expresar diciendo que “en la duda, a favor de la comunidad”.

Como complemento de lo anterior, el artículo 311° CC señala tres presunciones: (i) todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario, (ii) los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron; y (iii) cuando vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior. ¿Cómo han sido interpretadas estas presunciones en la práctica?.

³⁸ [CAS. N° 251-95](#) LAMBAYEQUE, publicada en la **SJEP** del 22 de noviembre de 1996, pág. 2409. Un caso singular e incongruente con los anteriores es el siguiente: Sabino Bonilla laboró para una Cooperativa Agraria de Trabajadores y al término de su relación laboral se le adjudicó un predio rural denominado “El Huaral”, cuando seguía casado con Ana Salgado; tiempo después, debido a desavenencias matrimoniales, ésta solicitó la separación de bienes sociales incluyendo dentro de su petitorio el inmueble adjudicado a su esposo. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, en la [CAS. N° 1304-98](#) LAMBAYEQUE, publicada en la **SCEP** del 27 de marzo de 2000, pág. 6208, desestimó la demanda, porque consideró que ese tipo de liberalidad sí se encontraba incluida dentro de lo establecido por el Artículo 302° inciso 3 CC. El tema merece ser tratado en un Pleno Casatorio.

³⁹ El resto de supuestos considerados en el Art. 302° CC son menos discutibles en la práctica y se refieren a bienes que eminentemente forman parte del patrimonio privativo de cada cónyuge, como son los bienes aportados antes de la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales (inc. 1) y los intrínsecamente ligados a la persona (incs. 4-9).

En el ámbito registral, el Art. 61° del Reglamento de las Inscripciones y el Art. 2° de la Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 033-96-SUNARP, han establecido como criterio que la inscripción de los derechos inmuebles y derechos inscribibles adquiridos durante el matrimonio debe extenderse siempre con la calidad de bienes comunes, debiendo hacerse constar en el asiento los nombres y apellidos de los cónyuges, salvo que se presente el título que justifique la calidad de propios o por resolución judicial ⁴⁰.

A manera de ejemplo, Nancy Alania pretendió inscribir como bien propio el inmueble ubicado en la Manzana Q, Primera Etapa de la Urbanización Mercurio, del Distrito de Los Olivos, Lima, que adquirió de los esposos Carmen Donayre y Hugo Loyola (en su calidad de vendedores) en contraprestación del precio que fue desembolsado con el dinero que le fue proporcionado por su padre en calidad de donación. Con el objeto que no exista duda alguna, su esposo, Percy Coria, declara en escritura pública, corroborando dicha condición. El Registrador observó el título y la solicitante interpuso apelación. El Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao ha señalado como precedente de observancia obligatoria que “con la finalidad de enervar la presunción de bien social contenida en el inciso 1) del Artículo 311° CC e inscribir un bien como propio, no es suficiente la

⁴⁰ **Reglamento de las Inscripciones** (aprobado por Acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 17 de diciembre de 1936): “Art. 61°.- La inscripción de los inmuebles y derechos inscribibles adquiridos durante el matrimonio, se extenderá siempre con la calidad de comunes debiendo hacerse constar en el asiento los nombres y apellidos de los cónyuges, salvo que se presente el título que justifique la calidad de propios en los casos de los incisos 1° y 2° del Artículo 177° del Código Civil, o resolución judicial que les asigne esta calidad, en los demás casos del citado artículo o la de reservados en el caso del Art. 206° del mismo Código”. Nótese que este artículo no ha sido actualizado con el actual CC.

Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 033-96-SUNARP (del 09 de febrero de 1996): “Art. 2°.- Declarar que la intervención conjunta de ambos cónyuges en los actos de adquisición, disposición o gravamen de bienes sociales inmuebles es requisito ineludible para la inscripción de tales actos en el Registro de Propiedad Inmueble.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación en los casos en que uno de los cónyuges que tenga poder especial del otro para la realización de alguno de tales actos”.

declaración efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa”⁴¹, lo cual implica que el origen de los fondos sea acreditado mediante instrumento público, conforme lo señala el Art. 245° CPC⁴². En igual sentido, no procede la rectificación de la calidad de un bien social como un bien propio, si no se acredita dicha condición⁴³. Los mismos requisitos se solicitan para acreditar la calidad de bienes propios por subrogación (Art. 311° incs. 2 y 3 CC)⁴⁴.

Esta exigencia nos parece demasiado drástica para acreditar la calidad de bien propio de uno de los cónyuges, lo que rigurosamente será imposible si se trata de dinero; cosa distinta es que por este medio se pretenda causar perjuicio a acreedores de buena fe, supuesto en el cual éstos podrán iniciar la acción revocatoria o la de nulidad por simulación (Art. 219° inc. 5 CC). En todo caso, aciertan más aquellas legislaciones, como el CC español (Art.

⁴¹ RES. N° 003-2002-ORLC/TR del 04 de enero del 2002, publicado en el Diario Oficial “*El Peruano*” del 30 de enero del 2002, págs. 216570-216572. Los antecedentes de este precedente son: RES. N° 020-96-ORLC/TR del 22 de enero de 1996, en **ORLC**, Vol. II, págs. 207-209; RES. N° 275-97-ORLC/TR del 30 de junio de 1997, en **ORLC**, Vol. IV, págs. 89-90; RES. N° 433-98-ORLC/TR del 24 de noviembre de 1998, en **ORLC**, Vol. VII, págs. 118-121; y RES. N° 239-99-ORLC/TR del 21 de setiembre de 1999, en **ORLC**, Vol. IX, págs. 108-111.

⁴² RES. N° 078/92-ONARP-JV del 26 de noviembre de 1992, en **ORLC**, Vol. I, págs. 39-40; RES. N° 431-96-ORLC/TR del 06 de diciembre de 1996, en **ORLC**, Vol. III, págs. 104-106; RES. N° 249-96-ORLC/TR del 30 de julio de 1996, en **ORLC**, Vol. III, págs. 107-109; RES. N° 247-97-ORLC/TR del 23 de junio de 1997, en **ORLC**, Vol. IV, págs. 91-93; RES. N° 037-98-ORLC/TR del 30 de enero de 1998, en **ORLC**, Vol. VI, págs. 59-62; y RES. N° 019-2000-ORLC/TR del 28 de enero del 2000, en **ORLC**, Vol. X, págs. 61-63.

⁴³ RES. N° 255-96-ORLC/TR del 30 de julio de 1996, en **ORLC**, Vol. III, págs. 71-72; RES. N° 286-96-ORLC/TR del 12 de agosto de 1996, en **ORLC**, Vol. III, págs. 73-75; y RES. N° 384-96-ORLC/TR del 11 de noviembre de 1996, en **ORLC**, Vol. III, págs. 76-77.

⁴⁴ RES. N° 053-96-ORLC/TR del 09 de febrero de 1996, en **ORLC**, Vol. II, págs. 101-103; RES. N° 087-96-ORLC/TR del 01 de marzo de 1996, en **ORLC**, Vol. II, págs. 110-112; RES. N° 001-96-ORLC/TR del 01 de enero de 1996, en **ORLC**, Vol. II, págs. 204-206; RES. N° 420-96-ORLC/TR del 29 de noviembre de 1996, en **ORLC**, Vol. III, págs. 101-103 y RES. N° 223-98-ORLC/TR del 12 de junio de 1998, en **ORLC**, Vol. VI, págs. 155-158. No obstante, resulta viable que las adquisiciones de bienes inmuebles realizadas durante la vigencia CC de 1936 se efectúen sin la necesaria intervención de la mujer, otorgándosele a dichos bienes la calidad de comunes: RES. N° 195-98-ORLC/TR del 07 de mayo de 1998, en **ORLC**, Vol. VI, págs. 122-124; RES. N° 215-98-ORLC/TR del 29 de mayo de 1998, en **ORLC**, Vol. VI, págs. 151-153; RES. N° 001-96-ORLC/TR del 01 de enero de 1996, en **ORLC**, Vol. II, págs. 204-206.

1324°), que admiten la simple confesión del consorte para inscribir el bien como propio, dejando a salvo los derechos de los herederos forzosos del confesante y a los acreedores, sean de la comunidad como de cada uno de los cónyuges ⁴⁵.

En síntesis, el examen en conjunto de las sentencias emitidas en casación y la jurisprudencia registral anotadas, nos conducen a afirmar que el “principio general de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio” –trazado por el legislador- ha venido absorbiendo verdaderas “zonas grises”, que se constituyen en los casos más frecuentes (Art. 302° incs. 2 y 3 CC) que en la práctica propone la dicotomía entre bienes propios y bienes sociales; convirtiéndose en un principio muchas veces infranqueable, que admite sólo como excepción la probanza fehaciente mediante instrumento público que la titularidad del bien corresponde al patrimonio privativo de uno de los cónyuges o que subroga a otro bien propio.

7. La nulidad como solución jurisprudencial

Sin perjuicio de lo antes expuesto, el principal problema que debe superar el cónyuge no interviniente, ante la ausencia de una sanción específica en el Art. 315° CC, es determinar cuál viene a ser el instrumento legal que le permitirá producir la ineficacia del acto de disposición arbitrario del patrimonio social, con el objeto que se restituya el bien a dicho patrimonio. Es cierto, que éste viene a ser un supuesto generalmente insospechado al inicio del matrimonio; pero adquiere importancia conforme van pasando los años y acrecentándose el patrimonio común dentro del régimen de sociedad de gananciales.

⁴⁵ Coincide DIEZ PICAZO, ob. cit. nota 18, pág. 227.

El legislador soslayó el problema y presentó argumentos insatisfactorios y de verdadera resignación sobre el tema. Recojamos sus palabras:

“Es cierto que esta solución deja en pie un problema importante si se opta por el régimen de comunidad de gananciales, y es el de las dificultades que acarrea para la contratación con terceros la obligación de que ambos cónyuges intervengan; pero ello podría ser subsanado en parte considerable si se dispusiese que esa doble intervención [se refiere a la intervención conjunta de ambos cónyuges en actos de disposición o de gravamen de bienes sociales] no se exige para actos de adquisición y si además se tiene en cuenta que uno de los cónyuges puede dar poder al otro. *Existe siempre, es verdad, el riesgo de abuso de uno de los cónyuges, pero si entre ellos no se mantiene un mínimo de armonía, diálogo y buena fe, entonces el problema no puede resolverlo ley alguna* ⁴⁶.

Ante este panorama, la primera opción –mas no la única- consiste en privar de eficacia al acto por haber sido afectado por una de las causales de nulidad del acto jurídico. En efecto, una revisión de diversas sentencias emitidas en casación, con relación a los casos propuestos al inicio del presente capítulo (véase acápite 5, págs. 28-29), nos llevan a la conclusión que la Corte Suprema de Justicia de la República se inclina por la nulidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social.

Así se pronunció la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 2273-97 LAMBAYEQUE, respecto al **CASO 1**, declarando a favor de la pretensión de Rosa Obregón la nulidad de los actos

⁴⁶ Palabras de CORNEJO CHAVEZ, Héctor en PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA: **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**; Lima, Fondo Editorial PUCP, 1980, págs. 540-541. En su Manual de Derecho de Familia, ob. cit. nota 7, pág. 299, señaló “*si bien es cierto que tratándose de bienes comunes y no pudiendo el marido vender lo que no es suyo, podría considerarse a la mujer como covendedora a los efectos de franquearle la acción rescisoria por causa de lesión; pero también es verdad que esa acción sólo procede cuando se trata de bienes inmuebles*”. Más tarde examinaremos los inconvenientes de esta solución (véase acápite 9, págs. 67-70).

de disposición arbitraria de los dos inmuebles sociales ubicados en la ciudad de Chiclayo realizados por su esposo a favor de sus hijos César, a título de anticipo de legítima, y María, a título de compraventa. La demandante invocó tres causales de nulidad (Art. 219° incisos 1, 5 y 7 CC); la Sala señaló (considerando segundo) que los “actos jurídicos resultan viciados de nulidad absoluta, conforme al Artículo 219 inciso 1 del CC, concordante con el Artículo 315° del mismo Código, porque no intervino la cónyuge”⁴⁷.

También lo hizo la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 1634-99 PUNO, en el proceso seguido por Guillermina Carhua contra los esposos Carmela Toro y Mauro Ildefonso, sobre otorgamiento de escritura pública. La demanda fue declarada infundada y el contrato suscrito por el esposo a favor de la demandante nulo como consecuencia de haberse “inaplicado el inciso 1 del Art. 219° CC, por cuanto dicho inmueble fue dispuesto unilateralmente por el esposo, acto jurídico que resulta viciado de nulidad absoluta, porque no intervino la cónyuge recurrente [esposa]”⁴⁸.

Así como la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, en su CAS. N° 398-97 CHINCHA del 11 de agosto de 1998, emitida en el proceso seguido por los esposos Flores contra los esposos Tasayco y Agropecuaria “El Refugio”. Los esposos Flores suscribieron un contrato de promesa de venta con los esposos Tasayco sobre un inmueble social; sin embargo, antes que se concrete el contrato de compraventa, el esposo Tasayco sin el asentimiento de su esposa dispone el bien a favor de la empresa Agropecuaria “El Refugio”. Los esposos Flores solicitan la nulidad basándose en que la esposa Tasayco no intervino en la

⁴⁷ [CAS. N° 2273-97](#) LAMBAYEQUE del 04 de noviembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 09 de diciembre de 1998, págs. 2189-2190. Con posterioridad examinaremos las implicancias de las posteriores enajenaciones realizadas por los hijos y la protección de la fe pública registral a favor de los terceros (véase acápite 12, págs. 104-105).

⁴⁸ [CAS. N° 1634-99](#) PUNO del 12 de octubre de 1999, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre de 1999, págs. 4197-4198.

disposición del inmueble social. La Sala reafirma la nulidad de dicho acto, señalando que “se ha llevado sin las formalidades requeridas para los actos jurídicos, puesto que el artículo 219° CC establece que los actos jurídicos son nulos cuando no ha existido manifestación de voluntad y que al no intervenir la esposa del vendedor, pese a que el contrato versaba sobre bien de la sociedad conyugal, se incurrió en dicha causal de la nulidad”⁴⁹.

Un caso similar al **CASO 2** es el siguiente: Delia Amanqui se casó con Juan Canahua el mes de febrero de 1981 y el 20 de abril de 1992 adquirió por compraventa un inmueble ubicado en la calle Zepita y Chinchana del Barrio Asunción de la ciudad de Juli (Puno), que ingresó al patrimonio social de ambos; sin embargo, la inscripción registral señala que el bien se encuentra inscrito a nombre de Juan Canahua dejando constancia que su estado civil es casado. Más tarde, éste adquiere un vehículo de la empresa Volvo y en garantía hipotecaria gravó el inmueble social. La esposa solicita la nulidad del gravamen. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 2492-98 PUNO, señaló que el acto adolece de nulidad por no haber participado ambos cónyuges⁵⁰.

Con relación a los actos de disposición a título gratuito, la magistratura nacional ha mantenido su posición. Esto se puede corroborar en el **CASO 3**, derivado del proceso seguido por Aida Diez Canseco contra su esposo Miguel Mujica, en el cual se discutieron los actos de disposición a título gratuito del patrimonio realizados por éste, mediante la constitución de la Fundación que lleva su nombre, afectando la propiedad predial urbana y las edificaciones del inmueble ubicado en la calle Alonso de Molina N° 110, Monterrico, Santiago de Surco de la ciudad de Lima y la Colección de Armas

⁴⁹ [CAS. N° 398-97](#) CHINCHA, publicada en la **SCEP** del 11 de marzo de 1999, pág. 2753.

⁵⁰ [CAS. N° 2942-98](#) PUNO del 28 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 26 de octubre de 1999, pág. 3806-3808. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, respecto del gravamen arbitrario del patrimonio social posee un fallo mal motivado, que finalmente no dice nada: [CAS. N° 1491-99](#) LAMBAYEQUE del 17 de setiembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 16 de noviembre de 1999, págs. 3991-3992.

del Perú y Oro del Mundo y la constitución de un usufructo personal a favor de sus hijos Milagros y Pedro, sobre los bienes antes indicados. La esposa solicitó la nulidad de estos actos por haber producido un desmedro en el patrimonio social, argumentando que éstos se realizaron sin su consentimiento. Por su parte, el esposo señala que la mayoría de dichos bienes ingresaron a su patrimonio propio, por haber sido adquiridos antes del matrimonio y que éstos por ser una Colección Cultural constituyen una sola unidad. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 2242-99 LIMA, señaló que el usufructo dispuesto a título gratuito por el esposo es nulo por contravenir el artículo 315° CC; sin embargo, respecto de la constitución de la fundación, por referirse a bienes propios, no constituye un acto de disposición arbitrario ⁵¹.

Sumado a lo anterior, la Comisión de Magistrados reunidos en el Pleno Jurisdiccional Civil 1997 opinaron que “de conformidad con el artículo 219° inciso 1 del CC el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente; que, para disponer de los bienes sociales se requiere la participación del marido y la mujer, que conjuntamente constituyen un patrimonio autónomo”, por lo que acordaron por unanimidad que “el acto jurídico por el que uno de los cónyuges dispone de bienes sociales sin la participación del otro, es nulo por no cumplir con los requisitos de validez del acto jurídico que exige el CC” ⁵².

En consecuencia, podemos afirmar que nuestra magistratura nacional considera que la causal de nulidad que afecta al acto de disposición

⁵¹ [CAS. N° 2242-99](#) LIMA del 05 de abril del 2000, publicada en la **SCEP** del 24 de agosto de 2000, pág. 6087-6088.

⁵² PODER JUDICIAL: **Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil 1997**, elaborado por la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional, 1997, págs. 4-5. Sólo hemos hallado un pronunciamiento que considera que el acto de disposición arbitrario sería nulo por infringir normas de orden público (Art. 219° inc. 8 CC). Se trata de la [CAS. N° 941-95](#) LA LIBERTAD del 12 de octubre de 1996, publicada en la **SJEP**, del 12 de marzo de 1997 y en PODER JUDICIAL: **Materiales de Trabajo para la Sala Plena de Jurisprudencia Vinculante**,

arbitrario del patrimonio social es la establecida por el Art. 219° inc. 1 CC, bajo el siguiente razonamiento de subsunción: la falta de intervención conjunta de ambos cónyuges en los actos de disposición (y de gravamen), sea a título gratuito u oneroso, de los bienes que conforman el patrimonio social equivale a la ausencia de manifestación de voluntad como elemento esencial de los actos jurídicos (Art. 140° CC).

La doctrina nacional, en cambio, no es unánime en cuanto a la causal de nulidad a emplearse. Así, BELAUNDE considera que el acto contiene un objeto jurídicamente imposible y por lo tanto, la causal de nulidad aplicable es la establecida por el Art. 219° inc. 4 CC, como indica a continuación:

“Al respecto, el suscrito se inclina a considerar que si la ley establece la intervención de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes sociales, la ausencia de uno de ellos en el acto dispositivo determina su nulidad al convertirse en un acto jurídicamente imposible de consumarse, siendo de aplicación los Arts. 140° inc. 2 y 219 inc. 3 del Código Civil. Es por tanto, un acto nulo conforme a los dispositivos antes citados.

¿Por qué la ausencia de uno de los cónyuges convierte a la disposición del bien común en un imposible jurídico?. Por una razón muy sencilla: si la ley establece el requisito de la intervención de ambos cónyuges como condición de validez, su omisión determina que no se ha cumplido la exigencia de la ley para que se perfeccione jurídicamente, al margen de que el acto como tal sea posible si cumple todos sus presupuestos legales. Por consiguiente, mientras persista esta situación el acto jamás llegará a configurarse, siendo en ese sentido un imposible jurídico, respecto del fin que se ha propuesto. De otro lado cabe argumentar que se trata de una situación de consentimiento incompleto, que desnaturaliza la esencia del acto jurídico así como del contrato, los cuales requieren de una perfecta manifestación de voluntad para consumarse. La falta o ausencia de consentimiento es causal de nulidad del

elaborados por la Comisión de Alto Nivel de Jurisprudencia de la Corte Suprema, Lima, 1999, págs. 119-123.

acto jurídico conforme al inc. 1 del Art. 219° CC. En ese aspecto dicho dispositivo es aplicable de pleno derecho a la venta de un bien inmueble social por sólo uno de los cónyuges.

Claro que puede alegarse que ésa sería más una característica de ineficacia que de nulidad, ya que la posterior intervención del cónyuge ausente podría convalidar el acto. Sin embargo, en opinión del suscrito, si el cónyuge no interviniente da su consentimiento después, se trataría de un nuevo acto jurídico que recién surte sus efectos a partir del momento que ambos cónyuges participan en él, debiéndose considerar como inexistente la primera transacción.”⁵³

En cambio, PLACIDO coincide que el acto es nulo por falta de manifestación de voluntad (Art. 219 inc. 1 CC); pero, considera que en función al interés protegido –el del cónyuge no interviniente- es aplicable la anulabilidad del acto de disposición arbitrario:

“Como queda dicho, la voluntad concorde de los cónyuges se requiere como elemento constitutivo necesario para la validez del acto. Siendo así, el acto practicado sin intervención de uno de ellos y, aun, sin la autorización supletoria judicial, es nulo por falta de manifestación de voluntad: esta se configura con la intervención de ambos cónyuges (Art. 219° inc. 1 CC).

(...)

Pero, como el interés afectado no es otro que el del cónyuge que no interviene para controlar el poder administrativo o dispositivo de bienes sociales y puede suceder, por el contrario, que, aún sin su consentimiento, no tenga nada que oponer al acto realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien que prefiera proteger su interés de algún otro modo, de acuerdo con su consorte, no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de

⁵³ BELAUNDE MOREYRA, Martín: *¿Nulidad o resolución de compraventa de un bien social?. De cómo una transacción simple terminó en un enredo jurídico*; en *Diálogo con la Jurisprudencia*; Ed. Gaceta Jurídica, Año 5, N° 13, Octubre, 1999, págs. 20-21.

nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende del arbitrio del cónyuge no interviniente.”⁵⁴

No quisiéramos finalizar este acápite, sin antes precisar los alcances que la nulidad como solución jurisprudencial presenta, de acuerdo a diversas casaciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia.

Por un lado, es importante tener en cuenta que para nuestra magistratura nacional sólo la acción de nulidad resulta procedente para los actos de disposición arbitraria del patrimonio social. Marleny Briones solicitó la tercería excluyente de dominio del inmueble gravado por su esposo Juan Arévalo y que fue materia de ejecución en el proceso seguido contra éste por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de Cajamarca. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 781-99 CAJAMARCA, señaló que:

“Si bien es cierto que el esposo ha gravado el bien sub litis sin la autorización de la esposa, también es cierto que la presente acción de tercería excluyente de propiedad, no es la vía idónea mediante la cual la demandante puede hacer valer su derecho sobre el bien en su calidad de cónyuge de Juan Arévalo Acuña, frente a la codemandada Caja Rural de Ahorro y Crédito de Cajamarca, demandante en el proceso sobre ejecución de garantía hipotecaria seguido contra su esposo, puesto que, se está vulnerando la naturaleza jurídica de la tercería de propiedad, por la cual se cuestiona la propiedad de los bienes afectados por la medida cautelar o para la ejecución, basado en el derecho de dominio sobre el bien o en el derecho preferente a ser pagado con el precio del bien”⁵⁵.

⁵⁴ PLACIDO, Alex: ob. cit. nota N° 1, pág. 161. Hay un contrasentido en esta afirmación: no se puede postular que el acto adolece de uno de sus elementos esenciales –la manifestación de la voluntad de ambos cónyuges- y a su vez, considerar que el acto es anulable.

⁵⁵ [CAS. N° 781-99 CAJAMARCA](#) del 24 de setiembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 16 de noviembre de 1999, pág. 3992.

La nulidad también puede utilizarse para aquellos actos en los que, aún cuando no hay disposición efectiva del patrimonio social, existe un riesgo latente de dicha disposición, como es el caso de entregar en arras un bien mueble social. El 11 de marzo de 1987, Carlos Peña celebró un contrato de promesa de venta con Fidel Mamani, por el cual el primero se comprometía a venderle un inmueble ubicado en la calle Manantial N° 550, La Planicie, Lima y el segundo, en señal de arras de retractación entregó US \$ 20,000 y un automóvil marca Mercedes Benz valorizado en US \$ 35,000. Noemí Poblete, esposa de Fidel Mamani, solicitó la nulidad de las arras por haber recaído sobre bienes sociales. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 964-99 LIMA, señaló que el acto de entrega de arras de retractación y de una suma de dinero que constituyen al patrimonio social corresponden a una disposición arbitraria y por lo tanto son nulos, ordenando la devolución de dichos bienes al patrimonio social ⁵⁶.

De acuerdo al criterio de la Corte Suprema de Justicia, la nulidad sólo puede invocarse por el cónyuge no interviniente en vía de acción mas no mediante contradicción en proceso ejecutivo o de ejecución. En ese sentido, la CAS. N° 05-99 HUANUCO ⁵⁷. Tampoco nuestro ordenamiento procesal admite deducir como excepción procesal la nulidad del acto, conforme es de verse del Art. 446° CPC; razón por la cual no podrá invocarse por dicha vía.

Uno de los aspectos de mayor discusión es el relativo a los bienes muebles, a partir de la incomprensible redacción del segundo párrafo del Art. 315° CC, que señala como excepción de la actuación conjunta de ambos cónyuges “la adquisición de bienes muebles”. La única justificación que aparece en el Proyecto de CC elaborado por la Comisión Reformadora dice que tal excepción serviría para atenuar los rigores de la actuación conjunta

⁵⁶ [CAS. N° 964-99](#) LIMA del 25 de agosto de 1999, publicada en la **SCEP** del 12 de noviembre de 1999, pág. 3911.

⁵⁷ [CAS. N° 05-99](#) HUANUCO del 24 de junio de 1999, publicada en la **SCEP** del 28 de setiembre de 1999, págs. 3605-3606.

de ambos cónyuges en los actos de disposición arbitraria de los bienes sociales, bajo el entendido que los actos de adquisición de bienes importan necesariamente una contraprestación ⁵⁸. Esto evidencia un craso error del legislador, ya que como sabemos, los actos de adquisición pueden ser a título gratuito, en los cuales no existe contraprestación, o a título oneroso, en los cuales sí existe una contraprestación y por lo tanto apareja un acto de disposición de bienes a cambio, que pueden ser o no del patrimonio social y si bien los primeros no aparejan mayor peligro, por no importar ningún tipo de disposición, los segundos sí, ya que se pueden producir desmedros al patrimonio social mediante la sobrevaluación del bien a adquirirse; supuesto que no será compensado por el principio de subrogación del Art. 311° inc. 2 CC . No solucionó nada la Comisión Revisora al limitar el texto del Proyecto de CC a los “actos de adquisición de bienes muebles”; máxime si actualmente existen bienes muebles de igual o mayor valor que los inmuebles.

En el ámbito registral se ha formado como criterio que la adquisición de bienes inmuebles de los casados requiere necesariamente el asentimiento de ambos cónyuges –como se puede leer del Art. 61° del Reglamento de Inscripciones y el Art. 2° de la Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 033-96-SUNARP-, a partir de una interpretación *contrario sensu* del segundo párrafo del Art. 315° CC.

⁵⁸ “Las dificultades prácticas a que se ha hecho mención párrafos arriba se presentan principalmente tratándose de los actos de gravamen o de disposición, que, como regla general, exigen la intervención de ambos cónyuges (Artículo 315); y precisamente con el ánimo de obviarlas o atenuarlas, el ponente propuso: primero, la posibilidad de que uno de los cónyuges confiera poder al otro; y segundo, que la participación de ambos cónyuges no sea necesaria tratándose de actos de adquisición –pese a que, como es obvio, en todo acto de adquisición de un bien existe uno de disposición del dinero con que se adquiere- o de actos a los que se refieran leyes especiales (como por ejemplo, aquellos a que aludieron los decretos-leyes N°s 18358 y 18855). Aceptado este criterio por la Comisión Reformadora, la Revisora lo limitó a los actos de adquisición de bienes muebles –los que ordinaria, pero no necesariamente, son menos valiosos que los inmuebles- y a los considerados en leyes especiales”. Palabras de CORNEJO CHAVEZ, Hector: ob. cit., nota 7, pág. 300. Antes, el mismo autor opinó totalmente a favor de la redacción de la Comisión Revisora, ver:

En realidad, el legislador quiso referirse a las adquisiciones a título oneroso que se realizan dentro de la potestad doméstica; es decir, para solventar las necesidades ordinarias del hogar, tema al cual nos hemos referido con anterioridad (véase acápite 5, págs. 31-35). En fin, esta fórmula legal no cumple su finalidad y más bien se ha convertido en fuente de equívocos y confusiones ⁵⁹.

Cipriana Orihuela y Victoriano Chirinos, durante su matrimonio, adquirieron un camión de placa de rodaje XY-1174. El esposo dispuso el bien sin consentimiento de su esposa a favor de Paulino León. La esposa solicitó la nulidad del acto; Paulino León contestó que el esposo de la demandante sí se encontraba facultado por tratarse de “la adquisición de un bien mueble social”, y por lo tanto, exceptuado de la regla de la actuación conjunta. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 951-2000 LIMA, interpretó los alcances del segundo párrafo del Art. 315° CC, señalando que dicha norma sólo se refiere a la adquisición de bienes muebles, mas no a los actos de disposición de un mueble social, donde es “necesaria la intervención de ambos cónyuges en la celebración del acto jurídico” ⁶⁰

Comisión encargada del estudio y revisión CC (compiladora: Delia Revoredo de Debakey): ob. cit. nota 7; pág. 467.

⁵⁹ También incurrir en el mismo error: PLACIDO, Alex; ob. cit. nota 18, pág. 163, al indicar que esta excepción no se justifica, porque “en todo acto de adquisición de un bien existe uno de disposición del dinero con que se lo adquiere” y ARIAS-SCHREIBERT, Max: ob. cit. nota 8, págs. 235-236. La Sub Comisión de Derecho de Familia del Congreso de la República propone modificar el segundo párrafo del Art. 315° CC, con el siguiente texto: “Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para las necesidades ordinarias de la familia, para gastos urgentes de carácter extraordinario, actos de conservación de bienes sociales y adquisición de bienes muebles que no sean de gran valor, o cualquier otra situación prevista por la ley, bastando en estos casos la intervención de cualquiera de los cónyuges”, como puede verse en MUÑIZ ZICHES, Jorge y otros: ob. cit. nota 9, pág. 342. Otros intentos fallidos fueron los Proyectos de Ley N° 1666/96-CR y 2774/96-CR.

⁶⁰ [CAS. N° 951-00](#) LIMA del 23 de octubre del 2000, publicada en la **SCEP** del 30 de enero del 2001, pág. 6842.

8. Soluciones minoritarias

BARCHI analiza el acto de disposición arbitrario de un inmueble social, específicamente mediante compraventa, señalando que éste es válido pero rescindible por tratarse de una venta de bien ajeno. A renglón seguido transcribimos su opinión:

“Nosotros consideramos que la disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro es válida, por los argumentos que a continuación se indican.

El patrimonio social de la sociedad de gananciales (bienes sociales), constituido por las situaciones jurídicas cuya titularidad corresponde a la sociedad conyugal que adopta el régimen de sociedad de gananciales, es un “patrimonio separado de titularidad conjunta” (“mano común” o *“gesamnte hand”*).

Es un “patrimonio separado” del patrimonio propio de cada uno de los cónyuges (bienes propios), afectado a un fin determinado, esto es, a responder por las deudas que asuma la sociedad de gananciales (Artículo 317 CC). Es de titularidad conjunta (“mano común”) en la medida que los bienes que integran dicho patrimonio pertenecen a ambos cónyuges en conjunto (copropiedad sin cuotas), de tal manera que cada cónyuge individualmente es un tercero con relación al bien.

La titularidad conjunta supone que para la disposición de un bien social se requiere en principio, el consentimiento de ambos, de tal manera que cuando uno de ellos dispone del bien sin intervención del otro, en realidad estamos en un supuesto de disposición de bien ajeno. El bien social respecto a cada uno de los cónyuges no es un bien parcialmente ajeno como el caso de los copropietarios, pues en este caso a cada uno de los copropietarios les corresponde una cuota ideal del bien, hecho que en la sociedad de gananciales sólo se presenta a su disolución.

(...)

Se ha considerado que el artículo 315° CC constituye una norma de orden público, por lo que todo acto jurídico contrario es nulo (Artículo V del Título Preliminar del Código Civil). Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. El artículo indicado, protegería así al cónyuge que no interviene en la disposición, lo que en la práctica significa proteger a la mujer. Ello porque el régimen de la sociedad de gananciales, tiene su fundamento en la clásica distribución de roles en el matrimonio, donde el hombre es quien tiene acceso al mercado mientras que la mujer queda limitada al espacio doméstico.

En tal sentido, se explica que la titularidad de los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales corresponda en conjunto a ambos cónyuges, como lo establece el artículo 315° CC, de manera que la sociedad conyugal sujeta a este régimen económico se comporta como un 'sujeto abstracto que obra como tercero distinto de los individuos que la componen' con lo que se trata de evitar que un bien social pueda ser transferido sin el consentimiento de uno de los cónyuges; es decir, sin el consentimiento del titular.

Ello ha llevado a considerar que esa protección se logra atribuyendo al artículo 315° CC el carácter de orden público. En tal sentido, se dice, el Estado pretende evitar que se "expropié" a uno de los cónyuges, sancionando con nulidad todos los actos de disposición de los bienes sociales en los que no intervengan uno de ellos.

Sin embargo, encontramos un contrasentido en dicha afirmación. En efecto, el "orden público" supone no una norma considerada individualmente sino como parte de un sistema. Esto nos lleva a la idea de "orden público económico" el cual comprende 'un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla'" ⁶¹.

⁶¹ BARCHI, Luciano: *Disposición de bien social. Cónyuge que aparece como titular en el registro*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, N° 3, 1996, págs. 56-64. La posición del autor reseña una ejecutoria emitida el 08 de enero de 1991 y que resuelve un caso en el que son de aplicación las normas referidas al CC de 1936. Por lo que, en principio

Se trata de una posición que ha contagiado a algunos abogados en la defensa e incluso a algunos jueces ⁶², pero que no ha sido recogida por la Corte Suprema de Justicia, como puede verse de casaciones recientes. Así, resolvió en la CAS. N° 238-96 TACNA, la Sala de Derecho Constitucional y Social en el proceso seguido por Eulalia Dávila contra su esposo y Armando Herrera (tercero adquirente), sobre nulidad de acto jurídico (de disposición arbitrario de bien social). El tercero que venía de perder en segunda instancia, recurre en casación argumentando que el acto de disposición arbitrario no es nulo sino únicamente rescindible por el comprador (que es él), basándose en los Arts. 1539° y 1409° inc. 2 del CC. La Sala señaló que:

“El artículo 315° del Código Civil establece la forma de disponer de los bienes sociales y gravarlos, requiriéndose la intervención del marido y la mujer, al no haberse llenado esta exigencia el acto jurídico es nulo, por aplicación de los incisos 1° y 6° del artículo 219° del Código Civil; que no hay venta de lo ajeno porque el vendedor no puede sustituir la expresión de voluntad del verdadero propietario; que el caso que se refiere el artículo 1539° del Código Civil, es diferente al presente, pues consiste en la facultad que se otorga al comprador de bien ajeno para pedir su rescisión si hubiese ignorado que el bien no pertenecía al vendedor, pero en el presente caso hay también nulidad en la venta de la cónyuge promovida por ella, hecha sin su intervención, es decir sin expresión de su voluntad como lo exige el inciso 1 del Art. 219° del acotado. Que, también es distinto el caso del inciso 2 del Art. 1409° del

consideramos inapropiada la cita de artículos CC de 1984 sin detallar de qué manera se relacionan ambos cuerpos normativos.

⁶² La Dra. Valcárcel Saldaña, en su voto en minoría en la sentencia expedida por la Sala de Familia de Lima (Expediente N° 2234-96), señaló –abundando a favor de esta tesis– que el acto “en estricto, se trata de la venta de un bien ajeno, acto jurídico que por sí mismo no está afectado de nulidad por expresa autorización del Art. 1409 inc. 2 concordante con el Art. 1539° CC, desde que la ineficacia que se le reconoce es la rescisión. (...) Además siendo un acto jurídico *res inter alios acta*, dicha venta le sería inoponible a la sociedad conyugal de la que forma parte el demandante, pues no ve afectado su derecho al no haber intervenido en él y, por tanto la transferencia no se ha producido para él y los efectos del mismo no le alcanzan ni le son exigibles. (...). En tal sentido, el demandante sigue siendo propietario y no necesita de una sentencia judicial que declare la nulidad de un acto jurídico o documento que no ha celebrado y que no afecta su derecho real de propiedad”. Al

mismo Código, que es el supuesto de vender o afectar bienes ajenos expresando la situación en el contrato, respondiendo al otorgante por la obligación que contrae es el supuesto de vender o afectar bienes ajenos, expresando la situación en el contrato, respondiendo el otorgante por la obligación que contrae en nombre de otro sin tener expresa facultad para hacerlo, es decir haya ausencia de dolo o engaño”⁶³.

En igual sentido, en el proceso seguido por Esperanza Delza y Aledia Aragón contra Isidro Novario, sobre otorgamiento de escritura pública, la demandada reconvino la nulidad del acto de disposición arbitrario por no haber participado conjuntamente con su consorte. La Sala Civil Permanente, en la CAS. N° 1316-96 LIMA, señaló a favor de la reconvención que el acto es nulo y que “los artículos 1539° y 1412° CC [*invocados en la sentencia de segunda instancia*] se refieren a supuestos de hecho distintos a los resueltos en el presente proceso”; por lo que su aplicación es indebida⁶⁴.

Por cierto, la solución que el legislador peruano estableció para la compraventa de bien ajeno no tiene precedentes en el Derecho Comparado: es la única que ha establecido que dicho acto jurídico es rescindible. La mayoría de Códigos ha optado por la anulabilidad y otros por la nulidad del acto. El sistema peruano sustenta la validez de la compraventa de bien ajeno en el hecho que su única peculiaridad frente a la compraventa común y corriente radica en que recae sobre un bien que el vendedor conoce que es ajeno y el comprador lo ignora. Con posterioridad, DE LA PUENTE, autor de esta propuesta ha admitido la existencia de omisiones en la redacción del Art. 1539° CC, realizando precisiones a la compraventa de bien ajeno: *la primera*, que el vendedor no debe informar al comprador que el bien es

respecto, véase: PODER JUDICIAL: **Derecho de Familia. Criterios Jurisprudenciales**, Lima, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Ejecutiva, 2000, pág. 166.

⁶³ [CAS. N° 238-96](#) TACNA del 02 de diciembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 02 de diciembre de 1997, págs. 133-134.

⁶⁴ [CAS. N° 1316-96](#) LIMA del 04 de julio del 2000, publicada en la **SCEP** del 17 de setiembre del 2000, pág. 6222.

ajeno al momento de celebrarse la compraventa –supuesto del Art. 1537° CC- pero tampoco que es propio –en cuyo caso, el vendedor actuaría con dolo y el acto sería anulable (Art. 210° CC)-; *la segunda*, es indispensable que el contrato esté sujeto a un razonable plazo suspensivo inicial que permita al vendedor obtener la propiedad del bien a fin de transferirla al comprador dentro de tal plazo, esto último se debe a que nuestro ordenamiento legal ha optado por el sistema del título y el modo, lo cual trae como consecuencia que la inexistencia de este plazo traiga insuperables dificultades, especialmente tratándose de la compraventa de inmuebles ajenos; y *la tercera*, que la rescisión opera como un mecanismo de defensa del comprador cuando se percata que el bien no pertenece al vendedor y dentro del plazo establecido por ambas partes. A ello, ha agregado CASTILLO una limitación adicional, que nos parece razonable: la figura sólo es aplicable para bienes ciertos al momento de la celebración del acto, mas no pueden ser bienes inciertos o fungibles. En consecuencia, la rescisión tiene como única justificación la particular situación del comprador que dentro del plazo inicial convenido con el vendedor, se percata que éste no es dueño del bien materia del contrato ⁶⁵.

En el Derecho comparado, especialmente para cierto sector de la doctrina argentina, la sanción aplicable sería la de ineficacia relativa (denominada también, inoponibilidad o irrelevancia). Se trata de supuestos en los cuales la ley toma en cuenta el interés del tercero afectado por la celebración de un acto jurídico (en nuestro caso, el cónyuge no interviniente); para lo cual, sin perjuicio de que ese acto puede desplegar sus efectos propios entre quienes los otorgaron, limita la eficacia respecto de terceros con un interés distinto, que se verían perjudicados de no disponerse

⁶⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: **Estudios sobre el contrato de compraventa**; Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1999, págs. 81-85. Véase la diferencia entre lo expuesto en dicho libro y la exposición de motivos del CC. Al respecto, Cfr. Comisión encargada del estudio y revisión CC (compiladora: Delia Revoredo de Debakey): **Código Civil, Parte III, Tomo VI: Exposición de motivos y comentarios**; Lima, Grafotécnica, 1988, 2da. ed., págs. 210-211. CASTILLO FREYRE, Mario: **Tratado de la Venta**, Volumen XVIII, Tomo III, Lima, PUCP, 2000, págs. 30-33.

tal limitación. En ese sentido, se habla de ineficacia relativa, cuando la eficacia del acto jurídico no es total respecto de las personas, pues ciertos terceros pueden desconocerlo como si no existiera ⁶⁶.

Para los autores que postulan esta solución, la inoponibilidad es la que mejor responde al acto de disposición arbitrario del patrimonio social; para lo cual postulan que la falta de manifestación de voluntad de uno de los cónyuges es un elemento de eficacia del acto mas no de validez. En ese sentido, el acto sería válido y eficaz entre las partes que lo celebraron –el cónyuge interviniente y el tercero-, pero ineficaz para el cónyuge no interviniente, para quien el acto es como si no existiese. Así, esta solución deja a salvo el derecho del tercero, quien podrá obtener la ratificación del acto por el cónyuge no interviniente y a partir del cual tendrá plena eficacia o podrá demandar la indemnización por daños y perjuicios al cónyuge interviniente, ante el incumplimiento de su prestación (transferencia del bien).

En nuestro ordenamiento legal, esta situación se asemeja a la descrita por el Art. 161° CC para los actos celebrados por el representante sin poder. Como se sabe, para que exista representación en puridad basta la actuación del representante en nombre del representado; sin embargo, para la producción de la eficacia directa de la gestión representativa en la esfera jurídica del representado es menester un nuevo requisito, que consiste en la existencia de un previo poder de representación o en una posterior ratificación por el seudo representado de lo hecho por el representante (Art. 160° CC).

⁶⁶ Respecto al concepto de ineficacia relativa, véase: CIFUENTES, Santos, ob. cit. nota 35, pág. 576-580 y ZANNONI, Eduardo: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*; Buenos Aires, Ed. Astrea, 1era. reimp., págs. 135-138. De acuerdo a este último autor, en este caso nos encontramos ante la inoponibilidad positiva –no se puede oponer la eficacia frente a determinados terceros- y no negativa –no se puede oponer la ineficacia del acto frente determinados terceros-.

En ese sentido, habiéndose diferenciado el acto de apoderamiento (concesión del poder) como figura independiente del acto realizado por el representante con el tercero, se puede decir que existe representación sin poder cuando: (i) quien se comporta como representante no ha tenido jamás poder de representación o la vigencia de su poder ya venció; o (ii) quien posee poder de representación se excede de sus facultades o las viola. En estos casos, señala el Art. 161° CC, el acto jurídico es ineficaz con relación al representado; no obstante, puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración (Art. 162° CC) ⁶⁷.

La pregunta es si el acto de disposición arbitrario del patrimonio social constituye un acto de representación sin poder y por lo tanto inoponible al cónyuge no interviniente, de acuerdo a los límites establecidos por nuestro CC. Abona a favor de dicha tesis, la posición de VIDAL que considera que la representación de la sociedad conyugal constituye un caso especial de representación legal; de acuerdo a una singular interpretación que realiza del Art. 292° CC ⁶⁸. Siguiendo este razonamiento la falta de manifestación de voluntad de uno de los cónyuges importa la insuficiente representación de la “sociedad conyugal”. Sin embargo, consideramos que esta tesis, aún llevada a sus últimos extremos, no tiene un verdadero sustento: la sociedad conyugal no es una entelequia distinta de ambos cónyuges (como lo expresáramos anteriormente, véase acápite 4, págs. 22-23); por lo tanto, éstos no resultan representantes por mandato legal de la misma.

En realidad, la representación de los cónyuges se encuentra dentro del ámbito de la representación voluntaria, conforme lo señala el Art. 146° CC

⁶⁷ Respecto al tema: BIGLIAZZI GERI, Lina y otros, ob. cit. nota 18, págs. 728-731 y DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: **Sistema de Derecho Civil, Vol. I: Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica**, Madrid, Ed. Tecnos, 9na. ed. 1998, págs. 565-574.

⁶⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando: **La representación en el ámbito del Derecho de Familia**; en TRAZEGNIES GRANDA y otros: **La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez**; Lima, PUCP, 1992, págs. 288-289.

con una fórmula breve pero precisa “se permite la representación entre cónyuges”. Este dispositivo tiene relación con el primer párrafo del Art. 315° CC, que señala como una de las excepciones a la regla general de actuación conjunta de los cónyuges en los actos de disposición del patrimonio social que uno de ellos tenga poder especial del otro. En consecuencia, puede darse la posibilidad que se produzca un acto de representación sin poder entre los cónyuges, cuando uno de ellos (el falso procurador) afirma tener la representación del otro y sin embargo, no posee poder o se excede de sus facultades. En este caso, el cónyuge no interviniente puede ratificar el acto o de lo contrario, el tercero podrá resolver el acto y solicitar la indemnización por daños y perjuicios, de ser el caso.

No obstante, debemos admitir que la inoponibilidad no es una figura suficientemente delineada en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el Art. 156° CC señala que “para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad”. Esta norma, a pesar de referirse ciertamente al acto jurídico de apoderamiento, trasciende al acto realizado mediante representación sin poder, ya que si éste se refiere a la disposición o gravamen del bien del representado, su voluntad debe manifestarse bajo la forma establecida por la ley, bajo sanción de nulidad⁶⁹.

Para entender el origen de esta confusa regulación, debemos retrotraernos al momento de la elaboración del Título Tercero del Libro Segundo CC, que tuvo como mérito indiscutible haber culminado una evolución legislativa, independizando la figura de la representación del contrato de mandato –este último fue el modelo del CC francés-. No obstante, en la construcción de dicho Título, el legislador recogió normas del CC de 1936, como puede verse de sus Arts. 147°, 148°, 149°, 151°, 152°,

⁶⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo: *El Negocio Jurídico*, Lima, Grijley, 1994, 2da. ed., págs. 192-194, coincide igualmente que la formalidad establecida por el Art. 156° CC colisiona con el Art. 161° CC, además de los Arts. 164° y 165°.

154°, 155°, 156°, 157°, 158°, 159° y 164°⁷⁰ y las fusionó con normas recogidas CC italiano que actualmente se encuentran en sus Arts. 145°, 160°, 161°, 162°, 163° y 166°⁷¹. La unión de ambas normas trajo consigo la actual antinomia existente entre los Arts. 156° y 161° CC; ya que el primero, reclama la nulidad del apoderamiento y en consecuencia del acto realizado en base a éste (cuando se refiere a la disposición y gravamen de un bien de propiedad del representado); mientras que el segundo, señala que el acto es ineficaz relativo frente al seudo representado sin importar que se haya realizado o no el apoderamiento.

9. Inconvenientes de estas soluciones

Comencemos por las dos últimas soluciones propuestas: la rescisión y la ineficacia relativa. Esta última, como ha quedado dicho, sólo puede tener cabida entre los cónyuges, cuando uno de ellos se atribuye la representación de su consorte, sin poseer poder alguno o poseyéndolo se extralimita de sus facultades o las viola.

De otro lado, es de destacar que ante la confusa regulación en nuestro CC de la ineficacia relativa del acto realizado por el representante sin poder, una gran cantidad de casaciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia se ha alejado de esta solución, asimilándolo como un supuesto de anulabilidad. A manera de ejemplo, en la CAS. N° 100-95 LIMA, se establecieron los alcances del Art. 161° CC, señalando que “al establecer el Art. 220° del Código sustantivo que la nulidad del acto jurídico no puede

⁷⁰ Estos artículos corresponden respectivamente a los Arts. 1642°, 1643°, 1650°, 1652°, 1651°, 1653°, 1632°, 1633°, 1638°, 1639°, 1641° y 1640° CC de 1936, contenidos en el Título X (Mandato) de la Sección V de dicho Código.

⁷¹ Los artículos citados corresponden a los Arts. 1387°, 1388°, 1398°, 1399°, 1390° y 1395° CC Italiano (Capítulo VI de la Sección IV del Libro Cuarto). Curiosamente en la Exposición de Motivos no se revela la verdadera fuente de la actual regulación del Título referido a la Representación en nuestro CC.

subsanarse por la confirmación, resulta que en los casos previstos en el Art. 161° del mismo dispositivo legal, invocado como fundamento de la nulidad del acto jurídico, sí puede ser ratificado, de acuerdo con lo expresado por el Art. 172° del mismo Código, por lo que no puede tratarse de la nulidad del acto jurídico, sino de su anulabilidad”⁷². Este es un error gravísimo de nuestra jurisprudencia nacional al confundir la ineficacia relativa (o inoponibilidad) con la anulabilidad, en su intento de descartar a la nulidad como solución frente al acto realizado por el falso procurador. Es de recalcar que la anulabilidad permite la confirmación del acto por la persona que participó en el acto jurídico, mas no su ratificación; ésta es una característica propia de la inoponibilidad, a favor del tercero que no participó en el acto jurídico y cuya aquiescencia se requería para dar validez al acto del seudo representante. Asimismo, tampoco se ha tenido en cuenta que la anulabilidad debe ser prescrita expresamente por la ley y no puede ser virtual.

Frente a este criterio jurisprudencial, sólo existen dos sentencias que han interpretado correctamente el sentir del legislador⁷³; mientras que otras, han señalado acertadamente que el límite de esta solución –nos referimos a la ineficacia relativa- se produce cuando el acto de representación sin poder

⁷² [CAS. N° 100-95](#) LIMA del 02 de agosto de 1996, publicada en la **SJEP** el 10 de noviembre de 1996, pág. 2373. En igual sentido: CAS. N° 560-97 ANCASH del 26 de febrero de 1998, publicada en la **SCEP** del 28 de mayo de 1998, pág. 1188-1189; CAS. N° 2192-97 CHIMBOTE del 05 de junio de 1998, publicada en la **SCEP** del 06 de agosto de 1998, pág. 1527; CAS. N° 738-99 CAÑETE del 13 de agosto de 1999, publicada en la **SCEP** del 19 de octubre de 1999, págs. 3778-3779; CAS. N° 2064-99 LIMA del 26 de noviembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 07 de abril del 2000, pág. 4973; CAS. N° 926-00 LIMA del 18 de julio del 2000, publicada en la **SCEP** del 30 de octubre del 2000, pág. 6377; y [CAS. N° 1021-96](#) HUAURA del 25 de noviembre de 1996, publicada en la **SCEP** del 11 de mayo de 1998, pág. 979.

⁷³ CAS. N° 818-98 CUSCO del 10 de agosto de 1998, publicada en la **SCEP** del 16 de octubre de 1998, págs. 1936-1937 y CAS. N° 2021-97 LIMA del 12 de octubre de 1998, publicada en la **SCEP** del 05 de diciembre de 1998, págs. 2148-2149. El tema merece ser materia de un Pleno Casatorio.

se encuentra ligado a la comisión de un delito ⁷⁴; supuesto en el cual, coincidimos que por tratarse de un acto contrario al orden público es nulo (Art. 219° inc. 8 CC).

Efectuada esta aclaración, podemos afirmar que el supuesto de representación sin poder es distinto del acto de disposición arbitrario del patrimonio social. En el primero, el cónyuge interviniente alude tener la representación de su consorte y por lo tanto afirma que el bien pertenece a la sociedad conyugal; mientras que en el segundo, el cónyuge interviniente vende como propio un bien que pertenece al patrimonio social de ambos cónyuges.

En cuanto se refiere a la rescisión, si bien ha sido establecida por el Art. 1539° CC específicamente para la compraventa de bien ajeno, la doctrina nacional considera viable que sus normas puedan ser aplicadas por analogía a otros contratos sobre bienes ajenos (permuta, suministro, donación, mutuo, arrendamiento, comodato, depósito y renta vitalicia) ⁷⁵; por lo que se puede señalar que el alcance de esta figura puede ampliarse a otros supuestos contractuales. No obstante, las limitaciones establecidas por el propio legislador reducen inmensamente la posibilidad de realización de la compraventa de bien ajeno y la circunscriben a un supuesto bastante específico y de rara ocurrencia, en la medida que pocas personas están dispuestas a celebrar un contrato de compraventa con un plazo suspensivo inicial, sin antes ser informados por el vendedor si el bien es o no suyo. Tal

⁷⁴ CAS. N° 1354-99 LIMA del 07 de octubre de 1999, publicada el 18 de diciembre de 1998, en la **SCEP**, pág. 4327-4328 y CAS. N° 2792-00 LAMBAYEQUE del 02 de julio del 2001, publicada el 02 de julio del 2001, en la **SCEP**, pág. 7337-7338.

⁷⁵ En este tema, coinciden DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; **El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VIII CC**, Primera Parte, Tomo III, Lima, PUCP, 1993, 2da. ed., págs. 436-439 y CASTILLO FREYRE, Mario: ob. cit. nota 65, págs. 35-36.

vez por ello, aunque basado en otros argumentos, CASTILLO es de la opinión que el actual Art. 1539° CC debe derogarse ⁷⁶.

Por cierto, el autor de la propuesta legislativa consideró necesario que en los supuestos de compraventa de bien ajeno, en los que no se haya señalado un plazo suspensivo inicial, y “en tanto no se introduzca la correspondiente reforma en el CC, los jueces deberían integrar los contratos de compraventa de bienes ajenos con sendos plazos suspensivos iniciales que permitan su ejecución” ⁷⁷.

La respuesta de nuestra jurisprudencia nacional –ante esta complicada regulación y para sorpresa del legislador-, ha sido señalar que la compraventa de bien ajeno es nula y no rescindible como se infiere a partir de una interpretación literal del Art. 1539° CC. La razón fundamental que ha motivado a la Corte Suprema de Justicia a señalar este criterio, en diversas sentencias emitidas en casación, se sustenta en que la venta de bien ajeno es tipificada como delito por la ley penal (Art. 197° inc. 4 del Código Penal) y por lo tanto se trata de un acto jurídico contrario al orden público (Artículos VII del Título Preliminar y 219° inciso 8 CC). Así, lo ha establecido la Sala Civil Transitoria, en la CAS. N° 354-T-95 CUSCO ⁷⁸, con los siguientes argumentos que pasamos a exponer:

⁷⁶ CASTILLO FREYRE, Mario: ídem, págs. 27-157.

⁷⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; ob. cit. nota 75, pág. 82.

⁷⁸ [CAS. N° 354-T-97](#) CUSCO del 05 de diciembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 10 de abril de 1998, pág. 648. En igual sentido: la [CAS. N° 1017-97](#) PUNO del 19 de octubre de 1998 publicada en la **SCEP** del 10 de diciembre de 1998, pág. 2207; la [CAS. N° 1376-99](#) HUANUCO del 28 de setiembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de noviembre de 1999, págs. 4071-4072; [CAS. N° 2988-99](#) LIMA del 12 de abril de 2000 publicada en la **SCEP** del 17 de setiembre de 2000, pág. 6293; [CAS. N° 718-99](#) LAMBAYEQUE del 27 de junio del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de enero del 2002, págs. 8211-8212; y [CAS. N° 1942-01](#) AREQUIPA del 15 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8295. Una sola sentencia ha seguido señalando que la venta de bien ajeno es rescindible: [CAS. N° 1135-96](#) CHIMBOTE del 09 de diciembre de 1997 publicada en la **SCEP** del 03 de mayo de 1998, pág. 867. El tema merece ser materia de un Pleno Casatorio.

“En materia de la venta de una cosa ajena, deben distinguirse dos situaciones: a) cuando el vendedor hace presente que se trata de cosa ajena, lo que es lícito e importa la obligación del vendedor de procurar la transferencia del bien a favor del comprador como prescribe el Art. 1537 CC, concordante con el Art. 1409 inc. 2 del mismo Código, y b) cuando se vende como propio lo que es ajeno, lo que constituye delito previsto y penado en el Artículo 197 inc. 4 del Código Penal y por tanto acto ilícito contrario al orden público, que reprueba la ley civil y sanciona con la nulidad del acto, conforme al Artículo 219 incs. 4 y 8 del Código sustantivo” (...)

El artículo 1539° CC que permite al comprador demandar la rescisión de la venta del bien ajeno, no es aplicable a una acción de nulidad, además de que sólo puede ser ejercida por el comprador que ignoraba que el bien no pertenecía al vendedor, y aún en este caso, siempre que la interponga antes de que el vendedor adquiriera el bien para cumplir con la obligación de transferirlo”.

La interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia superó la previsión del autor de la propuesta legislativa, quien en su oportunidad argumentó que la compraventa de bien ajeno al haber sido permitida por el CC de 1984 –a diferencia de sus antecesores los CC de 1852 (que lo declaraba nulo) y de 1936 (que lo declarable anulable)- ya no constituía el delito tipificado como estelionato en el Código Penal; en la medida que de acuerdo a dicho ordenamiento legal, está exento de pena el que practica un acto permitido por la ley. “Sería –agrega- absurdo reconocer, de un lado a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, de otra parte, de calificar tal actividad de ilícita”⁷⁹. En todo caso, debemos señalar que al considerarse que la compraventa de bien ajeno está afectada por nulidad, se debe tener en cuenta que ésta suprime a la rescisión, debido a que produce una ineficacia *erga omnes*.

⁷⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: ob. cit. nota 75, págs. 447-449.

En todo caso, lo que queda claro es que la hipótesis de la compraventa de bien ajeno no se ajusta totalmente a la disposición arbitraria del patrimonio social; en la medida que el patrimonio social no le es absolutamente ajeno al cónyuge interviniente (ni tampoco se puede afirmar que se trata de un bien parcialmente ajeno, supuesto del Art. 1540° CC) y la rescisión como solución al problema sólo puede ser invocado por el comprador (tercero que contrata con el cónyuge interviniente). En ese sentido, sumadas las dificultades antes mencionadas, dicho tema nos conduce a la revisión de la nulidad como solución de la disposición arbitraria del patrimonio social.

Como indicáramos anteriormente, la nulidad es la solución jurisprudencial a la disposición arbitraria del patrimonio social. Para ello, la Corte Suprema de Justicia ha establecido como criterio que la falta de intervención conjunta de ambos cónyuges en los actos de disposición (y de gravamen), sea a título gratuito u oneroso, de los bienes que conforman el patrimonio social equivale a la ausencia de manifestación de voluntad como elemento esencial de los actos jurídicos (Arts. 140° y 219° CC).

Nosotros discrepamos de este razonamiento. Para explicar adecuadamente nuestra afirmación, se hace necesario previamente definir qué significa “manifestación de voluntad”. Como tal debemos entender la exteriorización del designio del sujeto; es decir, el acto jurídico requiere como elemento esencial –ciertamente su núcleo central- que el querer interno de los sujetos sea manifestado adecuadamente. Esta exigencia tiene como premisa una consideración elemental, según la cual, ningún fenómeno psíquico puede aprehenderse, ni puede revelarse como acto, sino en virtud de un comportamiento humano idóneo para manifestarlo, como lo señalan los Arts. 140° y 141° CC.

Tal concepción ha sido compartida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, como podemos advertir de la lectura de la CAS.

N° 1772-98 APURIMAC, la misma que nos ilustra un caso típico de falta de manifestación de voluntad:

“Para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y voluntad) y externos (manifestación); que, con los elementos internos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada; que la voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario.

(...)

Al haberse determinado que la minuta anteriormente glosada ha sido firmada sólo por el demandante, es claro que no se ha producido la manifestación de voluntad, es decir, que no ha sido exteriorizada en la forma señalada en el quinto considerando de esta resolución [*transcrito en el anterior párrafo*], atendiendo a que la voluntad de algún modo exteriorizada (manifestada) es elemento dinámico por excelencia del mundo jurídico; incurriéndose, en consecuencia, en una interpretación errónea del Art. 140° CC, al no haberse tenido en cuenta este requisito esencial”⁸⁰.

Como consecuencia de lo anterior, la falta de manifestación de voluntad como elemento desencadenante de la nulidad del acto jurídico se configura cuando la declaración de la misma no tiene la intención de provocar efectos ni prácticos ni jurídicos o ésta no existe. En ese sentido, con relación al Art. 219° inc. 1 CC, es suficiente –como elemento esencial del acto jurídico- la manifestación de voluntad del cónyuge interviniente en el acto de disposición arbitrario. Éste ha exteriorizado su voluntad y lo ha hecho conocer al tercero con el cual negoció. Postular lo contrario, implicaría que la naturaleza del acto –en este caso de disposición del patrimonio social- determina la eficacia o no de la manifestación de voluntad del sujeto;

⁸⁰ [CAS. N° 1772-98](#) APURIMAC del 28 de enero de 1999, publicada en la **SCEP** del 16 de abril de 1999, págs. 2904-2905.

lo cual contradice abiertamente a la doctrina especializada en el tema ⁸¹. Nos explicamos: si la manifestación de voluntad del cónyuge no interviniente es nula, lo es para todo efecto; no sólo para el acto de disposición arbitrario del patrimonio social.

En todo caso, el error del juzgador obedece a que el enunciado amplio del Art. 219° inciso 1 CC corre la suerte de toda generalización y abstracción, perdiéndose a veces en la penumbra. Tampoco puede argüirse como lo hizo BELAUNDE (véase acápite 7, págs. 51-52) que el acto se encuentra aquejado de nulidad por poseer un objeto jurídicamente imposible; ya que el bien social al que se refiere, es un bien como cualquier otro, sujeto al tráfico comercial, cosa distinta es el hecho que esté supeditada al asentimiento conjunto de los cónyuges para su disposición por mandato del Art. 315° CC.

Desde nuestro punto de vista, nos parece más lógico que la nulidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social, en nuestro ordenamiento legal, obedece a que dicho acto es contrario al orden público, a pesar de poseer los elementos esenciales de todo acto jurídico. Como supuesto de nulidad virtual, ésta se configura cuando dicho acto es contrario a una norma imperativa, que por oposición de las normas dispositivas, no pueden ser sustituidas por la voluntad de los particulares. Esto ha sido corroborado por el pronunciamiento expedido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 1021-96-HUAURA:

“El acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres tal como lo

⁸¹ Véase: BIGLIAZZI GERI y otros: ob. cit. nota 35, págs. 738-743; CIFUENTES, Santos: ob. cit. nota 35, págs. 58-71; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan: ob. cit. nota 69, págs. 101-109, 530-532; DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio; nota 67, págs. 479-482; DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: **Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez**; México, Porrúa S.A., 1994, 4ta. ed., págs. 523-526; y VIDAL RAMÍREZ, Fernando: **El Acto Jurídico en el CC Peruano**; Lima, Ed. Cuzco, 1990, 2da. ed., págs. 80-88 y 412-413.

dispone el inciso 8 del Art. 219° CC en concordancia con el Art. V del Título Preliminar del mismo Código sustantivo.

(...)

La anotada causal sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad en razón a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión de orden público; estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada; por lo general, estas nulidades están integradas a las normas prohibitivas provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico”⁸².

El Art. 315° CC es una típica norma imperativa, en la medida que la regla de la intervención conjunta de ambos cónyuges en los actos de disposición del patrimonio social no puede ser sustituida por uno de los cónyuges, salvo las excepciones que la misma ley establece. Por lo que, su incumplimiento acarrea nulidad, conforme lo señalan los Art. V del T.P. y 219° inc. 8 CC.

Esta sería la salida que nuestro ordenamiento legal procura al acto de disposición arbitrario del patrimonio social; sin embargo, cabe preguntarse si la nulidad como tal, puede adecuarse al contexto de la vida familiar. Para ello, nos serviremos del siguiente pronunciamiento judicial, por el cual la

⁸² [CAS. N° 1021-96](#) HUAURA del 25 de noviembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 11 de mayo de 1998, pág. 979. Sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en su [CAS. N° 3702-00](#) MOQUEGUA del 08 de junio del 2001, publicada en la **SCEP** del 01 de octubre del 2001, págs. 7783-7784, ha realizado una peligrosa diferenciación entre normas de orden público –cuya observancia es obligatoria para todos- y normas imperativas –cuya observancia es obligatoria sólo para las personas que se encuentran dentro del supuesto de hecho de las mismas-, para luego ubicar a las normas de Derecho de Familia dentro de las normas imperativas, porque “sólo son obligatorias para las personas que se encuentran dentro de una relación jurídica matrimonial”, señalando que por esta razón, su incumplimiento no genera nulidad virtual, porque ésta sólo está destinada al incumplimiento de normas de orden público (Art. V TP). En realidad, las normas imperativas son la expresión del orden público y el Derecho de Familia si bien contiene primordialmente normas imperativas, también posee normas dispositivas. Al respecto, véase: PUIG BRUTAU, José: *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 17-21, 36 y 374-377; VIDAL RAMÍREZ, Fernando: ob. cit. nota 81, págs. 55-57 y 417-418 y PLACIDO, Alex: ob. cit. nota 18, págs. 115-117.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha definido los caracteres de la nulidad, diferenciándolo de la anulabilidad, en los siguientes términos:

“En la teoría de la invalidez del acto jurídico, se distingue la nulidad de la anulabilidad, de tal manera que es nulo el acto jurídico al que le falta un requisito esencial, sea contrario a una norma imperativa o sea ilícito (Art. 219° CC) y es anulable aquel que tiene un vicio invalidante no visible y subsanable (Art. 221° CC).

En el primer caso, cualquiera que tenga interés o el Ministerio Público pueden pedir la declaración de nulidad, y aún declararse de oficio por el Juez; y la declaración de nulidad surte efecto “*ab initio*”, es decir el acto nulo resulta inexistente (Art. 220° CC); en el segundo caso, la nulidad sólo se declara a petición de aquellas personas en cuyo beneficio la establece la ley (Art. 222° CC)”⁸³

Conforme a este pronunciamiento, la nulidad produce una ineficacia que importa una sanción irrestricta e ilimitada, debido a que el vicio que le aqueja desde su nacimiento es muy grave; dado que no contiene uno de los elementos esenciales del acto jurídico –señalados por el Art. 140° CC- o es contrario al orden público o a las buenas costumbres –de acuerdo al Art. V del Título Preliminar CC-. En coherencia con esta gravedad, la ley permite que la nulidad sea invocada por cualquiera que tenga interés o por el Ministerio Público. No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de señalar una limitación a este último requisito, que nos parece atinada en el ámbito de la disposición arbitraria del patrimonio social; señalando que el cónyuge interviniente no puede solicitar la nulidad del acto, en razón que

⁸³ [CAS. N° 505-97](#) LIMA del 14 de mayo de 1998, publicada en la **SCEP** del 05 de julio de 1998, págs. 1394-1395. Asimismo, [CAS. N° 1522-96](#) LA LIBERTAD del 24 de febrero de 1998, publicada en la **SCEP** del 12 de mayo de 1998, págs. 1002-1003.

“repugna a la moral y al Derecho que alguien pueda prevalerse o beneficiarse de su propio dolo”⁸⁴.

Sumado a lo anterior, está el hecho que la nulidad es insubsanable mediante confirmación; motivo por el cual se ofrece como una solución demasiado severa para el ámbito familiar, dentro del cual, no es raro que el cónyuge no interviniente con posterioridad, manifieste su conformidad con el acto, ya sea porque beneficie al interés familiar o porque simple y llanamente lo estime más ventajoso que no otorgar su consentimiento al acto.

En ese sentido, la solución que nuestra jurisprudencia nacional provee, por ser radical e insalvable, no es la más acorde a la vida familiar y más bien nos lleva a afirmar que desalienta la armonía conyugal. Con lo cual, no estamos afirmando que la nulidad no haya sido hasta ahora un arma eficaz para la pretensión del cónyuge no interviniente que aspira liberarse de la pretensión del tercero sobre el patrimonio social, de hecho aquellos cónyuges que han presentado este tipo de acción han recibido una respuesta adecuada a su interés –destruir los efectos del acto jurídico–; lo que criticamos es que la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia es insuficiente para suplir el vacío que deja a su paso la actual redacción del Art. 315 ° CC, respecto del instrumento legal a utilizarse frente al acto de disposición arbitrario del patrimonio social.

⁸⁴ [CAS. N° 62-T-97](#) HUAURA del 23 de setiembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 27 de febrero de 1998, págs. 460. Asimismo, [CAS. N° 1094-99](#) LA LIBERTAD del 08 de setiembre de 1999, publicada el 28 de noviembre de 1999 en la **SCEP**, págs. 4182, la Sala Civil Transitoria, ante la pretensión de la demandada de solicitar la nulidad del acto de gravamen otorgado a favor del Banco ejecutante, señaló que “la recurrente [demandada] figura con el estado civil de soltera en su Libreta Electoral y en la escritura de compra del inmueble que hipotecó a favor de la demandante, por lo que su alegación de que al momento de contraer la obligación era casada y que se trata de un bien adquirido con su esposo, importa fundar un derecho en su propio dolo”. Estos casos amplían los supuestos del Art. 226° CC.

10. ¿Cuál es la solución adecuada?

El texto original del Art. 188° del CC de 1936 estableció como regla que el marido podía disponer del patrimonio social a título oneroso, *a contrario sensu* se entendió que no lo permitía a título gratuito. Con posterioridad a la modificación realizada por el Decreto Ley N° 17838 del 30 de setiembre de 1969, dicho artículo señaló como regla que la intervención de la mujer se requería para la disposición del patrimonio social, ya sea a título gratuito u oneroso. Con todo, la administración de dicho patrimonio siempre se encargó al marido; salvo respecto de aquellos bienes que la mujer poseía en calidad de "reservados" y que se encontraban bajo su administración⁸⁵. Nunca se estableció en este sistema cuál vendría a ser la sanción aplicable en caso se infrinja el Art. 188° del CC de 1936. A pesar de ello, debemos anotar que el Art. 189° de este Código estableció que la mujer podía oponerse a todos los actos del marido que excedan de los límites de una administración regular, mediante juicio de menor cuantía. Lo cual llevaría a pensar que el régimen anterior estableció como regla la inoponibilidad a favor de la mujer; pero la jurisprudencia derivada del mismo se encargó de desvirtuarla, señalando como única vía la nulidad⁸⁶.

En todo caso, la mujer podía solicitar judicialmente la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios,

⁸⁵ El Art. 206° del CC de 1936 establecía como bienes reservados: el producto del trabajo de la mujer y lo que ésta obtenga por el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos. Estos bienes eran administrados por la mujer y podían ser dispuestos por ella, a título oneroso (Art. 207° del CC de 1936).

⁸⁶ Con el texto original del Art. 188° del CC de 1936, la Corte Suprema de Justicia declaraba infundada cualquier pretensión de la mujer dirigida a dejar sin efecto la disposición realizada por el marido a título oneroso. Luego de la modificación realizada por el Decreto Ley N° 17838, la regla fue la nulidad de los actos de disposición arbitraria del patrimonio social. Al respecto, véase: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: **Código Civil. Concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema al día**, Lima, Talleres Villanueva, 1978, 6ta. ed., 88-91 y la [CAS. N° 366-95 LAMBAYEQUE](#) del 25 de febrero de 1997 publicada el 01 de diciembre de 1997 en la **SCEP**, pág. 107 (repetido en la pág. 389). Por su parte, VALVERDE, Emilio: ob. cit. nota 5, págs. 492-501, señaló que el Art. 189° del CC de 1936 sólo era aplicable cuando el acto ilícito del marido que afecta el patrimonio social esté en ejecución, mas no en el supuesto que éste se hubiera consumado.

cuando el marido abusaba de sus facultades respecto del patrimonio social. Esta posibilidad que la estableció el Art. 241° inc. 3 CC de 1936, también aparece en los Arts. 297° y 329° del actual CC, a favor de ambos cónyuges⁸⁷; agregándose que también opera cuando cualquiera de ellos actúa con dolo o culpa. Además, el Art. 292° CC señala que si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos que le confiere dicho artículo –se refiere entre ellos, a representar a la sociedad conyugal individualmente dentro de las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación-, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o en parte, mediante proceso abreviado. Estas salidas, son poco usuales en la práctica procesal y ciertamente crean un mayor conflicto entre los cónyuges.

En el Derecho comparado, existen diversos sistemas que con el objeto de lograr la igualdad entre marido y mujer en la economía conyugal ofrecen diversas soluciones al problema planteado.

Así, el CC español ha considerado a la sociedad de gananciales como el régimen patrimonial del matrimonio a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces. Además existen dos regímenes patrimoniales más: la separación de patrimonios y el régimen de participación. La administración -gestión y disposición- de la sociedad de gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (Art. 1375°). Este Código contiene dos tipos de sanciones respecto de la disposición arbitraria del patrimonio social: para los actos a título oneroso (Art. 1377° y 1322°), señala como sanción de ineficacia la anulabilidad; mientras que para los actos a título gratuito (Art. 1378°), señala como sanción de ineficacia la nulidad⁸⁸.

⁸⁷ Respecto de esta opción, véase [CAS. N° 2148-01 CAJAMARCA](#) del 12 de noviembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8344-8345.

⁸⁸ **Art. 1322°.-** Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

Tratando de encontrar una lógica a esta distinción, DIEZ PICAZO y GULLON señalan lo siguiente:

“La justificación podría tratar de buscarse en la necesidad de otorgar una mayor protección al cónyuge que no interviene cuando la disposición ha sido gratuita, de manera que mientras que en los actos a título oneroso por el juego conjunto de los artículos 1322 y 1377 se llega a la anulabilidad con posibilidad de confirmación, la categórica fórmula (“serán nulos”) del Artículo 1378° parece conducir a una nulidad radical, absoluta e insanable. Esta conclusión es, aunque exacta jurídicamente, probablemente excesiva, porque no hay razón para que el acto a título gratuito no pueda ser confirmado por el cónyuge que no lo hubiera consentido en el momento de su realización.

La razón del trato diferente se encuentra en que los actos a título oneroso permiten una vía para suplir la falta del consentimiento del otro cónyuge (la autorización judicial) que no es en cambio posible en los actos a título gratuito, porque el título oneroso puede ser una consecuencia necesaria o razonable de la dirección de la economía familiar y la negativa injustificada no puede ser nunca una barrera infranqueable. En cambio, los actos a título gratuito no se encuentran en esa línea. No son necesarios nunca y sólo pueden ser realizados si ambos cónyuges lo consienten”⁸⁹.

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.

Art. 1377°.- Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente, acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

Art. 1378°.- Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso.

⁸⁹ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: ob. cit. nota 18, págs. 204 y 205.

Este modelo fue recogido por el Art. 315-B de la Propuesta de enmiendas al Libro de Derecho de Familia ⁹⁰. No obstante, debemos anotar que en nuestro sistema, no existiría justificación para esta doble regulación, en función a que se trate de actos a título gratuito o a título oneroso. Específicamente, respecto de los actos de disposición arbitraria del patrimonio social a título gratuito, verbigracia, el **CASO 3**, nada obsta que la cónyuge no interviniente (esposa de Mujica Gallo) pueda otorgar su asentimiento con posterioridad a la celebración del acto, posibilidad que estaría proscrita en el supuesto que se considere que la sanción aplicable es la nulidad. En obsequio a la armonía conyugal, el cónyuge no interviniente debería contar con la posibilidad de ratificar el acto de su consorte realizado sin su asentimiento y a título gratuito y de no estar de acuerdo, siempre tendrá la vía judicial para dejarlo sin efecto.

El CC Chileno al igual que el CC español considera tres regímenes patrimoniales. En la sociedad conyugal –régimen patrimonial en ausencia de capitulaciones matrimoniales-, el marido es el jefe y como tal administra los bienes sociales. En cuanto se refiere a los actos de disposición, el esposo requiere del asentimiento de su consorte cuando pretende enajenar o gravar (o comprometerse a dichas acciones) inmuebles sociales o para entregar a título gratuito los bienes sociales; así como para dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes inmuebles urbanos por más de 5 años y los bienes inmuebles rústicos por más de 8 años (Art. 1749°). Los actos que infrinjan la regla antes indicada adolecerán de nulidad relativa (Art. 1757°).

⁹⁰ La propuesta aparece en la Separata Especial “**Proyectos presentados a la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984**”, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” del 07 de enero de 1995 y en PLACIDO, Alex: ob. cit. nota 18, págs. 172-177, con la redacción siguiente:

“**Art. 315-B.-** El acto practicado con infracción de los Artículos 315 y 315-A y que no haya sido expresa o tácitamente confirmado, puede ser anulado a instancia del cónyuge no interviniente o de sus herederos.

No obstante, son nulos los actos de disposición a título gratuito de bienes sociales practicados sin intervención de ambos cónyuges”.

En el caso de arrendamiento o tenencia, éstas se reducirán a los plazos máximos establecidos por el Art. 1749°⁹¹.

En el CC Argentino, con posterioridad a las modificaciones realizadas por las Leyes 11357 y 17711, la sociedad de gananciales ha desaparecido para dar paso al régimen de participación en los adquiridos (o comunidad de gestión separada). Este es el régimen que gobierna la economía conyugal de los matrimonios argentinos, a falta de capitulaciones matrimoniales. La primera diferencia con el sistema anterior es la existencia de cuatro patrimonios: (i) los bienes privativos del marido, (ii) los bienes privativos de la mujer, (iii) los bienes gananciales adquiridos por el marido y (iv) los bienes gananciales adquiridos por la mujer. Conforme lo señala el Art. 1276° del CC argentino, los cónyuges durante la vigencia del régimen patrimonial pueden disponer sus bienes como si estuvieran en un régimen de separación de patrimonios, el único rasgo común con la sociedad de gananciales consiste en que al fenecimiento de dicho régimen se realiza igualmente una división a prorrata de las ganancias obtenidas por ambos cónyuges.

La única salvedad que señala este régimen de gestión separada, se refiere a los actos de disposición o gravamen de los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedad y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Respecto de estos supuestos el Art. 1277°

⁹¹ **Art. 1749°.-** (...)

El marido podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta.

No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del Artículo 1735, ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho años, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido.

Art. 1757°.- Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749°, 1754° y 1755° adolecerán de nulidad relativa. En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia, el contrato regirá sólo por el tiempo señalado en los artículos 1749° y 1756°.

del CC argentino señala que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, mas no ha establecido –al igual que en el sistema peruano- cuál viene a ser la sanción aplicable en caso falte el consentimiento del cónyuge no interviniente ⁹², lo cual ha abierto una polémica en la doctrina de dicho país.

Lo que sí ha quedado claro es que la manifestación de voluntad del cónyuge de aquél que tiene a cargo los bienes gananciales tiene el carácter de asentimiento más no de consentimiento. Para algunos autores, este asentimiento es un elemento de eficacia del acto de disposición y acarrea la inoponibilidad ⁹³; mientras que para otros se trata de un vicio que puede ser subsanado por el cónyuge no interviniente y por lo tanto se trata de un supuesto de anulabilidad ⁹⁴.

⁹² **Art. 1276°.-** Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el Art. 1277°.
(...)

Art. 1277°.- Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedad, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

⁹³ A favor de esta posición, VIDAL TAQUINI, Carlos: *Régimen de bienes en el matrimonio, con las modificaciones de la Ley 23264 y 23515*, Buenos Aires, Depalma, 1990, 3ra. ed., págs. 362-371 y SPOTA, ob. cit. nota 28, págs. 55-57. Este último autor señala que el supuesto se asemeja a la de representación sin poder por lo tanto es inoponible, deja la nulidad para los actos fraudulentos de los cónyuges.

⁹⁴ Comparten esta posición, BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, ob. cit. nota 29, pág. 266-267; MALASPINA, José Rafael: *La falta de asentimiento conyugal y sus efectos según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán*, en *La Ley*, 1982-D, pags. 1019-1027; BELLUSCIO, Augusto César, nota 30, págs. 85-98; FANZOLATO, Eduardo: *El asentimiento conyugal*, Córdoba, Castillo Hnos., 1986, págs. 67-80; y MENDEZ COSTA, María Josefa: *Estudios sobre la Sociedad Conyugal*, Santa Fe, Ed. Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1981, págs. 143-174.

Un balance de ambas posiciones, nos lleva a la conclusión que la posición doctrinal a favor de la anulabilidad ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia argentina ⁹⁵.

El CC italiano, con las modificaciones realizadas por la Ley N° 175 del 19 de mayo de 1975, también regula a la comunidad de gananciales (*comunione legale*) como régimen legal supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales (*convenzioni matrimoniali*). Además regula dos regímenes patrimoniales más: la comunidad convencional y la separación de bienes. Una de las características de la comunidad de gananciales en este sistema consiste en diferenciar los supuestos de gestión ordinaria y extraordinaria del patrimonio social. Los primeros, se producen dentro de la administración de los bienes de la comunidad y la representación en juicio para los actos relativos a ella y corresponden indistintamente a ambos cónyuges; mientras que los segundos, se encuentran circunscritos a los actos que exceden la ordinaria administración y la estipulación de contratos por los que se concedan o se adquieran derechos personales de goce y la representación en juicio de sus respectivas acciones y corresponden conjuntamente a ambos cónyuges (Art. 180° del CC italiano).

El Art. 184° del CC italiano señala que los actos de gestión extraordinaria realizados por uno de los cónyuges sin el asentimiento de su consorte o no convalidados por éste son anulables si se refieren a bienes inmuebles o a los bienes muebles registrables. Estos últimos son los siguientes: (i) las naves y buques inscritos en los registros señalados por el Código de la navegación; (ii) las aeronaves inscritas en los registros indicados por el mismo Código; y (iii) los vehículos inscritos en el registro público automovilístico. Si los actos atañen a bienes muebles de cualquier otra índole, el acto realizado por el cónyuge interviniente es válido, pero éste

⁹⁵ El problema vuelve a tener vigencia, a partir del Proyecto de CC de 1998, en el cual se considera, en su Art. 466°, como sanción a la inoponibilidad. El texto de este Proyecto, se puede ver en <http://www.alterini.org>

está obligado, a instancia de su consorte, a reconstituir la comunidad en el estado en que se encontraba antes de la realización del acto. En el supuesto que ello no sea posible, el cónyuge no interviniente está obligado al pago del valor equivalente del bien dispuesto, según los valores corrientes a la época de la reconstitución de la comunidad ⁹⁶.

La doctrina italiana ha señalado con acierto que dentro de la gestión extraordinaria de los bienes se encuentran no sólo aquellos actos de eficacia real sino también obligatoria siempre que tengan por objeto la alienación, constitución o adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles o bienes muebles registrados ⁹⁷. Asimismo, para que un cónyuge pueda rebelarse contra el comportamiento arbitrario del otro, es indiferente que el acto haya sido o no perjudicial a la comunidad (o a la familia) y es irrelevante además, la buena o mala fe con la que actuaba el tercero al momento en que se ha estipulado el acto.

Pese a todas estas providencias, se ha señalado que en la práctica procesal italiana no se encuentran pronunciamientos judiciales respecto del tema; lo que lleva a sostener alternativamente que los cónyuges sujetos al régimen legal son respetuosos del precepto legal (Art. 180° CC italiano) para

⁹⁶ **Art. 184°.- Atti compiuti senza el necessario consenso.**

Gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge e da questo non convalidati sono annullabili se riguardano beni immobili o beni mobili elencati nell'articolo 2683.

La azione può essere proposta dal coniuge il cui consenso era necessario entro un anno dalla data in cui ha avuto conoscenza dell'atto e in ogni caso entro un anno dalla data di trascrizione. Se l'atto non sia stato trascritto e quando il coniuge non ne abbia avuto conoscenza prima dello scioglimento della comunione l'azione non può essere proposta oltre anno dallo scioglimento stesso.

Se gli atti riguardano beni mobili diversi da quelli indicati nel primo comma, il coniuge che li ha compiuti senza il consenso dell'altro é obbligato su istanza di quest'ultimo a ricostruire la comunione nello stato in cui era prima del compimento del atto o, qualora ciò non sia possibile, al pagamento dell'equivalente secondo i valori correnti all'epoca della ricostruzione della comunione.

⁹⁷ BIANCA, Massimo: **Diritto Civile, Tomo II: La Famiglia-Le Successioni**, Milano, Giuffré Ed., 1985, pág. 86-87.

no violarlo nunca o que –como es preferible sostener- los cónyuges sujetos al régimen legal son ya muy pocos ⁹⁸.

Luego de esta revisión del Derecho comparado y en atención a que la solución que debe asumir nuestro ordenamiento jurídico debe tener en cuenta por un lado, las características que son propias del régimen jurídico que gobiernan las relaciones económicas de los cónyuges y de otro lado, debe ajustarse al ordenamiento jurídico que señala las causales de ineficacia de los actos jurídicos, consideramos que la opción que debe optar el legislador nacional es la anulabilidad de los actos de disposición arbitraria del patrimonio social. Ello encajaría en nuestro ordenamiento legal, en la medida que de acuerdo a éste (véase acápite 9, págs. 72-75) el acto de disposición arbitrario del patrimonio social contiene los elementos esenciales de todo acto jurídico; sin embargo, por contradecir una norma imperativa como lo es el Art. 315° CC sería nulo (Art. 219° inc. 8 CC) ⁹⁹.

Para evitar esta interpretación, se hace necesario que se incluya en nuestro CC como causal de anulabilidad la falta de asentimiento del cónyuge no interviniente en los actos de disposición arbitraria del patrimonio social; ya que, como sabemos, la anulabilidad sólo tiene carácter expreso y no puede ser invocada en forma virtual. De esta manera, no se negará al cónyuge no interviniente la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional a solicitar la anulación del acto realizado por su consorte, el mismo que tendrá efecto a partir de la sentencia que lo declare; como tampoco se le impedirá a otorgar su asentimiento con posterioridad a la celebración del acto de disposición arbitrario del patrimonio social, mediante la confirmación (Art. 230° CC),

⁹⁸ A esta conclusión arriba FINOCCHIARO, Alfio y FINOCCHIARO, Mario: ***Diritto di Famiglia: Comento sistematico della Legge 19 Maggio 1975 N° 175***, Vol. I, Arts. 1-89, Milano, Giuffré Ed., 1984, págs. 1077-1078.

⁹⁹ En nuestra doctrina, comparte esta posición: PLACIDO, Alex: ob. cit. nota 18, págs. 160-163. Aunque como lo indicáramos (véase acápite 7, págs. 52-53), existe un contrasentido al postular que el acto adolece de uno de sus elementos esenciales –la manifestación de la voluntad de ambos cónyuges- y a su vez, considerar que el acto es anulable.

como mecanismo sanatorio del mismo. Es pertinente indicar, que el acto también quedará confirmado si el cónyuge no interviniente, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existiesen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad (Art. 231° CC).

Admitiéndose esta solución, la acción de anulación del acto de disposición arbitrario del patrimonio social será facultad exclusiva del cónyuge no interviniente o de sus herederos, legitimados por el desmedro ocasionado en el patrimonio social, y no de cualquiera que manifieste interés o del Ministerio Público, como sería en el caso de conservarse la solución jurisprudencial por la nulidad del acto. Asimismo, el plazo de prescripción sería de dos años (Art. 2001° inc. 4 CC) y se admitiría que el juez evalúe la posibilidad de indagar los motivos de la pretensión del cónyuge no interviniente, las particularidades del negocio y su incidencia patrimonial; elementos valiosos dentro de los conflictos de los intereses derivados de las relaciones entre los cónyuges y los terceros; de tal manera que el tercero mediante contestación o reconvencción podrá defenderse de acuerdo a los argumentos expuestos en los acápites 11 al 15 de la presente Tesis, e incluso solicitar el perfeccionamiento del acto, alegando el asentimiento tácito del cónyuge supuestamente preterido. Por su parte, el cónyuge interviniente podrá solicitar al órgano jurisdiccional que supla el asentimiento de su consorte por negativa injustificada, para lo cual deberá demostrar que el acto redundó en beneficio de la sociedad o se realizó en forma más ventajosa para la misma.

b) Los argumentos a favor del tercero de buena fe.

11. La adquisición a non domino

¿La anulabilidad resultaría aplicable a todos los casos de disposición arbitraria del patrimonio social?. ¿En qué supuestos, el tercero podría protegerse de la anulabilidad presentada por el cónyuge no interviniente?.

La anulabilidad propuesta en el presente trabajo –o la nulidad como solución jurisprudencial- produce la ineficacia del acto; por lo que algunos autores consideran que no puede servir de fundamento de ningún efecto negocial y origina una reacción en cadena de nulidades, arrastrando titularidades, derechos, transmisiones de derechos, obligaciones y cargas, en fin, todo aquello que en el acto tuviere su fundamento, se apoyara en él o de él se derivase. Así, una compraventa nula no dará lugar a la adquisición de propiedad por el comprador, ni a la obligación de pagar el precio.

Por lo que, cabe preguntarse en qué supuestos los terceros son protegidos por nuestro ordenamiento jurídico frente a la pretensión del cónyuge no interviniente. ZUSMAN opina que dichos terceros sólo han sido protegidos frente a la nulidad por simulación absoluta (Art. 194° CC), mas no en los demás supuestos de nulidad. Las razones que estima abonan a favor de su posición son las siguientes:

“En nuestra opinión, el Código Civil no ha protegido a terceros adquirentes por las siguientes razones:

- Porque la nulidad, por definición, arrastra a los negocios jurídicos derivados del negocio nulo. Por ello, de haber querido la ley dar protección a tales terceros, lo habría hecho explícitamente.
- Porque, tanto los anteproyectos de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 cuanto el Proyecto de Código Civil incorporaron expresamente para el caso de nulidad, la protección de terceros

adquirentes a título oneroso y de buena fe. Debe suponerse, entonces aplicando el método histórico de interpretación de la ley que, si el legislador ha partido de los antecedentes legislativos antes mencionados sin haber incluido la norma de protección a terceros, es porque su intención ha sido la de no hacerlo.

- Porque, unido a lo anterior, cabe sostener, interpretando a *contrario sensu*, que si el Artículo 194° del Código, en el caso de simulación, protege restrictivamente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, es porque la norma general es la de no protegerlos.
- Porque, finalmente, interpretar en otro sentido daría lugar a graves problemas, como el determinar si se protege, de manera general a terceros de buena fe, sin interesar el título de la adquisición ¹⁰⁰.

Hay razones para desmentir esta posición doctrinal, por su abierta contradicción con las normas de protección a terceros adquirentes (Arts. 948° y 2014° CC) que nuestro CC provee. En efecto, los terceros que adquieren guiados por los signos de reconocibilidad que nuestro ordenamiento jurídico reconoce (la posesión y el registro) mantienen a su favor la propiedad del bien, aunque éste haya pertenecido al patrimonio social de los cónyuges y se declare la anulabilidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social.

Para entender el sustento de este sistema de protección a terceros, debemos precisar que la transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico se realiza de acuerdo a la Teoría del Título y el Modo, por la cual, el proceso de adquisición del derecho real de propiedad se produce en dos etapas. En la primera, como consecuencia del título (entendido como el acto por el que se establece la voluntad de enajenación del derecho), el futuro adquirente recibe un derecho de crédito a que el futuro transmitente le transfiera el derecho real de que se trate. Hasta aquí

¹⁰⁰ ZUSMAN TINMAN, Shoschana: *Teoría de la Invalidez y la Ineficacia*; en **Ius et Veritas**, Año IV, N° 7, 1993, pág. 163.

nos encontramos en el campo del Derecho de Obligaciones. Uno puede exigir y el otro debe realizar una prestación: la conducta que consiste en transmitir el derecho real. En la segunda etapa, el enajenante cumple su obligación, que consiste en realizar el modo o acto transmisivo del referido derecho real.

Como complemento de lo anterior, en el caso de bienes muebles, la posesión es considerada como mecanismo de publicidad que permite determinar la propiedad del bien, conforme lo señala el Art. 912° CC, al establecer que “el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario”. Por lo cual, la transferencia de la propiedad de dichos bienes se realiza mediante la tradición (Art. 947° CC), porque ésta supone que el bien es entregado por aquel que es poseedor del bien. A manera de ejemplo, el tercero sólo podrá defender su adquisición si se le ha entregado el bien mueble que se le ofreció. Así, Marielly Chilquillo celebró un contrato de compraventa con Juana Molina, por el cual éste se obligó a transferirle la propiedad de un Televisor y dos parlantes; una vez pagado el precio, se dispuso a recoger los bienes muebles, dándose con la sorpresa que estos habían sido embargados en forma de depósito a solicitud de René Diaz, para garantizar el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero. Enterada de ello, Marielly Chilquillo inició una tercería de propiedad. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 3202-98 ICA¹⁰¹, rechazó dicha pretensión, bajo los siguientes argumentos:

“Conforme a lo prescrito en el Art. 947° CC, la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente; que en consecuencia, demostrado como está que los bienes embargados han seguido en poder de la demandada [*Juana Molina*], es obvio que en aplicación de la citada norma el derecho de propiedad de la actora no está probado, como lo hace notar el juez en su sentencia y bajo este aspecto, conviene aclarar que el Artículo 912° del

mismo Código, citado por la Sala, no es que sea impertinente sino que ha sido erróneamente interpretado.

Por lo expuesto, el derecho del demandado don René Díaz Espinoza, se encuentra amparado por el citado Artículo 947° CC que la Sala Civil ha dejado de aplicar, configurándose con ello la causal de inaplicación de normas de derecho material”.

En consecuencia, normalmente los cónyuges de consuno pueden transferir la propiedad de un mueble social que poseen mediante compraventa (Art. 1529° CC) –título-, la misma que se efectivizará mediante su tradición (Art. 947° CC) –modo- al tercero comprador. Esta regla permite otorgar fluidez a las transacciones de bienes muebles, ya que el tercero sólo necesitará asegurarse que la transmisión de la propiedad lo realiza quien es su poseedor y que por tal hecho se le presume propietario de dicho bien. Sin embargo, puede darse el caso que los terceros, precisamente guiados por esta presunción, reciban la posesión de un mueble de quien no es propietario. No es raro que el verdadero propietario, una vez ubicado el bien, pretenda reivindicarlo. Por lo que nos preguntamos si en nuestro ordenamiento jurídico merecen protección estos terceros.

Es preciso entender que negar absolutamente algún tipo de protección, significaría crear desconfianza en los terceros adquirentes, afectando el tráfico comercial. Por ello, el Art. 948° CC señala en qué supuestos los terceros se encuentran protegidos frente a la protección del verdadero propietario, estableciendo que quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley

¹⁰¹ [CAS. N° 3202-98](#) ICA del 02 de junio de 1999, publicada en la **SCEP** del 30 de setiembre de 1999, págs. 3625-3626.

penal. Este supuesto es conocido en doctrina como la adquisición *a non domino*.

Aún cuando no se han registrado casos, en casación, en los cuales se haya aplicado el artículo antes citado, en la vida familiar pueden ocurrir enajenaciones realizadas por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro que se encuadren dentro del supuesto de hecho del Art. 948° CC, como el caso que a continuación exponemos: María y Juan, durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, adquieren diversos artefactos electrodomésticos. Un día, Juan se dirige a la casa de Luis, quien vive al otro lado de la ciudad, y le ofrece venderle un Televisor, sin expresarle que era casado y que el bien tenía la calidad de mueble social. Finalmente, el bien es vendido por 250.00 nuevos soles y entregado a Luis en el mismo acto. María enterada de lo sucedido, reclama a Luis la devolución del bien. Éste le responde que la adquisición la realizó de buena fe y se ampara en la adquisición *a non domino*. En este caso, por ejemplo, la cónyuge no interviniente no podrá lograr que la anulabilidad del acto traiga como consecuencia la devolución del mueble social. El tercero habrá adquirido la propiedad del mueble, aún cuando el enajenante (el cónyuge interviniente) carecía de facultades para transferirlo, ya que requería el asentimiento de su consorte (Art. 315° CC).

Examinemos a continuación los requisitos que exige la adquisición *a non domino*. En principio debemos indicar que esta figura sólo se refiere exclusivamente a la transferencia del derecho de propiedad. Esto se aprecia del hecho que se haga alusión en el Art. 948° CC, a quien recibe la posesión del bien mueble “como propietario” y luego la consecuencia “adquiere el dominio” y se corrobora con la interpretación sistemática, ya que el artículo antes citado, se encuentra comprendido dentro del Sub Capítulo IV (Transmisión de la propiedad), del Capítulo II (Adquisición de la propiedad). Con lo cual, se excluye dentro de su ámbito de protección a cualquier otra

titularidad adquirida por el tercero (como puede ser el gravamen o renuncia de derechos).

Asimismo, resulta claro que la adquisición *a non domino*, sólo atañe a la enajenación de bienes muebles. No pudiendo hacerse extensivo el Art. 948° CC a los bienes inmuebles. Así lo estableció la Sala Civil de la Corte Suprema en la CAS. N° 953-96 LAMBAYEQUE ¹⁰², señalando que “el Art. 948° CC regula la transmisión de la propiedad de bienes muebles y en el presente caso el bien materia de controversia es de naturaleza inmueble, por lo que la referida norma no es aplicable a la presente litis”. En consecuencia, la entrega de inmuebles sociales por uno de los cónyuges no puede considerarse dentro del ámbito de la adquisición *a non domino*.

De otro lado, la norma exige que el tercero reciba la posesión del bien. Lo cual hace alusión a un tipo especial de tradición. En efecto, dentro del concepto establecido por el Art. 948° CC se encuentra claramente la tradición real, que ha sido definida en el Art. 901° CC, al señalarse que ésta se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece. Esto se explica por el hecho que la elección de este tipo de tradición como mecanismo constitutivo de la propiedad mueble se sustenta en el efecto publicitario que genera la posesión. De tal manera que se afirma que la publicidad no se origina por el acto de entrega, que suele permanecer oculta a los terceros, sino por la situación jurídica que la entrega origina: la posesión como estado es el elemento publicitario.

Es por esta razón que la tradición ficta conocida como *constituto posesorio* no puede considerarse dentro del supuesto del Art. 948° CC. Esta figura se encuentra comprendida en el Art. 902° inciso 1 CC y se concreta cuando el propietario del mueble, como poseedor absoluto, lo enajena a un tercero pero continúa como poseedor inmediato, sea a título de

¹⁰² CAS. N° 953-96 LAMBAYEQUE del 17 de noviembre de 1997, en **CCJC**, Tomo II, págs. 616-618.

usufructuario, arrendatario, comodatario u otro. En este caso, la tradición opera de una manera ficticia o espiritualizada.

En cambio, sí se cumple el requisito establecido por el Art. 948° CC, a pesar de tratarse de una tradición ficticia, en el supuesto de *traditio brevi manu*. Esta figura también se encuentra comprendida en el Art. 902° inciso 1 CC, pero opera a la inversa de la *constituto posesorio*. Se produce cuando se cambia el título posesorio de quien está poseyendo. A manera de ejemplo, un bien social puede ser entregado por uno de los esposos (cónyuge interviniente) a un tercero en calidad de depositario y posteriormente celebrar un contrato de compraventa respecto de dicho bien. En este caso, la posesión del tercero que primigeniamente se trataba de una posesión inmediata se transforma en una posesión absoluta, satisfaciéndose el efecto de publicidad requerido por la adquisición *a non domino*.

Por lo que queda delimitado el alcance del Art. 948° CC, teniendo como apoyo el Art. 912° CC, que sirve de fuente de información presunta que califica la buena fe y justifica la protección, y por la cual se otorga la titularidad, una vez recibida la posesión a los sujetos de buena fe que adquieren la propiedad de bienes muebles; esta adquisición puede realizarse a título oneroso como a título gratuito.

Otro de los requisitos para la adquisición *a non domino* es la buena fe. Esto es “la buena fe creencia” o “la buena fe subjetiva”. Nos encontramos ante un problema de información. El tercero tendrá buena fe si la información con la que cuenta le permite creer que la otra parte es titular del derecho que pretende y por lo tanto se encuentra facultado para transferirle la propiedad o, en sentido negativo, si carece de información sobre su falta de derecho o de facultades para transferirle la titularidad. Es el caso de Luis, en el ejemplo presentado líneas arriba (véase pág. 90), quien guiado por la posesión del bien y por el silencio de Juan, adquiere el mueble social en la creencia que se trata de un bien que tiene como único propietario a su enajenante y

desconocía que éste se encontraba casado bajo el régimen de la sociedad de gananciales con María.

En este punto, resulta pertinente exponer la problemática que deja abierta nuestro CC respecto a los bienes muebles registrados, con relación a los cuales no queda claro si se encuentran dentro del ámbito del Art. 948° CC o del Art. 2014° CC –el mismo que será materia de mayor examen en el siguiente acápite (véase acápite 12, págs. 96-105)-. Al respecto, consideramos que la adquisición *a non domino* sólo protege a los bienes muebles no registrados. Esto se debe a que el registro tiene como uno de sus pilares a la presunción *iure et de iure* que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (Art. 2013° CC). De tal manera que un tercero no puede alegar buena fe, cuando el bien mueble enajenado por el cónyuge interviniente aparezca registrado como social en el Registro de Bienes Muebles de los Registros Públicos. En consecuencia, la publicidad que provee el registro elimina la posibilidad que un tercero lo desconozca, incluso basándose en que el mueble se encontraba en posesión del enajenante.

En tal sentido, la protección absoluta de la titularidad adquirida sobre un bien mueble social inscrito se alcanza sólo a partir de su inscripción. Antes de ello, puede haberse adquirido mediante un contrato seguido de la tradición, pero ésta no podrá oponerse de manera total y absoluta. Así, si el bien transferido por Juan a Luis hubiese sido un automóvil registrado como bien social, éste no podría argüir a su favor que recibió la posesión del bien de acuerdo a los requisitos establecidos por la adquisición *a non domino*, ya que tratándose de un bien registrado, deberá previamente hacer una búsqueda para determinar la titularidad del mismo.

Lamentablemente, la Corte Suprema de Justicia no ha definido claramente un criterio respecto al tema. Por un lado, la Sala Civil

Permanente, en la CAS. N° 415-99 LIMA ¹⁰³, ha señalado que en los muebles prima la tradición, con los siguientes términos:

“El hecho de que un vehículo sea un bien mueble registrable, es decir que los derechos que recaigan sobre él sean susceptibles de ser inscritos en la Oficina correspondiente de los Registros Públicos y así obtener la publicidad y consecuente protección de los mismos, no implica que la transferencia de dichos bienes se perfeccione con la inscripción registral, ya que como se ha indicado en los considerandos precedentes, para que el Registro tenga efectos constitutivos, ello debe estar legalmente establecido.

(...)

Atendiendo a lo expuesto en el considerando precedente, se concluye que, no existiendo disposición legal en contrario, la regla aplicable para la transferencia de propiedad vehicular es la tradición, en consecuencia no ha existido una errónea interpretación de la norma contenida en el Art. 947° del Código Civil ni tampoco una inaplicación del Reglamento de Inscripciones del Registro de la Propiedad Vehicular”.

Mientras que la Sala Civil Transitoria, en la CAS. N° 1518-2000 MOYOBAMBA ¹⁰⁴, ha establecido el criterio contrario, señalando que en los muebles registrables prima la inscripción registral:

“La demandante tiene tarjeta de propiedad respecto del vehículo materia de la tercería y contrato de compraventa celebrado no por la ejecutada en el proceso principal sino por una compañía diferente.

(...)

Mas aún, la tarjeta de propiedad que menciona la sentencia de vista ha sido otorgada por la Oficina Registral de la Región de Loreto de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

(...)

¹⁰³ [CAS. N° 415-99](#) LIMA del 12 de julio de 1999, publicada en la **SCEP** del 01 de setiembre de 1999, págs. 3409-3410.

¹⁰⁴ [CAS. N° 1518-00](#) MOYOBAMBA del 13 de setiembre del 2000, publicada en la **SCEP** del 30 de abril del 2001, págs. 7158-7159.

La sentencia de vista no contiene ningún argumento que mencione que la compradora del vehículo ha actuado de mala fe, sino que se refiere al vendedor pero la recurrente ha adquirido el bien bajo la fe del registro. La supuesta tradición realizada a favor de la ejecutada no puede prevalecer sobre la tarjeta de propiedad y el contrato de compraventa a favor del tercerista”.

La contradicción entre ambas casaciones merece ser materia de un Pleno Casatorio. En todo caso, los Arts. 85° al 99° del Decreto Legislativo N° 420 (Código de Tránsito y Seguridad Vial) presumen propietario de un vehículo a aquél cuyo nombre figure inscrito en el Certificado de Registro, es decir en este caso, prima la inscripción registral. En igual situación se encuentran los bienes vendidos a plazo y que se encuentran comprendidos dentro de la Ley N° 6565 del 12 de mayo de 1929, así como los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público amparados con facturas o pólizas del vendedor (Art. 1542° CC) ¹⁰⁵.

Las excepciones a la adquisición a *non domino* son las consignadas en el Art. 948° CC: los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. Respecto de los primeros, el Art. 932° CC señala que quien halle un bien perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. En cuanto a los segundos, se refiere a aquellos que han sido objeto de los delitos contra el patrimonio, como son el hurto (Arts. 185° al 187° del Código Penal), robo (Arts. 188° al 189° del Código Penal), abigeato (Arts. 189-A al 189-C del Código Penal), apropiación ilícita (Arts. 190° al 193° del Código Penal) y receptación (Art. 194° del Código Penal). Sin embargo, estos delitos no resultan aplicables a los actos de disposición arbitraria del patrimonio social, en la medida que

¹⁰⁵ Un caso particular lo representaba el Art. 32° de la Ley N° 16900 (Ley de Reordenamiento y Reorganización Tributarios) que establecía que los contratos privados de compraventa de vehículos usados son nulos *ipso iure* cuando su inscripción registral no hubiese sido realizada dentro de los 15 días de perfeccionado el contrato al ser entregado el vehículo al comprador. Al respecto, véase la [CAS. N° 1857-96 CHIMBOTE](#) del 08 de junio de 1998, publicada el 30 de setiembre de 1998 en la **SCEP**, págs. 1695-1696.

son irreprimibles en el ámbito penal, cuando se causen entre los cónyuges (Art. 208° inciso 1 CP modificado por la Ley N° 27309 del 17 de julio del 2000).

En la legislación comparada, el CC Chileno ha consagrado la adquisición a non domino con relación a los actos de disposición arbitraria del patrimonio social, estableciendo en su Art. 1739° que:

“Tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o la tradición del bien respectivo.

No se presumirá la buena fe del tercero cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público, como en el caso de automóviles, acciones de sociedades anónimas, naves o aeronaves”.

12. La fe pública registral.

La transferencia de los bienes inmuebles, en nuestro sistema jurídico, se realiza mediante el sistema de adquisición de los derechos reales por el solo contrato (*nudo consensu*).

Esta premisa se sustenta en que si bien es cierto nuestro CC se ha adherido al sistema del título y el modo -como puede observarse respecto de los bienes muebles-, en el caso de bienes inmuebles la sola obligación de transferir la propiedad hace al acreedor propietario del bien (Art. 949° CC). Suprimida la necesidad de la tradición, el contrato es por sí solo, modo de adquirir los derechos reales (es decir el hecho que según la ley produce la

adquisición). Se funden en él el título y el modo, o si se quiere se borra la bipartición.

El sistema elegido por el legislador nacional, como es de apreciarse a simple vista, es imperfecto, porque admite la posibilidad que quien enajene no sea el verdadero titular del bien o no se encuentre facultado para ello. Así, en el caso de inmuebles, cualquiera de los cónyuges puede atribuirse la titularidad del bien y luego transferirlo a un tercero; sin embargo, el cónyuge no interviniente puede recuperar el bien porque el acto se realizó sin su consentimiento. Se comprende que de esta forma el tráfico comercial se convierte en inseguro y la propiedad en relativa. Por lo que con el objeto de determinar fehacientemente si un bien es propio o social, el tercero debe acudir al mecanismo de publicidad inmobiliaria que ofrecen los registros públicos especialmente creados para ello.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado lo anterior, en la CAS. N° 1783-96 LIMA¹⁰⁶, con los siguientes términos:

“La publicidad jurídica es una actividad que tiene por finalidad manifestar un hecho, acto o situación jurídica y que crea al objeto publicado la posibilidad de ser conocido por todos.

En efecto, la publicidad jurídica en razón de una presunción cerrada (absoluta o *iure et de iure*), impide totalmente la posibilidad que alguna persona, desconozca un derecho debidamente inscrito, la cual, tiene como inmediata consecuencia que el contenido de la inscripción se presume cierto y produzca todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, tal como precisa el Art. 2013° del Código Civil, norma que contiene el principio de legitimación registral.

(...)

¹⁰⁶ [CAS. N° 1783-96](#) LIMA del 18 de mayo de 1998, publicada en la **SCEP** del 05 de julio de 1998, págs. 1393-1394.

Es decir se trata de proteger la apariencia generada por los actos de publicidad, aún cuando haya discrepancia entre las auténticas relaciones y las que hayan sido objeto de publicidad.”

El principio de publicidad registral por el cual se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (Art. 2012° CC) se complementa con el principio de legitimidad registral, por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (Art. 2013° CC). La consecuencia de ambos principios trae consigo que en obsequio al tráfico comercial se sacrifique, al menos en ocasiones, el dogma según el cual *nemo plus iura in alium transferre potest, quam ipse habet* (nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga) y una limitación a la producción de ineficacia derivada de la anulabilidad del acto.

Incluso la Sala Civil Permanente, en la CAS. N° 1617-97 LAMBAYEQUE¹⁰⁷, ha llegado a afirmar que la fe registral, en el caso que la inscripción del bien se haya realizado únicamente a favor de uno de los cónyuges, deja sin efecto la presunción *iuris tantum* por la cual los bienes obtenidos durante el matrimonio tienen la calidad de sociales.

En condiciones normales y de acuerdo al principio de causalidad, las inscripciones se realizan en virtud de un acto que constituye su causa eficiente, de modo tal, que los vicios y nulidades de este acto afectarán en forma directa e inmediata la eficacia y validez del asiento registral. El Registro no convalida los actos que sean nulos o anulables. Sin embargo, es necesario proteger una razonable confianza en la apariencia de una situación jurídica, de manera que quien suscite en los demás la apariencia

¹⁰⁷ [CAS. N° 1617-97 LAMBAYEQUE](#) del 29 de octubre de 1998, publicada en la **SCEP** del 10 de diciembre de 1998, págs. 2205-2206.

de que una situación jurídica existe tiene que dejarla valer contra sí mismo y que quien de buena fe confía en la situación aparente merece ser protegido.

Por lo que en algunos casos, el bien que en la realidad de las cosas (realidad extraregstral) pertenece al patrimonio social puede aparecer inscrito en los Registros Públicos como bien perteneciente al patrimonio de uno de los cónyuges, por haber declarado éste ante el registrador tener el estado civil de soltero; situación que por cierto evade al principio general de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio (véase acápite 6, págs. 37-46). Quien adquiera un bien bajo esta apariencia y reuniendo los requisitos establecidos por el CC se encuentra protegido por el principio de la fe pública registral. La formulación de este principio señala que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos (Art. 2014° CC y Arts. VIII y 173° del Reglamento General de los Registros Públicos).

De modo tal que si un tercero adquiere a título oneroso un inmueble social cuya titularidad aparece en los Registros Públicos a favor de uno solo de los cónyuges (porque se presentó como soltero o logró acreditar que el bien pertenece a su patrimonio privativo) y luego inscribe su propiedad, mantiene su adquisición, aún cuando se anule el acto jurídico por el cual se transfiere dicha propiedad a instancia del cónyuge no interviniente, por no haber intervenido en el mismo. Así lo estableció la Sala de Derecho Constitucional y Social en la CAS. N° 398-97 CHINCHA ¹⁰⁸, en la cual afirmó la preferencia del derecho del tercero registral frente al del cónyuge no interviniente, con los siguientes argumentos:

¹⁰⁸ [CAS. N° 398-97 LIMA](#) del 11 de agosto de 1998, publicada en la **SCEP** del 11 de marzo de 1999, pág. 2753. En igual sentido, [CAS. N° 2837-00 CALLAO](#), del 23 de mayo del 2001, publicada en la **SCEP** del 05 de noviembre del 2001, pág. 7976.

“El objeto de la demanda es que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en la escritura pública de compraventa celebrada entre los demandados [*el cónyuge interviniente y el tercero*] con fecha 25 de octubre de 1995 y de su inscripción en los Registros Públicos, aduciendo que dicha escritura se ha llevado a cabo sin las formalidades requeridas para los actos jurídicos, puesto que el Art. 219 del CC establece que los actos jurídicos son nulos cuando no ha existido manifestación de voluntad y que al no intervenir la esposa del vendedor, pese a que el contrato versaba sobre un bien de la sociedad conyugal se incurrió en dicha causal de nulidad.

(...)

Lo cual se dio en el caso de autos respecto del contrato celebrado entre los demandados, (...) por tratarse de un bien de la sociedad conyugal sin intervención del cónyuge del vendedor en dicho acto.

(...)

Además el referido Código sustantivo establece que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos y que su buena fe se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro, lo cual se evidencia que ha ocurrido en el caso de autos, puesto que la mala fe que alegan los demandantes es del vendedor [*el cónyuge interviniente*] y no han acreditado fehacientemente la mala fe de la Agropecuaria “El Refugio” [*el tercero*], la que a la fecha en que celebró la compraventa con el codemandado, desconocía que el bien materia de litis había sido objeto de los contratos preparatorios anteriormente citados, todo lo cual está previsto en los Arts. 2012° y 2014° CC.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y que la entidad codemandada, actuando diligentemente, ha inscrito su derecho en los Registros Públicos, ello le da preferencia y oponibilidad *erga omnes* ante cualquiera que pretenda derecho real sobre el bien materia de la presente acción, conforme lo establecen los Arts. 2016° y 2022° CC”.

En consecuencia, la nulidad –o la anulabilidad propuesta por nosotros– del acto de disposición arbitrario del patrimonio social no afecta el derecho del tercero que se encuentre protegido por la fe pública registral, la cual requiere la conjunción de los siguientes requisitos: (i) adquisición por un tercero de derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo; (ii) que se adquiriera a título oneroso; (iii) posibilidad de discordancia entre el registro y la realidad civil; (iv) que se adquiriera de buena fe; y (v) que el adquirente inscriba su derecho en el Registro.

En la práctica se discute fundamentalmente el requisito de la buena fe del tercero y la onerosidad de la adquisición realizada por el mismo. Con relación a la buena fe, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que ésta no puede invocarse por aquel que conocía que el cónyuge con el cual contrataba tenía en realidad el estado civil de casado ¹⁰⁹. De otro lado, para lograr la protección registral debe exigirse el despliegue de una diligencia ordinaria, lo cual implica que no es suficiente leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen. No está de más indicar que el asiento registral sólo es un resumen del título que lo origina y que éste se encuentra a disposición de toda persona, de conformidad con el principio de publicidad registral (Art. 2012° CC, Art. 184° del Reglamento General de los Registros Públicos anterior y Art. II del T.P. del actual Reglamento) ¹¹⁰. Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que la

¹⁰⁹ [CAS. N° 265-T-97](#) LA LIBERTAD del 21 de noviembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 03 de abril de 1998, pág. 605 y [CAS. N° 1046-01](#) CAÑETE del 18 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8277-8279. En general, nadie puede invocar la buena fe si conocía la inexactitud del registro, véase la [CAS. N° 1433-96](#) LA LIBERTAD del 28 de noviembre de 1997, publicada en la **SCEP** del 04 de mayo de 1998, pág. 876 y la [CAS. N° 3017-00](#) LIMA del 30 de mayo del 2001, publicada en la **SCEP** del 05 de noviembre del 2001, pág. 7959.

¹¹⁰ [CAS. N° 2356-98](#) LIMA del 13 de agosto de 1999, publicada en la **SCEP** del 12 de noviembre de 1999, págs. 3899-3900. VIVAR MORALES, Elena: **La Inscripción Registral de la propiedad inmueble en el Perú**, Tomo I, Lima, PUCP, 1998, pág. 109 y GUEVARA MANRIQUE, Rubén: **La fe pública registral: ¿Cómo nos beneficia?**, en CONGRESO DE LA REPUBLICA: **Homenaje a José León Barandiarán**, Tomo II, Lima, Congreso de la República, 2000, págs. 558-559, opinan de acuerdo con esta interpretación. En contra, ALIAGA HUARIPATA, Luis: **La publicidad registral y sus alcances ¿hasta dónde se**

buena fe del tercero sólo se sustenta en los asientos registrales mas no en anotaciones preventivas ¹¹¹; en todo caso, éstas advierten al tercero de la posible existencia de un derecho preterido ¹¹² (como puede ser el caso de una anotación de demanda que ha de producir efecto sobre el bien inscrito, según el Art. 79° inc. 2 del Reglamento de las Inscripciones). Sin embargo, no puede obligarse al tercero a conocer lo inscrito en otra partida abierta en forma irregular ¹¹³.

Respecto al momento en que debe exigirse la buena fe al tercero, no hay duda que ésta debe aparecer en el momento de adquisición del tercero como también en el momento que presenta el título en el registro, siempre y cuando el título sea calificado afirmativamente por el registrador, supuesto en el cual, de acuerdo al Art. 67° del Reglamento de las Inscripciones y el Art. 143° del Reglamento General de los Registros Públicos, los efectos de la inscripción se retrotraen al momento de la presentación del título al registro.

Con relación a la onerosidad de la prestación, algunos han tratado de negar la posibilidad de incluir dentro del ámbito de la fe pública registral a la hipoteca y otros actos de gravamen. La Corte Suprema de Justicia, con razón, ha señalado que la hipoteca concede un derecho real sobre el bien gravado y es sin duda un contrato oneroso. A manera de ejemplo, en el **CASO 2** (véase acápite 5, pág. 28), la Sala Civil Permanente señaló en la

extiende la publicidad regulada en el Art. 2012° CC?, en Revista **Diálogo con la Jurisprudencia**, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, Año 7, N° 36, Setiembre, 2001, págs. 47-56.

¹¹¹ [CAS. N° 2374-98](#) SAN ROMAN-JULIACA del 17 de marzo de 1999, publicada el 23 de abril de 1999 en la **SCEP**, pág. 2929.

¹¹² [CAS. N° 291-99](#) HUAURA del 30 de junio de 1999, publicada el 01 de setiembre de 1999 en la **SCEP**, pág. 3406.

¹¹³ Así, lo han señalado: [CAS. N° 1418-99](#) LAMBAYEQUE del 05 de octubre de 1999, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre de 1999, págs. 4194-4195 y la CAS. N° 2555-98 LAMBAYEQUE del 16 de abril de 1999, publicada en la **SCEP** del 03 de setiembre de 1999, pág. 3417.

CAS. N° 2299-98 LAMBAYEQUE ¹¹⁴, que el Banco que contrató con el cónyuge interviniente (Julio Severino) se encuentra protegido por la fe pública registral, porque en el Registro el bien aparecía a nombre del enajenante como soltero. Los argumentos principales de esta resolución son los siguientes:

“Como fundamento de la decisión del colegiado [*la Sala de vista*] se tomó en cuenta que el matrimonio celebrado entre don Julio Ismael Severino Bazán y doña María Alejandra Malinarich Gonzales tuvo lugar el 27 de octubre de 1991 y al considerar que el bien submateria había sido adquirido en fecha posterior, por aplicación del Art. 310° del Código Civil, aquel tenía la condición de bien social y por consiguiente de propiedad de la sociedad conyugal conformada por los esposos Severino Malinarich.

Aparece como un hecho acreditado que en la adquisición del bien sub litis según escritura pública cuyo testimonio corre de fojas 2 a 4, con fecha 10 de junio de 1992 se consigna que don Julio Ismael Severino Bazán tiene la condición de soltero.

En aplicación de los Arts. 2013° y 2014° Código Civil, se tiene que el Banco acreedor al momento de ser otorgada la fianza con garantía hipotecaria sobre el inmueble comprado e inscrito a favor de don Julio Ismael Severino Bazán como titular del derecho en calidad de soltero y no en nombre de la sociedad conyugal que conforma con la actora, se tiene protegido su derecho por los

¹¹⁴ [CAS. N° 2299-98](#) LAMBAYEQUE del 05 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 17 de agosto de 1999, pág. 3216. Este criterio ha sido seguido en otras sentencias: [CAS. N° 1337-98](#) LAMBAYEQUE del 02 de diciembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 08 de enero de 1999, págs. 2442-2443; [CAS. N° 1845-00](#) JUNIN del 28 de noviembre del 2000, publicada en la **SCEP** del 30 de enero del 2001, págs. 6811-6812; y [CAS. N° 2942-98](#) PUNO del 28 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 26 de octubre de 1999, págs. 3806-3808. Asimismo, corroboran el criterio antes expuesto, para otros casos similares: [CAS. N° 691-97](#) LIMA del 20 de agosto de 1998, publicada en la **SCEP** del 15 de octubre de 1998, págs. 1922-1923; CAS. N° 3186-98 LA LIBERTAD del 09 de agosto de 1999, publicada en la **SCEP** del 21 de setiembre de 1999, pág. 3568; [CAS. N° 2250-01](#) CAMANA-AREQUIPA del 22 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8299 y [CAS. N° 793-01](#) TACNA del 08 de noviembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 01 de marzo del 2002, pág. 8484. Sin embargo, una reciente casación dice lo contrario: que la hipoteca adolece de nulidad y ésta prevalece sobre la fe pública registral: [CAS. N°](#)

principios registrales contenidos en las normas sustantivas anotadas de legitimidad, fe pública registral y prioridad; esto significa que al suscribirse la garantía hipotecaria, la entidad acreedora respecto del bien inscrito a nombre de una persona facultada para hacerlo, mantiene su derecho una vez inscrito aunque el titular sea casado y se trate de un bien social, quedando sin efecto entonces la presunción *iuris tantum* de calificar el bien hipotecado como bien social, ya que como se ha señalado, el bien no se encuentra inscrito a nombre de la sociedad conyugal”.

Cosa distinta se da en el supuesto establecido en el **CASO 3** (véase acápite 5, pág. 29), en el cual la disposición del patrimonio social se realizó a título gratuito y por lo tanto se encuentra fuera de la esfera de la fe pública registral. En consecuencia, en nuestro sistema jurídico, si la disposición arbitraria del patrimonio social se ha realizado a título gratuito, el cónyuge puede lograr su nulidad y el tercero –aunque guiado por la fe pública del registro- no merecerá ningún tipo de protección. Algunos autores critican el hecho que nuestra legislación al recoger en su integridad el Art. 34° de la Ley Hipotecaria española –que es el antecedente del Art. 2014° CC- no se haya detenido a analizar este aspecto ¹¹⁵. ¿Por qué se restringe la fe pública registral en función a la onerosidad del título, excluyéndose a las adquisiciones que se concretan a título gratuito?. A nuestro parecer no existe una verdadera justificación.

En todo caso, esta limitación puede ser superada en la realidad, como puede apreciarse en el **CASO 1** (véase acápite 5, pág. 28), en el cual surge una situación peculiar: el esposo (Juan Rojas) dispuso unilateralmente a favor de sus hijos César y María dos inmuebles sociales, al primero a título de compraventa y a la segunda a título de anticipo de legítima. Si bien ninguno de ellos podía alegar buena fe, los terceros adquirentes que

[1666-01](#) JUNIN del 10 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8289.

¹¹⁵ PIZARRO ARANGUREN, Luis: **Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos**, en Revista **Themis**, N° 30, Febrero- 1998, págs. 221-229.

contrataron con los hijos sí se encuentran protegidos por la fe pública registral, bajo los siguientes argumentos:

“Las sentencias de mérito han establecido que los compradores de los inmuebles lo hicieron de buena fe, tanto más si al momento de la transferencia de inmueble otorgada por los señores Rojas León, no figuraba anotada medida judicial o extrajudicial en el Registro de la Propiedad Inmueble que en alguna forma limitara su libre disposición o dominio y siendo que la buena fe se presume y que no se ha demostrado que los adquirentes no la hubieran tenido, es evidente que esas transferencias, hechas a título oneroso, están amparadas por la fe del Registro Público y no pueden ser invalidadas, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 2014° CC, por lo que no se puede invalidar las escrituras de transferencia de dominio otorgadas, respectivamente a favor de Luis Alberto Aldana Saavedra y su esposa y Francisca Moza Vásquez [*terceros*].

La apreciación fáctica hecha en la sentencia de primera instancia en el sentido de que don César Enrique Rojas León y doña María Catalina Rojas León conocían del vínculo matrimonial de su señor padre con la demandante, no ha sido modificada por la de vista, lo que se debe tener en cuenta para el efecto de la determinación de responsabilidades por daños y perjuicios, conforme al Art. 969 del CC”.

13. Aceptación tácita del cónyuge no interviniente

Resulta curioso que el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia, por el cual los actos de disposición arbitrarios del patrimonio social son nulos, se vea atenuado en ciertos supuestos en los cuales los terceros logran acreditar mediante argumentos procesales que el asentimiento del cónyuge no interviniente si bien no se realizó expresamente, se manifestó en forma tácita.

Es cierto que el Art. 141° CC admite que la manifestación de la voluntad sea expresa o tácita, produciéndose esta última, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. Sin embargo, este tipo de manifestación resulta discutible dentro del marco establecido por el Art. 315° CC que requiere la “intervención” conjunta de los cónyuges en los actos de disposición del patrimonio social.

A manera de ejemplo, resumimos el caso expuesto por BELAUNDE ¹¹⁶: Oscar Linares celebró un contrato de compraventa con los cónyuges Armando Manco y María Flores, el 20 de julio de 1988, por el cual se obligó a transferirles un inmueble sin indicarles que éste fue adquirido durante su matrimonio con Lotty Burckhardt bajo el régimen de sociedad de gananciales. El pago del precio del bien (el total fue de US \$ 45,000) fue pactado en cuatro armadas: la inicial fue pagada antes de la celebración del contrato, por US \$ 13,750 y el remanente debió ser pagado el 30 de mayo de 1989 (US \$ 22,000), el 30 de agosto de 1989 (US \$ 5,000) y el 30 de diciembre de 1989 (US \$ 4,250). La esposa demandó la nulidad del acto de disposición celebrado por su esposo sin su consentimiento. Los terceros argumentaron que la demandante reconoció los recibos de pago de la cuota inicial y por lo tanto asintió la venta del inmueble social. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo el recurso de nulidad (Exp. 973-93 LIMA) acogió este argumento, señalando lo siguiente:

“Si bien es verdad la demandante doña Lotty Burckhardt Sayán de Linares no ha suscrito el contrato privado de compraventa que en copia obra a fojas 3, por el cual su cónyuge don Oscar Linares Núñez transfiere la propiedad del inmueble sito en Caminos del Inca N° 2476, Monterrico Sur, Distrito de Santiago de Surco, a favor de los demandados, sin embargo, de los documentos de fojas 116, 117 y 118, que han sido reconocidos por la citada demandante en la diligencia de fojas 134 vuelta, fluye claramente que ella no

¹¹⁶ BELAUNDE MOREYRA, Martín: ob. cit. nota 53, págs. 11-16.

sólo reconocía la aludida compraventa, sino también ha recibido dinero como parte del pago del precio del bien materia de autos, debiendo conducirse [sic] que el contrato privado de fojas 3 constituye la culminación de las tratativas que venían celebrando para la venta del predio. (...) En tal virtud, la demanda sobre nulidad de compraventa planteada debe desestimarse”.

Comentando esta sentencia, BELAUNDE ¹¹⁷, señala:

“El problema fundamental de los casos analizados fue uno de probanza más que de interpretación legal. La Corte Suprema falló correctamente cuando desestimó la demanda de nulidad del contrato de compraventa por la supuesta no intervención de la esposa. Este aspecto quedó irrefutablemente desvirtuado con los recibos que ella misma había suscrito por las sumas pagadas a cuenta del precio y que luego reconoció en el proceso, aunque quiso darles una significación distinta de la expresada en su contenido. El consentimiento no sólo se manifiesta con la firma de los documentos formales de compraventa. También puede evidenciarse mediante otras acciones y la recepción de dinero en pago parcial del precio sin lugar a dudas es una manera de expresar el consentimiento.

(...)

Por consiguiente se puede formular la siguiente sumilla del caso en cuestión: Cuando se vende un bien inmueble social para cumplir la exigencia establecida en el Artículo 315° del Código Civil en el sentido de que marido y mujer consientan la transacción, no es indispensable la firma de los dos cónyuges en el contrato, si la voluntad de ambos es demostrada por otros medios, tales como la recepción conjunta de dinero a cuenta del precio pactado”.

En otros casos, la manifestación de voluntad del cónyuge no interviniente se presenta como una verdadera confirmación del acto celebrado por su consorte sin su asentimiento, como si se tratase de un acto anulable, de acuerdo a lo establecido por el Art. 231° CC, el mismo que

¹¹⁷ Idem, pág. 30.

señala que “el acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad”. Este criterio ha sido admitido por la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que como repetimos ha optado por la nulidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social y por lo tanto, por la insubsanabilidad de dicho acto.

Así, Favio Tejada celebró con Elva Aguirre un contrato de compraventa del 50% de los derechos y acciones de un inmueble social. Una vez pagado el precio, el vendedor se negó a entregar el inmueble, alegando que en la compraventa no participó su cónyuge (Augusta Moncada). La compradora demandó a ambos esposos el otorgamiento de escritura de independización de la parte que le correspondía del inmueble social. Para tal efecto, señaló que si bien la esposa del vendedor no intervino en el contrato de compraventa, ésta consintió la transferencia cuando la minuta de compraventa fue elevada a escritura pública. Este argumento fue aceptado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 2792-98 LIMA¹¹⁸, conforme se puede ver a continuación:

“Las sentencias inferiores han establecido como hecho probado que si bien la cónyuge del recurrente no ha intervenido en el contrato de compraventa, tal formalidad legal ha sido convalidada con la suscripción de dicho cónyuge de la escritura de compraventa que corre a fojas 208 a 235 de fecha 31 de enero de 1995, precisándose además que en ella corre como inserta la voluntad del emplazado de haber transferido a la actora el 50 % de los derechos y acciones del inmueble sub litis.

Doña Augusta Luzgarda Moncada Cabanillas esposa del demandado fue integrada a la relación procesal en su calidad de litisconsorcio necesario y no

habiendo contestado la demanda se le declaró rebelde, no habiendo apelado de la sentencia de primera instancia, ni interpuesto Recurso de Casación, ni objetado el contrato de compraventa, por lo que no resulta de aplicación el Artículo 315° del Código Civil”.

Este último argumento de carácter procesal también es válido para el tercero que afirmó en su demanda o reconvenición –puede ser de otorgamiento de escritura pública o entrega del bien- que el acto de disposición arbitrario del patrimonio social contaba con el asentimiento del cónyuge no interviniente; en este supuesto, declarada la rebeldía de dicho cónyuge, ésta producirá a favor del tercero una presunción relativa sobre lo afirmado en sus actos postulatorios. Así lo establece el Art. 461° CPC, que posee las siguientes excepciones, cuando: (i) habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; (ii) la pretensión se sustente en un derecho indisponible; (iii) requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda: o (iv) el Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción. De tal manera, que si no se presenta ninguna de las excepciones establecidas por dicho artículo, la afirmación del tercero, en el sentido que el cónyuge no interviniente sí asintió el acto de disposición arbitrario, quedará firme.

Es el caso de Uladismiro Pajares, quien vendió un inmueble social a favor de Ramón Aguilar. La esposa del vendedor (María Sánchez) le advierte que por tratarse de un inmueble adquirido bajo el régimen de sociedad de gananciales debe contar con su asentimiento, por lo que éste se desiste de perfeccionar dicho contrato. Como consecuencia de ello, el comprador demandó el otorgamiento de escritura pública a los dos esposos. Ya en el proceso, ninguno de los esposos contestaron oportunamente la demanda y fueron declarados rebeldes; sin embargo, la esposa del vendedor interpuso casación y argumentó que el acto de disposición del

¹¹⁸ [CAS. N° 2792-98](#) LIMA del 01 de junio de 1999, publicada en la **SCEP** del 14 de setiembre de 1999, págs. 3522-3523

patrimonio social celebrado por su esposo a favor del demandante era nulo, por no haber contado con su asentimiento. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia rechazó la denuncia de inaplicación del Art. 315° CC, señalando en la CAS. N° 1034-98 CAJAMARCA ¹¹⁹, lo siguiente:

“La Sala de mérito ha establecido que los esposos Uladismiro Pajares Machuca y María Erika Sánchez de Pajares fueron declarados rebeldes, por no haber contestado la demanda y que como lo dispone el Artículo 471° del Código Procesal Civil es efecto de tal declaración la presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda.

Agrega, que no existe en autos prueba alguna que desvirtúe dicha presunción; que, además, la codemandada no ha cuestionado la validez de los instrumentos con lo que se recauda la demanda y el transcurso del tiempo desde la suscripción del documento hasta la fecha de interposición; llevan al consentimiento que ella estuvo de acuerdo con la transferencia de dominio a que se contrae este juicio.

Pretender modificar los argumentos glosados, requeriría de un reexamen de los hechos y una nueva valoración de la prueba, pretensión que resulta ajena al sistema casatorio”.

Los Registros Públicos han utilizado muchas veces el argumento del asentimiento tácito del cónyuge no interviniente para salvar los vacíos que se pudiesen crear en el tracto sucesivo en la transferencia de los inmuebles. Así, José Chanduví y Nora Regalado adquirieron la propiedad de un inmueble ubicado en Huacho, mediante compraventa celebrada con los esposos Victor Jamanca y Lucila Vásquez. El Registrador Público observó la solicitud de inscripción presentada por José Chanduví, señalando que de la revisión de la partida registral, se observa que el anterior asiento corresponde a la inscripción de la adjudicación realizada por la Asociación

¹¹⁹ [CAS. N° 1034-98 CAJAMARCA](#) del 07 de abril de 1999, publicada en la **SCEP** del 29 de agosto de 1999, págs. 3363-3364.

Pro Vivienda Residencial “Los Cisnes” del 09 de octubre de 1986 a favor de Victor Jamanca, en la que no actuó conjuntamente con su cónyuge Lucila Vásquez. Ante la apelación presentada por el solicitante, el Tribunal Registral, en la RES. N° 430-98-ORLC/TR ¹²⁰, superó los vacíos existentes en el tracto sucesivo de ambas transferencias, señalando lo siguiente:

“En relación al requerimiento de intervención de doña Lucila Hermelinda Vásquez Peralta en la escritura pública de 9 de octubre de 1986, se aprecia que adicionalmente a que esta instancia se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia en relación a la exigencia de la intervención de la cónyuge del comprador en la adquisición de bienes inmuebles en aplicación del Artículo 315° CC, también es cierto que se han emitido resoluciones de carácter vinculante en cuanto a la manifestación de voluntad expresa o tácita de los contratantes, en base al sustento de que en el sistema jurídico peruano no resulta posible la atribución del derecho de propiedad sin la manifestación de voluntad tanto del transferente como del adquirente, siendo que para estos efectos resulta de aplicación lo previsto en el Artículo 141° del Código sustantivo, que establece que la manifestación de voluntad es tácita, cuando de ésta se infiere indubitablemente una actitud o circunstancias de comportamiento que revelen su existencia.

En ese sentido, si bien es cierto no se aprecia de la escritura pública glosada en el considerando precedente que doña Lucila Vásquez Peralta haya intervenido manifestando su voluntad de aceptar la transferencia a favor de la sociedad conyugal que conforma con don Víctor Jamanca Aguilar, no es menos cierto que la circunstancia de que aquélla y su cónyuge transfieran el inmueble a favor del apelante mediante la escritura pública de fecha posterior, 1° de octubre de 1997, implica que ha manifestado tácitamente su voluntad

¹²⁰ RES. N° 430-98-ORLC/TR del 20 de noviembre de 1998, en **ORLC**, Vol. VII, págs. 62-66. En la misma línea de interpretación, la RES N° 155-98-ORLC/TR del 14 de abril de 1998, en **ORLC**, Vol. VI, págs. 168-170. En la [CAS. N° 1116-01](#) LIMA del 18 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8332-8333 y la CAS. N° 2964-01 AREQUIPA del 22 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8297, se admite que los errores de forma en la declaración del cónyuge no interviniente –respecto de la numeración del inmueble o la consignación de un apellido

de aceptar la transferencia anterior a su favor, debiendo desestimarse en consecuencia este extremo de la observación formulada”.

Sumados estos criterios a favor del tercero que contrata con el cónyuge interviniente, se puede llegar a la conclusión que a pesar que el acto de disposición arbitrario del patrimonio social sea considerado nulo –por el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia-, se admite la posibilidad que el tercero pruebe la manifestación tácita de la voluntad del cónyuge no interviniente, cuando ésta se infiera indubitadamente de una actitud o circunstancias de comportamiento que revelen su existencia, ya sea con anterioridad o con posterioridad al acto celebrado por su consorte sin su asentimiento. El criterio antes indicado también resulta aplicable para los defectos de tracto sucesivo que puedan ocurrir en los registros públicos, cuando uno de los cónyuges no ha participado en la adquisición de un bien pero sí en su posterior disposición.

Un caso curioso para finalizar este acápite: Roberto Flores alquiló un inmueble a Elena Palomino y posteriormente, con fecha 07 de marzo de 1988, mediante carta notarial le ofreció vender dicho bien, de acuerdo al derecho de tanteo o de prelación establecido por el Art. 22° del Decreto ley N° 21938 del 04 de diciembre de 1977. La inquilina contestó el 21 de abril de 1988, fecha que desafortunadamente coincidió con la muerte del oferente. Sumado a lo anterior, la posible adquirente se percata que su arrendador tenía estado civil de casado y que su esposa no tenía la intención de enajenar el inmueble. En la CAS. N° 2950-98 LIMA ¹²¹, la Sala Civil Transitoria, ante la impugnación presentada por la inquilina, señaló que si bien es cierto la muerte del arrendador no exime a sus herederos del cumplimiento de su oferta, se debe tener en cuenta que el bien es social y por lo tanto requiere el asentimiento conjunto de ambos cónyuges para su disposición.

distinto en la firma- no enervan su eficacia jurídica. Dicha declaración debe ser interpretada en función de la buena fe (Art. 178° CC).

¹²¹ [CAS. N° 2950-98](#) LIMA del 07 de junio de 1999, publicada en la **SCEP** del 17 de setiembre de 1999, págs. 3551-3552.

14. Los casos considerados en leyes especiales

Nuestro sistema jurídico ha optado por establecer taxativamente dos excepciones a la regla de la actuación conjunta de los cónyuges en los actos de disposición arbitrarios del patrimonio social –el otorgamiento de facultades suficientes a uno de los cónyuges y la adquisición de bienes muebles-, para luego señalar mediante una cláusula abierta que dicha regla tampoco rige en “los casos considerados en las leyes especiales”.

Aunque la doctrina no se haya expresado respecto a la naturaleza de estas últimas excepciones, se tratan de supuestos en los cuales, por mandato legal, se presume el asentimiento del cónyuge no interviniente en determinados actos celebrados por su consorte, en atención principalmente del tráfico comercial. No es difícil imaginar que una regla como la de la actuación conjunta puede crear graves problemas al tráfico comercial si no se establecen limitaciones a la misma, mediante la presunción del consentimiento del cónyuge no interviniente en los actos realizados por su consorte.

El supuesto más conocido, en nuestro medio, es el establecido por el Art. 227° de la Ley N° 26702 del 09 de diciembre de 1996 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), que señala que “en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúe con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta”.

El antecedente más cercano de esta norma es el Decreto Ley N° 18855 del 14 de mayo de 1971 que tuvo por objeto atenuar el rigor de la actuación conjunta establecida primigeniamente en el Art. 188° CC de 1936 (modificado por el Decreto Ley N° 17838 del 01 de octubre de 1969), señalando que el requisito establecida en dicha norma “se presumirá

cumplido de pleno derecho, en los casos de constitución de prenda en garantía de los créditos que otorguen las Instituciones Bancarias, cuando el gravamen incida sobre bienes comunes dedicados a la explotación de la respectiva actividad del solicitante o sobre los generados, creados, extraídos o adquiridos con la inversión que se realice, directa o indirectamente, con dichos créditos”.

El propósito de esta norma, conforme se puede apreciar de su parte considerativa, consistió en favorecer el rápido desarrollo de las actividades a través del crédito oportuno que otorgan las Instituciones Bancarias mediante la simplificación de trámites y que para lograr tal objetivo, era conveniente adaptar lo dispuesto en el Art. 188° CC de 1936 a la necesidad de agilizar las operaciones de crédito que otorgan las Instituciones Bancarias.

Con la actual norma, queda claro que en los actos de disposición del patrimonio social realizados por uno de los cónyuges como titular de una cuenta corriente, mediante transferencias así como por las demás operaciones bancarias, se presume sin admitir prueba en contrario que cuenta con el asentimiento de su consorte. De tal manera que en esta clase de actos el cónyuge no interviniente ni siquiera puede alegar su anulabilidad (o nulidad de acuerdo al criterio jurisprudencial). La ley permite la intervención unilateral del cónyuge titular de una cuenta corriente con el objeto –al igual que en el Decreto Ley N° 18855- de proveer a los Bancos de mecanismos que le faciliten la recuperación de sus colocaciones. Lo cual si bien resulta siendo una razón válida, en la práctica puede prestarse a arbitrariedades, mucho más si se lo une con otros mecanismos establecidos por la Ley N° 26702, como podrá apreciarse en el ámbito de los actos puramente obligatorios (véase acápite 25, págs. 225-235).

En igual sentido, el Decreto Legislativo N° 861 (Ley de Mercado de Valores) del 22 de octubre de 1996 modificado por la Ley N° 27649 del 23 de enero del 2002, en su Art. 113°, señala que en las transacciones que se

realicen en los mecanismos centralizados regulados por esta ley, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del enajenante, en los casos en que fuese requerido, por no existir un régimen de separación de patrimonios (o cuando es soltero, agregamos nosotros). Los mecanismos centralizados de negociación antes señalados, son aquellos que reúnen o interconectan simultáneamente a varios compradores y vendedores con el objeto de negociar valores, instrumentos derivados e instrumentos que no sean objeto de emisión masiva.

Por su parte, la Ley N° 27287 (Ley de Títulos Valores) publicada el 19 de junio del 2000, en su sexta disposición complementaria y final, establece que “en la transferencia o constitución de gravámenes sobre títulos valores emitidos o transferidos a favor de una persona natural, no se requiere la intervención del cónyuge. La misma regla rige para los valores representados mediante anotación en cuenta”. Se refiere a los valores en título o a los desmaterializados emitidos o transferidos a nombre o a favor de una determinada persona natural cuyo nombre figure literalmente en el título o registro y que de ese modo se convierte en su legítimo tenedor o titular. Cuando tal persona a su vez transfiera o constituya un gravamen sobre dicho valor, no requiere la intervención de su cónyuge. Así, cuando un cheque girado a la orden de uno de los cónyuges sea endosado por éste, no requerirá que intervenga su consorte, a pesar que puede estar disponiendo parte del patrimonio social. Igual suerte correrá si endosa en garantía una letra de cambio girada o endosada a su orden o transfiera o prende una acción inscrita en la Caja de Valores de Lima (CAVALI) o que figure en la matrícula de acciones de la sociedad emisora sólo a nombre de dicha persona natural. Situación distinta se produce si la titularidad de los valores corresponde a ambos cónyuges, en cuyo caso sí se requerirá del asentimiento de los dos consortes, ya sea para disponer o gravar.

Un supuesto discutible, lo constituyen las acciones que uno de los cónyuges tuviesen a su nombre en una sociedad anónima. En estricto, se

tratan de bienes sociales, salvo que por su origen tengan la calidad de bienes propios, hayan sido adquiridos a título gratuito o constituyan acciones que hayan sido distribuidas gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio (Art. 302° incs. 1, 3 y 7 CC). Sin embargo, el Art. 37° del Reglamento General del Registro de Sociedades (RES. N° 200-2001-SUNARP/SN) señala que “para la inscripción del pacto social y del aumento de capital, los cónyuges son considerados como un solo socio, salvo que se acredite que el aporte de cada uno de ellos es de bienes propios o que están sujetos al régimen de separación de patrimonios, indicándose en el título presentado los datos de inscripción de la separación en el Registro Personal”; asimismo, los Arts. 91° y 92° de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) establecen que para efecto de la sociedad se considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones, en la cual se anotan la propiedad de las acciones y sus transferencias.

La Corte Suprema ha atendido a las normas societarias, para negar la posibilidad que uno de los cónyuges defienda el patrimonio social cuando éste se encuentra constituido por acciones que su consorte posee en calidad de socio; conclusión que llevada a sus últimos alcances, permite colegir que el esposo que es titular de acciones de una sociedad puede disponer de las mismas, aunque éstas formen parte del patrimonio social de ambos cónyuges. Así, en la CAS N° 2499-98 LIMA ¹²², emitida por la Sala Civil

¹²² [CAS. N° 2499-98](#) LIMA del 03 de marzo de 1999, publicado en la **SCEP** del 12 de abril de 1999, págs. 2899-2900. El voto en discordia emitido por el Vocal Iberico Mas contiene una interesante interpretación, acusando una verdadera antinomia entre dos tipos de normas, las del CC referidas a la sociedad de gananciales y las de la Ley General de Sociedades, respecto de las acciones societarias. A favor de las primeras señala que “las acciones sub litis fueron adquiridas por don Baruch Ivcher Brostein dentro del matrimonio celebrado con la accionante, por ende, se reputan de propiedad de la sociedad de gananciales conformada por ambos y que por lo tanto ella puede administrar dichos bienes” y a favor de las segundas, que “en materia societaria se señala que es accionista quien es titular de una o varias acciones, y que tal titularidad tratándose de las acciones nominativa, está dada por la inscripción en el correspondiente libro de registro, inscripción que legitima al accionista para el ejercicio de los derechos sociales inherentes a tal calidad, precepto que es recogido por el Art. 107° de la derogada Ley General de Sociedades”. Para conciliar ambas normas, indica que “como se aprecia nos encontramos ante una supuesta

Permanente en el proceso de impugnación de acuerdos seguido por Noemí Schartz contra la Compañía Interamericana de Radiodifusión Sociedad Anónima, se desestimó la pretensión de la demandante por no tener legitimidad para obrar, señalando que de acuerdo a la Ley General de Sociedades no es la sociedad conyugal a quien le corresponde el ejercicio de los derechos de socio sino al cónyuge titular de las acciones (Baruch Ivcher). Rescatemos los principales argumentos expuestos por la Sala:

“El derecho de acción es el derecho subjetivo que tienen todas las personas para hacer valer una pretensión jurídica ante el órgano jurisdiccional y obtener de éste la tutela jurisdiccional efectiva a través de un pronunciamiento judicial.

La legitimidad para obrar en cambio es la coincidencia que debe existir entre las partes del derecho material y las partes de la relación jurídica procesal.

A pesar que ambos conceptos no aparecen claramente diferenciados en las resoluciones impugnadas, resulta evidente que éstas se basan en la falta de legitimidad para obrar de la demandante, ya que apoyándose en normas de la Ley General de Sociedades, se ha estimado que la demandante carece de legitimidad para obrar, pues no es la sociedad conyugal a quien le corresponde el ejercicio de los derechos de socio si no la persona designada para tal efecto.

El Juez al calificar la demanda puede determinar la falta de legitimidad para obrar de la demandante conforme al inciso primero del Artículo 427° del Código Procesal Civil.

(...)

contradicción normativa, y dependiendo de la opción que se asuma se reputará a las acciones como bienes propios o bienes sociales (...), en ese orden de ideas, sea que las acciones tengan la calidad de propios o de bienes sociales, el Art. 314° CC, en concordancia con el Art. 294 del mismo Código, establece que en caso de que uno de los cónyuges se halle impedido de ejercitar la administración tanto de los bienes sociales como de los bienes propios, ya sea por interdicción o por otra causa, compete al otro cónyuge la administración de dichos bienes, (...) es decir que en el caso de autos, el cónyuge que aparece como titular de las acciones, al estar impedido de ejercer los derechos otorgados que éstas le conceden, la norma acotada, de orden publico, otorga representación y administración legal a la accionante respecto de dichas acciones”.

Es competente para conocer de las acciones de impugnación de acuerdos el Juez Civil con prescindencia de la forma en que se convoque a la Junta General de Accionistas conforme a los Artículos 43 y 146 de la derogada Ley General de Sociedades, por lo que debe rectificarse el error que contiene la recurrida.

Sin embargo, permaneciendo inalterada la conclusión relativa a la falta de legitimidad para obrar de la demandante por falta de impugnación adecuada debe procederse conforme a la segunda parte del Artículo 397° del Código Procesal Civil”.

No obstante, mucho más particular en nuestra legislación nacional, resulta el supuesto establecido por el Art. 39° del D.S. 001-97-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios) del 01 de marzo de 1997, que establece una presunción *iuris tantum* que el trabajador casado bajo el régimen de sociedad de gananciales cuenta con el asentimiento de su consorte para disponer el retiro parcial o total de su depósito por compensación por tiempo de servicios. Por tratarse de una presunción que admite prueba en contrario, señala que el cónyuge que acredite tal calidad podrá desvirtuar esta presunción manifestándolo por escrito al empleador y al depositario. En este caso, el depositario sólo admitirá que el trabajador retire parcial o total de su depósito por compensación por tiempo de servicios con el asentimiento de su consorte.

Como se puede apreciar existen varias normas legales en nuestro ordenamiento jurídico que en nombre del tráfico comercial, han ido atenuando la severidad de la regla de la actuación conjunta de ambos cónyuges en los actos de disposición del patrimonio social; sin embargo, consideramos que debe modificarse teniendo a la vista la legislación comparada, como la española, que con mayor certeza ha logrado sintetizar las excepciones a dicha regla. ALBALADEJO ¹²³ considera cinco hipótesis en

¹²³ ALBALADEJO, Manuel: ob. cit. nota 18, págs. 179-182.

las que se releva de la necesidad de actuación de los dos esposos en el sistema jurídico español:

“1° hipótesis. Cada cónyuge, como administrador que es de su propio patrimonio privativo, puede, al solo efecto de dicha administración, disponer por sí solo de los frutos y productos de sus bienes, frutos y productos que son gananciales, pero que puesto que con los gananciales (con los constituidos por esos frutos y productos, y con los procedentes de otras fuentes) se ha de hacer frente a la administración ordinaria de los bienes privativos (Art. 1362, 3°), pueden utilizarse a tal fin por el cónyuge que sea, los rendimientos de sus bienes propios, y entonces no es precisa para ello la intervención del otro cónyuge (Art. 1381°).

(...)

2° Hipótesis. ‘Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes (Art. 1382°)’.

(...)

3° Hipótesis. Cada cónyuge puede por sí solo realizar válidamente actos de administración de bienes y de disposición de dinero o títulos valores que –los bienes, el dinero o los títulos- figuren a su nombre o estén en su poder (Art. 1384).

4° Hipótesis. Cada cónyuge puede por sí solo ejercitar (lo que creo aquí significa llevar a efecto cualquier acto relativo al derecho que sea, lo mismo de uso, que de conservación, que de disposición, etc.) los derechos de crédito de la clase que sean (‘cualquiera que sea su naturaleza’ dice la ley) que figuren a su nombre (Art. 1385°, 1°).

5° Hipótesis. Por último, cada cónyuge puede por sí solo disponer de los bienes gananciales para atenciones, inclusive extraordinarias, con tal de que

sean necesarias y urgentes, siempre que se trate de aquellas que están a cargo de la sociedad conyugal (Art. 1386°)". [La cita de normas corresponde al CC español]."

El Art. 316° inc. 4 CC recoge en parte la segunda de las hipótesis antes mencionadas, al establecer que son de cargo de la sociedad, las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten. La tercera hipótesis se refiere, con fórmula más concreta, al supuesto considerado en la sexta disposición complementaria y final de la Ley de Títulos Valores, salvo la mención al "dinero que se encuentre en poder del cónyuge", que consideramos debe ser incluida por la misma razón en una futura reforma. La cuarta hipótesis es admitida en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que no se requiere el asentimiento conjunto de ambos cónyuges para el ejercicio del derecho de crédito. La quinta hipótesis es un supuesto de gestión ordinaria, como lo indicáramos anteriormente (véase acápite 4, págs. 31-34), por tratarse de necesidades urgentes. En cambio, la primera hipótesis contiene un supuesto más discutible en nuestro ordenamiento jurídico por la dificultad de su probanza y por la facilidad con que uno de los cónyuges puede producir un desmedro en el patrimonio social ¹²⁴.

15. La prescripción adquisitiva y extintiva

El decurso del tiempo también puede favorecer al tercero adquirente. Una vez transcurrido el plazo y reunidas las condiciones establecidas por la ley, puede invocar a su favor la adquisición de la propiedad del bien que fue

¹²⁴ BELLO JANEIRO, Domingo: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*; Barcelona, Bosch, 1993, págs. 276-277, señala que esta regla se "contradice y se compadece mal con el resto de preceptos que se dedican a la disciplinar las relaciones externas de los cónyuges y supondría una regla de verdadera inseguridad para el tráfico jurídico y de muy difícil aplicación en la práctica, por lo cual sólo

materia de contrato con el cónyuge interviniente, mediante usucapión (o prescripción adquisitiva) o puede deducir a su favor la extinción del derecho de acción en el proceso seguido a instancia del cónyuge no interviniente, mediante prescripción extintiva de la acción.

El fundamento de la usucapión descansa en la seguridad del derecho, de tal manera que sin ella nadie estaría libre de pretensiones sin asidero o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas de muy lejana data.

Al respecto, los Arts. 950° y 951° CC señalan distintos requisitos para la declaración de la usucapión, dependiendo si se trata de bienes inmuebles o muebles y si el usucapiente actúa con justo título y buena fe. De acuerdo a estas reglas, la propiedad inmueble se adquiere por prescripción larga mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante 10 años y por prescripción corta, si conjuntamente con los anteriores requisitos median justo título y buena fe, a los 5 años. Mientras que la propiedad mueble se adquiere mediante prescripción corta si la posesión es continua, pacífica y pública como propietario durante 2 años si hay buena fe y por prescripción larga a los 4 años si no la hay.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 887-99 ¹²⁵, ha definido los caracteres que debe reunir la posesión del usucapiente. Así, por posesión continua debe entenderse a aquella que se ejerce de manera permanente, sin que exista interrupción natural o jurídica; el primer caso se presenta cuando el poseedor pierde la posesión o es privado de ella mediante actos perturbatorios o desposesorios del uso del bien; y el segundo caso, cuando se interpela judicialmente al poseedor. Precisamente con relación a este último aspecto, la posesión debe ser pacífica, es decir no debe mantenerse mediante violencia, fuerza o

resulta coherente con la orientación general de la reforma entender que tal limitación únicamente puede operar en el orden interno”.

intimidación. Asimismo, la posesión debe ser pública, es decir materializarse en actos que sean de conocimiento público, que exterioricen actos económicos sobre el bien y debe ejercerse como propietario, esto es con *animus domini*, es decir, sin reconocer la propiedad del bien en otra persona o poseedor mediato, sin que esto signifique que el poseedor tenga un título para poseer, pues este último requisito solamente es necesario en la prescripción corta.

Abundando en los requisitos antes indicados, la Corte Suprema de Justicia ha señalado como criterio uniforme respecto del concepto de “posesión pacífica”, que solamente se cumple ésta, si antes de solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva, el tercero poseedor no ha sido demandado con el objeto que desocupe o restituya el bien o ha iniciado una acción que finalmente resultó infructuosa ¹²⁶.

En ese sentido, el tercero aun cuando haya actuado de buena fe y a título oneroso, no podrá solicitar que se le declare la propiedad del bien que le fue enajenado por el cónyuge interviniente, si con anterioridad al inicio de su acción, el cónyuge no interviniente inició contra él, una acción de nulidad de acto jurídico o de reivindicación del bien.

Respecto al requisito del ejercicio de la posesión “como propietario”, se entiende que el tercero no puede solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva cuando tiene la condición de poseedor mediato o

¹²⁵ CAS. N° 887-99 SANTA del 29 de setiembre de 1999, en **CCJC**, Tomo III, págs. 687-688.

¹²⁶ CAS. N° 431-96 ICA del 14 de octubre de 1997, CAS. N° 1676-96 LIMA del 30 de abril de 1998, CAS. N° 770-97 HUAURA del 09 de diciembre de 1998, CAS. N° 1686-98 del 10 de marzo de 1999, CAS. N° 2206-98 CHINCHA del 17 de marzo de 1999 y CAS. N° 2092-99 LAMBAYEQUE del 13 de enero del 2000, en **CCJC**, Tomo II, págs. 629-630, 633-638 y 645-649 y Tomo III, págs. 657-659 y [CAS. N° 647-99 DEL SANTA](#) del 12 de julio del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de enero del 2002, págs. 8200-8201.

poseedor precario o simple tenedor de un bien social. Criterio que ha sido acogido igualmente por la Corte Suprema de Justicia ¹²⁷.

Con relación a la aplicación de la prescripción adquisitiva corta o larga respecto de bienes inmuebles, tiene mucha importancia determinar si el acto de disposición arbitrario del patrimonio social es nulo o anulable, ya que en el primer caso, no podrá invocarse justo título y por lo tanto, la única posibilidad de adquirir la propiedad del bien será por la prescripción larga. En cambio, si se considera que el acto es anulable, puede existir justo título, salvo que antes que se solicite la declaración de prescripción adquisitiva, el cónyuge no interviniente solicite la anulabilidad del acto realizado sin su consentimiento ¹²⁸. Este es un argumento adicional para considerar que el acto de disposición arbitrario funcionalmente debe ser considerado anulable en nuestro ordenamiento jurídico civil.

En caso se trate de regularización de edificaciones, la prescripción adquisitiva también podrá ser declarada en la vía notarial, como asunto no contencioso señalado por el Art. 21° de la Ley 27157 del 20 de julio de 1999, ampliada por el Art. 5° de la Ley N° 27333 del 30 de julio del 2000 y los Arts. 36, 38 y 39 de su Reglamento (D.S. N° 008-2000-MTC del 17 de febrero del 2000)

El requisito de la buena fe, debe ser entendido como el desconocimiento por parte del tercero de que su posesión consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño y podía transmitir su dominio –situación que en la legislación comparada ha sido consagrada por el Art. 1950° CC español-, lo cual implica que desconocía

¹²⁷ Véase: CAS. N° 551-96 CONO NORTE del 27 de agosto de 1997, CAS. N° 1288-97 PIURA del 01 de julio de 1998 y CAS. N° 1012-98 CALLAO del 24 de mayo de 1999, en **CCJC**, Tomo II, págs. 463-465 y 639-642.

¹²⁸ Comparten esta opinión: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: **Sistema de Derecho Civil, Vol. III: Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral**, Madrid, Tecnos, 1998, 6° ed., págs. 149-150 y ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos: **Exégesis CC Peruano de 1984, Tomo V: Derechos Reales**, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1998, págs. 17-18.

que la persona con la cual contrataba tenía el estado civil de casado y por lo tanto se presumía que el bien era social.

La prescripción extintiva comparte el mismo fundamento que la prescripción adquisitiva, en el sentido que conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su consolidación, sustentándose, por tanto, en el principio de seguridad jurídica; no obstante, la diferencia entre una y otra radica que en la primera, se requiere como factor determinante la posesión del usucapiente (hecho positivo), se refiere únicamente a los derechos reales que pueden ser materia de posesión y se hace valer mediante proceso abreviado (Art. 486° inc. 2 CPC); mientras que en la segunda, se requiere la inacción del titular del derecho que está en la posibilidad de accionar (hecho negativo), se aplica en general a todos los derechos patrimoniales y se hace valer como excepción a favor del tercero demandado frente a la acción del cónyuge no interviniente (Art. 446° inc. 12 CPC).

El inicio del decurso prescriptorio tiene lugar desde que la acción puede ejercitarse, esto es desde que la pretensión del titular del derecho subjetivo es exigible. Así lo establece el Art. 1993° CC que mantiene el principio romano de la *actio nata*, es decir la que se puede ejercitar y, que no obstante, no se ha ejercitado. Para efectos del presente trabajo, el plazo prescriptorio empezará a correr desde el momento de la celebración del acto de disposición arbitrario del patrimonio social.

En cuanto a los plazos de prescripción, éstos son establecidos por la ley (Art. 2000° CC). Al respecto, debe relevarse la importancia que tiene tomar partido por la nulidad o anulabilidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social. Para la primera opción, el Art. 2001° inc. 1 CC señala el plazo prescriptorio más largo, de 10 años. Mientras que para la segunda opción, el mismo artículo en su inciso 4, establece el plazo prescriptorio más corto, de 2 años.

En todo caso, siguiendo el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia, por el cual el acto de disposición arbitrario del patrimonio social es nulo, se ha admitido la posibilidad de invocarse el plazo de prescripción para desvirtuar la acción dirigida contra dicho acto. Así, lo estableció la Sala de Derecho Constitucional y Social, en la CAS. N° 345-97 HUAURA ¹²⁹, emitida en el proceso seguido por Rafael Copara contra Teresa Mendoza viuda de Aponte, sobre Desalojo. El demandante pretendía el desalojo por ocupación precaria. La demandada señala que posee un justo título, ya que el demandante (cónyuge interviniente) suscribió con su difunto esposo (tercero) un contrato de compraventa del bien inmueble que se pretendía desalojar. Sin embargo, el demandante señala que dicho acto es nulo, tal como fue declarado uno anterior por el Tribunal Agrario, por no haber participado su consorte (cónyuge no interviniente). La Sala razona de acuerdo al argumento “a igual razón, igual derecho”, estimando que si un acto padece de un vicio igual al de otro acto de similar naturaleza por cuya razón éste fue declarado judicialmente nulo, aquél también resulta nulo; sin embargo, señala que esta nulidad debe declararse, para evitar que prescriba. Los argumentos en que se sustenta el fallo son los siguientes:

“De autos fluye como hechos no controvertibles que pese a que el coactor don Rafael Copara Sánchez [*cónyuge interviniente*] suscribiera un contrato de compraventa a favor del que en vida fuera cónyuge de la demandada, don Rufino Aponte Rivera [*tercero*], el 21 de octubre de 1982, respecto de la totalidad del inmueble sublitis, al año siguiente este mismo señor Rafael Copara nuevamente transfiere la totalidad del bien, vía contrato de cesión de fecha 28 de abril de 1983, a don Rufino Aponte Rivera, oportunidades en las cuales no había participado doña Maximina Barreto Pachas en su calidad de cónyuge del vendedor, lo cual la motivó a interponer una demanda de nulidad pero sólo del contrato de compraventa, lo que fue amparado por el Tribunal Agrario mediante sentencia del 04 de junio de 1985, de forma tal que se tiene un primer contrato que ha merecido la declaración judicial de nulidad y un

¹²⁹ [CAS. N° 345-97 HUAURA](#) del 23 de abril de 1998, publicado en la **SCEP** del 19 de octubre de 1998, pág. 1990.

segundo contrato que pese a adolecer del mismo vicio que el anterior no ha sido objeto de demanda menos de declaración de dominio.

Si un contrato, padece de un vicio igual al de otro contrato de similar naturaleza por cuya razón éste fue declarado judicialmente nulo, aquél también resulta nulo; pero para que sea considerado como tal, esto es tenga efectos erga homines [sic], debe recaer también declaración judicial expresa de nulidad, ya que si transcurridos 10 años, dicha pretensión aún no es incoada, un contrato nulo deviene en convalidado, por prescripción, tal como se infiere del Art. 2001°, inciso 1 CC, concordado con el Art. 2122° del mismo Código para los hechos ocurridos a la vigencia CC derogado; situación que es la que se ha producido en el presente caso, ya que si bien el contrato de cesión, al adolecer del mismo defecto, resultaba asimismo nulo por contravenir lo expresamente estipulado en el Art. 188 del Código derogado, aplicable por la temporalidad de la norma, sólo bastaba la declaración judicial en ese sentido; sin embargo, la co-actora no se preocupó por demandar la nulidad, ocasionando con su proceder que a la fecha en que se interpone la demanda de desalojo que nos ocupa, el 20 de diciembre de 1995, el contrato de cesión resulta válido para todos sus efectos”.

El plazo de prescripción puede sufrir vicisitudes, que básicamente son dos: la interrupción y la suspensión, cuyos supuestos están taxativamente establecidos por la ley. La interrupción del decurso prescriptorio consiste en la aparición de una causa que produce el efecto de inutilizar, para el cómputo del plazo de prescripción, el tiempo transcurrido hasta entonces. Como la prescripción opera como consecuencia de la inacción del titular del derecho si el cónyuge no interviniente ejercita la acción correspondiente, o si el sujeto de la contraparte de la relación jurídica (el tercero) da cumplimiento a su obligación, queda sin efecto el decurso prescriptorio y sólo podrá reiniciarse a partir de la desaparición de la causa interruptiva y sin que pueda computarse el tiempo anteriormente transcurrido. Las causales de interrupción del plazo prescriptorio se encuentran señalados en el Art. 1996° CC.

En cambio, la suspensión del plazo prescriptorio se configura por el detenimiento del decurso prescriptorio una vez iniciado, esto es, la paralización del tiempo hábil para prescribir; pero con efectos proyectados al futuro, porque conserva la eficacia del tiempo transcurrido que podrá ser computado, una vez desaparecida la causa de la suspensión en adición al tiempo posteriormente transcurrido hasta completarse el plazo para que se produzca la prescripción. Las causales de suspensión del plazo de prescripción han sido señaladas por el Art. 1994° CC y obedecen a la incapacidad de las personas o a las relaciones que medien entre ellas, es decir al tiempo durante el cual el titular no puede demandar o, al menos, no puede exigírsele que promueva su acción.

Entre las causales de suspensión del plazo de prescripción destaca el establecido en el inc. 2 del Art. 1994° CC, por el cual se señala que éste se suspende “entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales”.

La pregunta que surge a partir de la redacción del artículo antes mencionado es si el cónyuge no interviniente puede hacer valer la suspensión del plazo de prescripción frente al tercero que contrató con su consorte. Imaginemos el siguiente caso: el 10 de febrero de 1990, José vende un inmueble social a Antonio. La esposa de aquél, María, demanda la nulidad del acto por haberse realizado sin su consentimiento, el 11 de febrero del 2000, se realiza el emplazamiento judicial a Antonio. Por lo que éste, deduce la excepción de prescripción extintiva, al haber transcurrido más de 10 años desde que se celebró el acto de disposición arbitrario del patrimonio social. María en la Audiencia señalada para el caso, señala que en el presente caso opera la suspensión del plazo prescriptorio, porque el acto se realizó cuando se encontraba vigente la sociedad de gananciales.

Se comprende que siguiendo el razonamiento de María, el tercero nunca podría invocar la prescripción si celebró un acto de disposición arbitrario, que supone la vigencia de la sociedad de gananciales. Por ello, es

necesario precisar que la causal de suspensión del plazo prescriptorio sólo opera cuando se trata de relaciones patrimoniales estrictamente entre los cónyuges, mas no de éstos con terceros. En efecto, como todo régimen patrimonial, la sociedad de gananciales regula un doble juego de relaciones: entre los cónyuges y entre éstos con los terceros. De acuerdo a una interpretación literal del Art. 1994 inc. 2 CC, éste sólo se refiere únicamente a la primera de las relaciones antes indicadas, suponiendo que durante la vigencia de la sociedad de gananciales, los cónyuges no deben discutir asuntos que puedan dañar la comunidad de vida que supone dicho régimen patrimonial, compelidos por el decurso del plazo prescriptorio.

En adición a lo antes señalado, VIDAL ¹³⁰, autor de la propuesta en nuestro CC, expresa lo siguiente:

“La causal se explica, pues, en que en el régimen de sociedad de gananciales pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad conyugal (Art. 301°) y que el mismo CC permite la contratación entre cónyuges, con la salvedad de que no pueden hacerlo respecto de los bienes de la sociedad conyugal (Art. 312°), que son a los que se refiere el Art. 310°, por lo que pueden contratar entre sí sólo los bienes que tienen la calidad de propios, conforme a la enumeración del Art. 302°.

Lo que la causal plantea, entonces, es que si existe una relación jurídica de naturaleza patrimonial el decurso prescriptorio se suspende si las personas que son parte se convierten en cónyuges adoptando el régimen de la sociedad de gananciales, o, que siendo parte de una relación jurídica patrimonial por haber adoptado el régimen de separación de patrimonios lo sustituyan por el de sociedad de gananciales.

Aun cuando, como acabamos de ver, en el régimen de la sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge, la vigencia de este régimen determina una comunidad de bienes, lo que justifica la causal de suspensión del decurso prescriptorio.”

En razón de estos fundamentos, opinamos que el cónyuge no interviniente no puede invocar a su favor la suspensión del plazo prescriptorio contra el tercero que contrató con su consorte. En cambio, sí lo puede invocar frente a su consorte (cónyuge interviniente), en la liquidación de la sociedad de gananciales o antes mediante la figura del reembolso (véase el siguiente acápite).

c) Los mecanismos compensatorios

16. La Teoría del reembolso.

¿Cómo se indemniza al cónyuge no interviniente en aquellos supuestos en los cuales el tercero mantiene la propiedad del bien transferido por su consorte sin su asentimiento?

Nuestro CC no resuelve la interrogante planteada, siendo éste uno de sus grandes vacíos.

Siguiendo la doctrina elaborada por POTHIER, que inspiró al Código de Napoleón, en el curso del matrimonio y sea cual sea el régimen de comunidad normalmente se producen frecuentes cambios de valor entre los patrimonios privativos de cada cónyuge con el patrimonio social de ambos, por lo que es necesario restablecer el equilibrio entre dichos patrimonios al efectuarse la liquidación de la sociedad de gananciales. De esta manera, cada uno de los cónyuges tiene el derecho a ser indemnizado de los valores con que hubiere enriquecido al patrimonio social, así como cada cónyuge tiene el deber de restituir al patrimonio social si se ha enriquecido a costa del mismo. El fundamento de esta regla es el principio de prohibición de

¹³⁰ VIDAL RAMÍREZ: Fernando: *Prescripción extintiva y caducidad*, Lima, Ed. Gaceta

enriquecimiento sin causa aplicado a la economía conyugal y ha llevado en la doctrina a formular la Teoría del reembolso (o de las recompensas), que ha sido regulada en otros Códigos Civiles, como podemos apreciar de una revisión de la legislación comparada.

Así, el Art. 1437° CC Francés establece que cuantas veces uno de los esposos haya obtenido un provecho personal de los bienes de la comunidad, debe a ésta recompensa. Respecto del origen de dicha regla, los MAZEUD¹³¹ nos relatan su origen:

“En el antiquísimo derecho consuetudinario [*francés*] no existía el sistema de las recompensas: los esposos no efectuaban sino la recuperación de sus bienes propios que subsistieran en especie. Esta situación era chocante: el precio de los bienes propios enajenados sin reinversión era adquirido por la comunidad y repartido entre los esposos; de ahí el interés del marido en vender los bienes propios de la mujer: “El marido debe levantarse tres veces para vender el bien de su mujer” (Loysel, Inst. cout., N° 100); ¡bien valía la pena! Los esposos se aprovechaban de esa situación para hacerse indirectamente donaciones, con desprecio de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

Por eso intervinieron los prácticos. En primer término, hicieron que se insertara en las capitulaciones matrimoniales una cláusula según la cual, si no se efectuaba la reinversión, se debería recompensa. Esta cláusula de recompensa se hizo de estilo y fue sobreentendida por la jurisprudencia. La Costumbre reformada de París consagró el principio de las recompensas. En lo sucesivo, las recompensas, que hasta entonces no se referían sino al precio de los bienes propios enajenados sin reinversión, se fueron

Jurídica, 1999, 3ra. ed., págs. 109-110.

¹³¹ MAZEUD, Jean, Henry y León: **Lecciones de Derecho Civil, Parte Cuarta, Vol. I: La organización del patrimonio familiar**, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1965, pág. 533. El Art. 1437° CC francés establece que “Cuantas veces se tome de la comunidad una suma, ya sea para saldar las deudas o las cargas personales de uno de los esposos, tales como el precio o parte del precio de un inmueble propio de él o para la redención de servicios inmobiliarios, ya sea para la recuperación, la conservación o la mejora de sus bienes personales y, en general, cuantas veces uno de los esposos haya obtenido un provecho personal de los bienes de la comunidad, debe a ésta la recompensa”.

generalizando; y la teoría basada sobre la equidad al propio tiempo que sobre la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Pothier indica que se debe recompensa en todas las hipótesis en que la masa común se haya enriquecido a costa de los esposos, y recíprocamente.

Los redactores del Código Civil no quisieron romper con el antiguo derecho, aun cuando no recordaran el principio general sino con motivo de las recompensas debidas a la comunidad (Art. 1437°). Por eso, la jurisprudencia le ha dado la mayor amplitud a la teoría de las recompensas.”

El modelo establecido por el CC Francés fue recogido por el Art. 1539° CC alemán, el Art. 192° CC italiano y los Arts. 1390° y 1391° CC español ¹³².

Comentando este último ordenamiento jurídico, DIEZ PICAZO ¹³³ señala que las recompensas operan frente a actos de administración o de disposición anómalos e irregulares:

¹³² **CC Alemán**

Art. 1539°.- Siempre que el patrimonio aportado de un cónyuge esté enriquecido a costa del patrimonio común, o el patrimonio común a costa del patrimonio aportado de un cónyuge, al tiempo de la terminación de la comunidad de ganancias, debe prestarse indemnización a costa del patrimonio enriquecido al otro patrimonio. Quedan intactas más amplias pretensiones que descansen en motivos especiales.

CC Italiano

Art. 192°.- Reembolsos y restituciones.

Cualquiera de los cónyuges está obligado a reembolsar a la comunidad las sumas retiradas del patrimonio común para fines diversos del cumplimiento de las obligaciones previstas por el Art. 186°.

Asimismo está obligado a reembolsar el valor de los bienes referidos por el Art. 189°, a menos que, tratándose de actos de extraordinaria administración por él cumplido, demuestre que el acto mismo haya sido ventajoso para la comunión o haya satisfecho una necesidad de la familia.

(...)

CC Español

Art. 1390°.- Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto.

Art. 1391°.- Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior, y además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible.

¹³³ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: ob. cit. nota 18, págs. 207-208.

“El supuesto de hecho de la norma [Art. 1390°] es doble: la realización de un acto de administración o de disposición por uno de los cónyuges y la producción como consecuencia de un lucro para él o un daño para la sociedad si ha procedido dolosamente. Es una regla de clara eficacia interna, o entre los esposos.

La realización del acto por uno solo de los cónyuges abarca por su generalidad tanto a los casos en que el Código Civil autoriza esa actuación, y que hemos examinado en este capítulo, como aquellos otros en que obre sin consentimiento del otro cónyuge cuando sea necesario. Ciertamente que entonces cabe la acción para su impugnación si es a título oneroso (de anulabilidad), pero el Código Civil no le obliga a ello. No obstante, no hay que olvidar que, no ejercitada la acción, el acto queda purificado de los vicios que adoleciere.

Del acto ha de seguirse o un lucro exclusivo para el cónyuge que lo realiza o un daño para la sociedad ocasionado dolosamente; en ambos casos, es evidente que el cónyuge no actúa de acuerdo a los intereses sociales. Para que exista actuación dolosa no es necesario que tenga el actor una voluntad de causar daño, sino voluntad para realizar la acción con la conciencia de que puede ser dañosa. El daño lo mismo puede afectar a un bien (p. ej. derribo de una casa), que a los intereses del consorcio (v.gr. se simula un contrato de arrendamiento)”.

(...)

Es muy dudoso el acierto del Art. 1391°, en cuanto distingue una especial categoría de actos (los fraudulentos) contrapuesta a los dolosos y abusivos del artículo 1390°. Con anterioridad a la reforma de 1981, el CC sancionaba sólo los actos en fraude a los derechos de la mujer (Art. 1413°) y entre ellos se incluían siempre los dolosos y abusivos. Si el cónyuge obtiene un lucro para él y no para el consorcio, ¿no obra en fraude de los derechos de su consorte?. Ni siquiera se puede argumentar para justificar la norma que en ella se concede una acción rescisoria y no en el artículo 1390°, pues en este último precepto también se legitima de forma muy general al cónyuge perjudicado para la impugnación del acto”.

En la legislación latinoamericana, gracias a los aportes de Andrés Bello inspirados en el CC Francés, destaca el CC chileno, que considera la existencia de recompensas de los cónyuges a la sociedad conyugal, las mismas que proceden cuando uno de ellos: (i) hiciere donaciones de bienes que conforman el patrimonio social, salvo que se trate de bienes de poca monta, para un objeto de piedad o beneficencia y sin causar un menoscabo al patrimonio social o a favor de un descendiente común (Art. 1742° y 1747°); (ii) realice expensas para la adquisición y cobro de bienes propios, en general los precios, los saldos, costas judiciales y expensas de otra clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges se presumirán erogados por la sociedad (Art. 1745°); (iii) efectúe expensas de toda clase que se hayan realizado en los bienes de cualquiera de los cónyuges (Art. 1746°); y (iv) cause perjuicios al patrimonio social con dolo o culpa grave (Art. 1748°)¹³⁴. Estas normas fueron recogidas por los Arts. 1798° y 1801° CC colombiano, que también fue elaborado por Andrés Bello.

¹³⁴ **CC chileno:**

Art. 1742°.- El marido o la mujer deberá a la sociedad recompensa por el valor de toda donación que hiciere de cualquiera parte del haber social; a menos que sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social, o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia, y sin causar un grave menoscabo a dicho haber.

Art. 1745°.- En general, los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberá abonar.

Por consiguiente:

El cónyuge que adquiere los bienes a título de herencia debe recompensa a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que él cubra, y por todos los costos de la adquisición; salvo en cuanto pruebe haberlos cubierto con los mismos bienes hereditarios o con lo suyo.

Art. 1747°.- En general, se debe recompensa a la sociedad por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común.

Art. 1748°.- Cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito.

En nuestro ordenamiento jurídico, sólo se ha considerado la Teoría del reembolso (o de las recompensas) en dos supuestos concretos: (i) en la deducción de las primas pagadas con bienes de la sociedad cuando se hace cobro de la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades (Art. 302° inc. 4 CC); y (ii) el abono del valor del suelo a favor del cónyuge propietario del mismo, cuando se haya construido sobre él una edificación a costa del caudal social (Art. 310, 2do. párrafo CC). En el primer caso, nos encontramos ante un supuesto de recompensa a favor del patrimonio social y en el segundo caso, estamos ante un supuesto de recompensa a favor del patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

Por lo que los notables vacíos que acusa nuestro CC han sido superados por otras legislaciones; mientras que la jurisprudencia nacional lo ha asimilado como un simple supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Así, en el **CASO 1** (véase acápite 5, págs. 28 y 104-105), en el cual por acción de los hijos del esposo (cónyuge interviniente) los bienes sociales fueron dispuestos a favor de terceros tutelados por la fe pública registral, la Corte Suprema de Justicia decidió a favor del cónyuge no interviniente declarando la nulidad de los actos realizados, mas no la restitución de los indicados bienes y señaló a favor de dicho cónyuge una indemnización por responsabilidad civil extracontractual, que debía ser cuantificada en ejecución de sentencia:

“La apreciación fáctica hecha en la sentencia de primera instancia, en el sentido de que don César Enrique Rojas León y doña María Catalina Rojas León conocían del vínculo matrimonial de su señor padre con la demandante, no ha sido modificada por la de vista, lo que se debe tener en cuenta para el efecto de la determinación de responsabilidades por daños y perjuicios conforme al Art. 1969° CC”.

Nosotros discrepamos de este criterio jurisprudencial, si bien es cierto, el reembolso implica una indemnización derivada de un supuesto distinto de la responsabilidad contractual –porque no puede admitirse que el matrimonio es un contrato-, tampoco podemos afirmar que se encuentra bajo el ámbito de la responsabilidad aquiliana; en realidad, su origen es otra fuente de las obligaciones: el enriquecimiento sin causa, como lo indicáramos, aunque diferenciada de su género por repercutir dentro del ámbito familiar; por lo que generalmente se admite que el reembolso o indemnización sea efectuado con el valor que tenga dicho bien a la liquidación de la sociedad de gananciales, inclinándose por la Teoría Valorista.

No obstante, dentro de los Proyectos presentados a la Comisión de la Reforma del CC de 1984 ¹³⁵, encontramos las siguientes propuestas de modificación:

“Art. 311-A°.- Cuando conforme a este Código se disponga el reembolso, éste se efectuará mediante el reintegro de su valor actualizado al tiempo de la liquidación.

Art. 322°.- Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren, haciendo los reembolsos que correspondan.”

A nuestro parecer, esta propuesta de modificación resultaría incompleta, ya que no se incluyen los supuestos en los que el CC debería disponer el reembolso, tanto a favor del patrimonio común de los cónyuges como del patrimonio privativo de uno de ellos. Específicamente, respecto del presente tema, haría falta señalar claramente que cuando uno de los cónyuges adquiere con patrimonio privativo bienes que luego no puede acreditar por subrogación y pasan por absorción del principio de

¹³⁵ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO: ob. cit. nota 90, pág. 8. También aparece como propuesta en COMISION DE REFORMA DE CODIGOS DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA: ob. cit. nota 9, págs. 340-341.

ganancialidad o cuando ha dispuesto unilateralmente un bien social a favor de un tercero y no existe forma de recuperarlo por tener éste un interés tutelado en forma preferente por el ordenamiento jurídico (adquisición *a non domino*, fe pública registral o en los casos considerados en leyes especiales), el cónyuge interviniente debe proceder a reembolsar a favor del patrimonio social el bien dispuesto, con el valor que éste tenga al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Lógicamente esta posibilidad está vedada para aquellos supuestos en los cuales se presume judicialmente la voluntad del cónyuge no interviniente (aceptación tácita, acápite 14, págs. 113-120) o cuando éste actuó con negligencia dejando transcurrir los plazos de la prescripción extintiva o adquisitiva.

Ahora, debe tenerse presente que este reembolso sólo opera cuando el acto realizado por uno de los cónyuges ha traído consigo el empobrecimiento del patrimonio social y éste se mantiene hasta la disolución de la sociedad de gananciales. Esto resulta claro en los actos de disposición arbitraria del patrimonio social a título gratuito (**CASO 2**, véase acápite 5, pág. 28), en los que por definición se produce un desmedro del patrimonio social. En cambio, si dicho acto fue a título oneroso, faltaría determinar si la contraprestación recibida pasó a engrosar el patrimonio común de los cónyuges, en cuyo caso es de aplicación el principio de subrogación establecido por el Art. 311° inc. 2 CC. El reembolso operaría si la contraprestación recibida por el cónyuge interviniente pasase a formar parte de su patrimonio privativo (como en el supuesto de gravamen arbitrario expuesto en el **CASO 3**, véase acápite 5, pág. 29) o pasando al patrimonio común, haya sido realizado en forma desventajosa (en este caso, el reembolso operaría sobre la diferencia entre el valor del bien al momento de la liquidación y la contraprestación recibida por el bien al patrimonio social).

Otra de las dudas que genera la deficiente regulación de nuestro CC, consiste en determinar si resulta necesario que el cónyuge no interviniente inicie, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, una acción

contra su consorte para el reembolso del bien dispuesto sin su consentimiento. Es evidente que con el paso del tiempo, el cónyuge interviniente intentará deducir la excepción de prescripción extintiva frente a la pretensión de su consorte. Al respecto, consideramos que dicha excepción no tendrá efecto porque se contrapone con la armonía conyugal que debe reinar las relaciones entre los cónyuges durante la vigencia de la sociedad de gananciales, siendo de aplicación el supuesto de suspensión del plazo de prescripción extintiva establecido por el Art. 1994° inciso 2 CC. Por lo que, sin perjuicio de hacer lo que no está prohibido (demandar antes de la liquidación de la sociedad de gananciales), el cónyuge no interviniente puede válidamente hacer valer el reembolso al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, no siendo necesario que previamente haya demandado a su consorte con tal pretensión. De esta manera, no se crea en los cónyuges la necesidad de actuar contra el otro, por temor a la prescripción, dada la incidencia negativa que una acción patrimonial entre cónyuges podría traer sobre la convivencia conyugal.

Sin perjuicio de lo antes indicado, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema considera que la pretensión de indemnización a favor del patrimonio social puede hacerse valer con posterioridad al divorcio y sin perjuicio que se haya solicitado la nulidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social. Así, en la CAS. N° 746-97 LA LIBERTAD ¹³⁶ señaló lo siguiente:

“El hecho del matrimonio de las partes celebrado el 25 de octubre de 1989 no ha sido negado y corre a fojas 38 copia certificada de la sentencia del 16 de agosto de 1995 pronunciada por la Segunda Sala Civil de La Libertad, declarando fundada la demanda de divorcio e infundada la indemnización por daño moral, que ha sido apreciada en la sentencia apelada en la parte final de su tercer considerando.

¹³⁶ [CAS. N° 746-97 LA LIBERTAD](#) del 26 de agosto de 1998, publicada en la **SCEP** del 05 de octubre de 1998, págs. 1773-1774.

La actora persigue la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionó el demandado al privarle del disfrute de los bienes conyugales a partir del 26 de octubre de 1990 y por la enajenación de los dos inmuebles que indica, que es una acción distinta a la que en copia certificada corre a partir de fojas 149, que pretende la nulidad de la enajenación de esos mismos bienes, por haberse hecho sin su participación, y aún cuando ambas acciones se basa en la presunción legal, de que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio son sociales, en este caso se pide el resarcimiento del daño causado por la privación de los bienes y en el otro la invalidez de los actos, por lo que no tiene por qué supeditarse el resultado de ese anterior proceso.

El juzgador de primera instancia ha considerado que es en ese otro proceso donde se definiría si los bienes inmuebles son o no conyugales y que carece de objeto analizar otros medios probatorios respecto de ese extremo de la demanda; olvidando que, por aplicación del Art. 310° Código Civil, salvo prueba en contrario, todos los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio se presumen sociales.”

En todo caso, resulta claro que no procede ningún tipo de recompensa con posterioridad a la liquidación de la sociedad de gananciales, ya sea mediante acuerdo entre los cónyuges, o uno de ellos con los sucesores del otro o mediante proceso judicial.

En la legislación comparada, es de destacar el Art. 1301° CC español que señala que la acción de nulidad sólo durará 4 años y que este plazo empezará a correr “si la acción [*de nulidad*] se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento de dicho acto o contrato”.

17. A favor del tercero contratante

La anulación del acto de disposición arbitrario del patrimonio social – como lo proponemos en el presente trabajo- en virtud de sentencia firme declarada a favor del cónyuge no interviniente, trae consigo que dicho acto no produzca ningún efecto desde su celebración, conforme reza el Art. 222° CC siguiendo el principio “*quod nullum est, nullum produit effectum* (lo que es nulo no produce ningún efecto); por lo tanto, se tiene por no concertado.

Aunque el CC no lo exprese claramente, como consecuencia de la anulación –y este es uno de sus efectos-, el tercero debe restituir el bien al patrimonio social con sus frutos y por su parte, el cónyuge interviniente debe reintegrar el precio cancelado (u otro bien enajenado) en contraprestación por el tercero, conjuntamente con sus intereses; esto último si el acto de disposición arbitrario del patrimonio social fue a título oneroso. Así lo establece, como modelo a seguir, el Art. 1303° CC español al señalar que “*declarada la anulabilidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, (...)*”. La doctrina nacional, por cierto, ha acogido este criterio ¹³⁷.

Con relación a la posibilidad que el cónyuge no interviniente solicite una indemnización al tercero que contrató con su consorte, la Sala Civil Transitoria ha resuelto en contra de dicha pretensión en la CAS. N° 226-99 ICA¹³⁸, emitida en el proceso seguido por Carmen Ruiz contra la Cooperativa de Vivienda Bancarios de Ica, sobre Indemnización por daños y perjuicios. La demanda se encontraba dirigida a que la indicada Cooperativa (tercero) indemnice a la demandante (cónyuge no interviniente) por haber contratado con su esposo sin su consentimiento respecto de un inmueble

¹³⁷ Así, VIDAL RAMÍREZ, Fernando: ob. cit. nota 81, págs.428-429 y LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo: ob. cit. nota 69, págs. 577-579.

que era bien social y que le obligó a iniciar una acción judicial, así como, por haberle iniciado una acción en su contra por pago de mejoras, fuera del plazo establecido por la ley. Ante el recurso de casación presentado por la Cooperativa, la Sala señaló:

“Respecto de la aplicación indebida de normas de derecho material, la Sala de Vista, en la sentencia impugnada considera que la responsabilidad de indemnizar de la Cooperativa, surge de lo estatuido en el Artículo 1982° del Código Civil, que se refiere a una denuncia penal calumniosa, totalmente ajena a los hechos materia de la demanda, pues el hecho de haber celebrado el contrato con uno solo de los cónyuges, el juicio seguido para la nulidad de ese contrato y el seguido sobre el pago de mejoras, no comprende denuncia penal alguna.

En consecuencia, es amparable el Recurso de Casación por la causal de aplicación indebida de una norma de derecho material, siendo el caso tener presente que el llamado juicio de mejoras, que constituye más bien un pago de construcción de terreno que se consideraba propia y que después se determinó que era ajeno, concluyó por sentencia definitiva, incluso con intervención de la Corte Suprema, accediendo al pago de esa construcción, por lo que no cabe responsabilidad por iniciarse una acción en la que se obtiene resultado favorable, por constituir el ejercicio regular de un derecho y con mayor razón si se resolvió declarándose fundada en parte la demanda como se ha indicado”.

De otro lado, el tercero puede haber realizado mejoras al bien, percibido frutos que tuvo que transferir al patrimonio social y realizado otros gastos en el proceso judicial seguido en su contra o de lo contrario no haber realizado gasto ni contraprestación alguna. Las preguntas, entonces, que se plantean son dos: la primera, ¿merece el tercero una protección más amplia que la simplemente establecida como efecto de la anulabilidad? y la

¹³⁸ [CAS. N° 226-99](#) ICA del 06 de julio de 1999, publicado en la **SCEP** del 18 de octubre de 1999, pág. 3766.

segunda, ¿esta protección opera también cuando el acto de disposición arbitrario del patrimonio social ha sido celebrado a título gratuito?.

Sobre estas cuestiones, resulta importante analizar si resulta aplicable a favor del tercero el saneamiento por evicción, que procede conforme lo señala el Artículo 1491° CC, cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho de propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho del tercero, anterior a la transferencia.

Con la atinencia que esta figura sólo es aplicable al ámbito contractual, consideramos que puede ser invocada por el tercero, dentro del plazo establecido por la ley (de un año, Art. 1500° inc. 5 CC), si con posterioridad a la transferencia ha sido privado del bien social (por efecto de la declaración de anulabilidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social a favor del cónyuge no interviniente).

En ese sentido, la evicción debe entenderse como la privación que sufre el tercero (adquirente), por mandato de una sentencia firme a favor del cónyuge no interviniente, del derecho de propiedad que adquirió del cónyuge interviniente (transferente) por razón del acto de disposición arbitrario del patrimonio social; mientras que el saneamiento, se entiende como la obligación impuesta legalmente al cónyuge interviniente (transferente) de responder frente al tercero (adquirente) por las consecuencias derivadas de esa privación ¹³⁹.

El primer requisito necesario para el saneamiento por evicción consiste entonces que la propiedad del bien social haya sido transferida a favor del tercero; lo cual requiere, como lo indicáramos anteriormente (ver acápite 11,

¹³⁹ En la [CAS. N° 837-97](#) LAMBAYEQUE del 05 de noviembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 04 de diciembre de 1998, págs. 2137-2138, se señala que la sociedad conyugal –

págs. 91-92), que opere la tradición en el caso que el bien sea mueble. Esta propiedad debe ser privada total o parcialmente por efecto de resolución judicial o administrativa emitida a favor del cónyuge no interviniente. El saneamiento no se producirá si el tercero no ha sido desposeído del bien, en la medida que carece de justificación que se le indemnice un daño que aún no ha sufrido, ni tampoco cuando la resolución judicial a favor del cónyuge no interviniente no tiene el carácter de firme. Este concepto concuerda con el Art. 123° inc. 1 CPC, por el cual la resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada, cuando no procede contra ella, otros medios impugnatorios que los ya resueltos; mas no cuando el tercero se ha allanado a la demanda de anulabilidad presentada por el cónyuge no interviniente o si hace abandono del bien sin esperar la resolución judicial firme, de acuerdo a una interpretación *contrario sensu* del Art. 1391° CC.

Para el funcionamiento del saneamiento por evicción es generalmente admitido que el mejor derecho del cónyuge no interviniente a la propiedad del bien debe ser anterior a la celebración del acto de disposición arbitrario del patrimonio social. Esto importa que el bien tenga la calidad de social antes de la celebración del acto de disposición arbitrario del patrimonio social y no con posterioridad, como puede suceder cuando un bien propio posteriormente es declarado social por mandato judicial -a manera de ejemplo, el terreno propio sobre el cual se edifica con fondos comunes, supuesto del Art. 310° último párrafo del CC-. En todo caso, debe tenerse en cuenta que existe a favor del cónyuge no interviniente, el principio de absorción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio (véase acápite 6, págs. 37-46).

Tampoco habrá lugar al saneamiento por evicción cuando el derecho del cónyuge no interviniente llegue a ser exigible por dolo o culpa inexcusable del adquirente, según el Art. 1494° CC. Supuesto que se

entendida como una entelequia- no puede ser la obligada al saneamiento, sino los propios

configuraría si el tercero conocía el estado civil del cónyuge interviniente y dolosamente contrata con su consorte, a sabiendas que con dicho acto iba a producir un desmedro del patrimonio social.

De conformidad con el Art. 1495° CC, el saneamiento por evicción genera a favor del tercero el derecho de pedir al cónyuge interviniente,; (i) el valor del bien, al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; (ii) los intereses legales desde que se produce la evicción, computados sobre el valor del bien; (iii) los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien; (iv) las costas del juicio de evicción en caso de haber sido obligado a pagarlas, se refiere a las costas y costos procesales a los que hace alusión el Arts. 410° y 411° CPC; (v) los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente; (vi) todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evicente (cónyuge interviniente), se refiere al no establecerse ninguna limitación, a las mejoras necesarias (cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien), las útiles (las que sin pertenecer a la categoría de necesarias aumentan el valor y la renta del bien) y las de recreo (cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad); y (vii) la indemnización por daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato.

Estos conceptos, salvo el establecido en el inc. 7 del Art. 1495° CC, son de aplicación obligatoria a favor del tercero, con prescindencia del dolo o culpa del cónyuge interviniente, por tratarse de supuestos de responsabilidad objetiva ¹⁴⁰.

cónyuges.

Con relación al segundo de los interrogantes planteados, la Exposición de Motivos del Art. 1494° CC lo soluciona señalando lo siguiente:

“El propósito de este artículo es delimitar el área de acción de las obligaciones de saneamiento y el rasgo que le caracteriza es haber eliminado la limitación que existía en el Código Civil de 1936, cuyo artículo 1370° lo circunscribía a los contratos celebrados a título oneroso.

La modificación introducida responde a la naturaleza que tienen las obligaciones de saneamiento en el Código vigente. Según lo expliqué en la introducción y se hace más profundamente al examinar el artículo 1485, la institución está orientada a que el enajenante responda por el desmedro que sufra el adquirente en el disfrute del bien y que le impida satisfacer en forma total o parcial la finalidad a la cual se ha destinado. Siendo esto así, es irrelevante el hecho de que el contrato haya sido celebrado a título oneroso o gratuito, pues lo que se protege es el derecho del adquirente a disfrutar en forma pacífica y útil el bien que se le ha transferido, sea en propiedad, posesión o uso.”

Aún cuando no se registran casos en casación en los cuales se haya aplicado esta institución a favor del tercero; queda claro que esta posibilidad es admisible en los supuestos de disposición arbitrario del patrimonio social, en caso el tercero haya sido despojado del bien social.

Ahora bien, ¿qué acción legal puede iniciar el tercero si antes que se declare la anulabilidad del acto de disposición arbitrario del patrimonio social a favor del cónyuge no interviniente toma conocimiento que su contraparte es casado?, ¿debe soportar necesariamente la acción de anulabilidad del cónyuge no interviniente?.

¹⁴⁰ Así opina DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: ***El Contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VIII del Código Civil***, Segunda Parte, Tomo VI, Lima,

La primera salida, como es lógico, consiste en solicitar al cónyuge no interviniente que confirme el acto de disposición arbitrario del patrimonio social. Esta posibilidad, que ha sido admitida con otros argumentos por nuestra jurisprudencia nacional (véase acápite 14, págs. 105-112), es aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, conforme lo señala BELLO¹⁴¹, haciendo hincapié en los supuestos de confirmación presunta del cónyuge no interviniente:

“En cualquier caso, de *lege data*, la realidad es clara en el sentido en que el Código Civil posibilita al cónyuge preterido, titular de la acción de anulación, la sanación del acto mediante una expresa declaración de voluntad (STS de 20 de febrero de 1989) o, incluso, de un modo tácito o presunto (STS de 7 de junio de 1990), lo que habrá de probar quien lo alegue (S. de la AT de Granada de 22 de noviembre de 1984) siendo una cuestión de hecho la determinación de si existe o no consentimiento en alguna de tales formas, que incumbe investigar a la Sala de instancia y no revisable en casación más que por la vía de error de hecho o de derecho, según ha venido destacando el TS (STS de 6 de octubre de 1988), debiendo de ser la jurisprudencia extremadamente cautelosa en orden a presumir la existencia de consentimiento tácito o implícito, por ejemplo, en los supuestos de silencio del cónyuge al que se pide una respuesta, a fin de tratar de corregir los excesos de la época anterior, puesto que, en definitiva, sin negar la posibilidad de prestar el consentimiento tácitamente, hay que tener presente que el artículo 1322/1 exige el consentimiento de uno y otro cónyuge y no el simple conocimiento, cuya diferencia se ha cuidado de delimitar una reiterada jurisprudencia con motivo de la resolución del contrato de arrendamiento urbano por obras in consentidas”.

Asimismo, el tercero puede solicitar la anulabilidad del acto invocando que su contraparte, el cónyuge interviniente, actuó con dolo (Art. 210° CC),

PUCP, 1996, pág. 338.

¹⁴¹ BELLO JANEIRO, Domingo: ob. cit. nota 124, págs. 205-207.

ocultando su estado civil de casado o afirmando que el bien materia de disposición pertenece a su patrimonio privativo; de tal manera que si hubiese conocido tal hecho, no hubiese celebrado el acto. Así, lo ha aceptado nuevamente la doctrina española, como a continuación nos ilustra nuevamente BELLO ¹⁴²:

“Ciñéndonos, pues, al problema del dolo y desde la perspectiva de los principios generales del consentimiento, la respuesta al interrogante formulado, de si es posible que el cocontratante ostente legitimación activa propia para interponer una acción de anulabilidad por concurrencia de dolo, debe ser afirmativa, y así se manifiesta buena parte de la doctrina cuando analiza el supuesto de concurrencia de varias causas de anulabilidad a la vista, sobre todo, del problema que surge cuando una persona contrata con un menor malicioso ignorando que lo era; en el mismo sentido de concesión al comprador de acción de anulabilidad por dolo ex artículos 1269° y 1270°, se produce la mejor doctrina en los supuestos de venta de cosa ajena con engaño cometido fraudulentamente por el vendedor.

(...) es evidente que el cocontratante puede preferir la desaparición del contrato antes de tener que soportar su posible impugnación posterior por el cónyuge cuyo consentimiento se omitió, en tanto que, aunque la anulación conlleve, además de la restitución ex artículo 1303, la indemnización de los daños causados por la impugnación del cónyuge preterido en la medida en que lo justifique la satisfacción de su interés, que obviamente no puede exceder del interés de confianza o negativo, le puede resultar más beneficioso evitar su propio cumplimiento y posterior restitución así como que surjan los daños que esperar a su indemnización cuando éstos ya se han producido, a expensas de la prueba de los mismos, lo que no siempre le resultará fácil y, por la contraparte que padeció el dolo del cónyuge contratante si, antes de plantear ésta, el esposo preterido consiente el acto de su consorte”.

¹⁴² Idem, págs. 184-186.

Adicionalmente, antes de la entrega del bien social y tratándose de contratos sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, en aplicación de los Arts. 1428° y 1429° CC, el tercero puede solicitar alternativamente: (i) el cumplimiento de la prestación, ya sea en la vía judicial o extrajudicial (mediante carta notarial de intimación que debe otorgar un plazo no menor de 15 días, luego del cual el contrato queda resuelto); y (ii) la resolución del contrato, en la vía judicial. En uno y otro caso, corresponde la indemnización por daños y perjuicios.

Estas opciones suponen necesariamente que el cónyuge interviniente no cumpla con entregar el bien cuya transferencia se ha obligado y el tercero a su vez, haya cumplido con entregar su contraprestación o garantizar su cumplimiento. Con relación a la indemnización, el Art. 1321° CC señala que la indemnización por daños y perjuicios se aplicará a aquel que no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; no obstante, en los dos primeros casos, el resarcimiento comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia directa e inmediata de tal inejecución; mientras que en los casos de culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Volviendo a la hipótesis de anulación del acto de disposición arbitrario del patrimonio social a instancias del cónyuge no interviniente, queda claro que su consorte (cónyuge interviniente) debe restituir la prestación más sus intereses al tercero, si dicho acto fue celebrado a título oneroso. Sin embargo, en el supuesto que dicho cónyuge haya dilapidado totalmente su patrimonio privativo, preguntamos ¿el patrimonio social debe responder por dicha deuda -que tiene lógicamente el carácter de privativa, al no haber sido contraída por ambos cónyuges- a favor del tercero?.

Precisamente, éste y otros interrogantes más son materia del siguiente capítulo.



CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO SOCIAL POR

DEUDAS PRIVATIVAS

CAPITULO SEGUNDO
LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO SOCIAL POR DEUDAS
PRIVATIVAS

18. El vínculo obligacional en la sociedad de gananciales

Con relación a las deudas privativas, nuestro ordenamiento legal contiene las siguientes normas: (i) las deudas privativas de cada cónyuge anteriores a la vigencia de la sociedad de gananciales son pagadas con sus bienes propios, salvo que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor (Art. 307° CC); (ii) los bienes propios de uno de los cónyuges no responden por las deudas privativas del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia (Art. 308° CC); y (iii) la responsabilidad civil extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le correspondería en caso de liquidación (Art. 309° CC).

Las normas citadas serán analizadas en el presente capítulo, siguiendo el esquema antes anunciado, con el objeto de determinar si nuestro ordenamiento jurídico admite la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas; es decir, la posibilidad que se realice o ejecute el patrimonio social para responder por las deudas contraídas por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro, ante la insuficiencia de bienes propios del cónyuge deudor. Esta situación jurídica plantea tanto a favor del cónyuge no interviniente como del tercero de buena fe argumentos de defensa y mecanismos compensatorios, que suscitan variados problemas en la práctica, como apreciaremos en la solución de los casos que a continuación exponemos:

CASO 4

El caso más común consiste en el endeudamiento de uno de los cónyuges ante una entidad bancaria o financiera sin garantía real (hipoteca, prenda o anticresis). Marcelino Ibáñez contrajo una deuda a plazos con el Banco Regional del Norte en calidad de préstamo por S/ 12,000.00. Por falta de pago de algunas cuotas, la entidad bancaria inició un proceso ejecutivo, amparándose en títulos valores girados por el deudor y en virtud de los cuales obtuvo una sentencia favorable del órgano jurisdiccional, ordenándose el pago de la suma puesta a cobro. En la ejecución de dicha sentencia, el Banco realizó búsquedas registrales y encontró que el único bien del deudor era un inmueble ubicado en la calle José de Lama N° 346 de la ciudad de Sullana, que aparecía registrado a nombre de éste y de su esposa María Sernaqué; por lo que procedió a solicitar el embargo de dicho inmueble y el órgano jurisdiccional lo admitió hasta el 50% de las acciones y derechos que el deudor tiene en dicho inmueble. La esposa, María Sernaqué, al tener conocimiento de este hecho y del próximo remate del inmueble, interpuso una tercería de propiedad, señalando que se trata de un bien social y por lo tanto -a su parecer- inembargable. Por su parte, la entidad bancaria solicita que se prosiga la ejecución del bien, hasta poder satisfacer íntegramente su crédito.

CASO 5

En otras situaciones, el problema se origina por una deuda extracontractual contraída por uno de los cónyuges. Gilmer Castillo fue condenado por el delito doloso que cometió contra Segundo Acuña y a consecuencia de ello, fue obligado a pagar a favor de este último la suma de S/ 15,000.00, por concepto de reparación civil. En ejecución de la sentencia emitida en el proceso penal, el acreedor logró embargar un inmueble que aparecía registrado a nombre del deudor y de su esposa, Austreberta Ghilardi. Por lo que previendo su remate, la esposa interpuso una tercería de propiedad, alegando que dicho bien formaba parte del patrimonio social y por lo tanto era inembargable. Gilmer Castillo, el acreedor, rechazó esta

argumentación, considerando que los bienes de la sociedad de gananciales se encuentran bajo el régimen de copropiedad y por consiguiente, las deudas privativas deben ser respondidas inicialmente con el patrimonio privativo del cónyuge deudor y de ser éste insuficiente, con la parte alícuota que le corresponda de los bienes sociales, no siendo necesario para el remate esperar el fenecimiento de la sociedad de gananciales, ya que por excepción se debe proceder a la extracción del bien sujeto a medida cautelar de la masa de bienes sociales.

CASO 6

Se puede dar el caso que uno de los cónyuges luego de contraída la deuda privativa se ponga de acuerdo con su consorte para evitar la ejecución del patrimonio social. Esto se puede hacer por varias vías, una de ellas fue la utilizada por Luis Salazar, quien luego de haber contraído una deuda con el Banco Continental, solicitó conjuntamente con su esposa la constitución de patrimonio familiar sobre el único bien de su propiedad, consistente en un inmueble ubicado en la calle Uno número 112, Manzana B, Lotes 3, 4 y 5 de la Urbanización Monterrico Chico, del Distrito de Santiago de Surco. El Banco inició una acción pauliana contra los cónyuges, con el objeto que se declare la ineficacia de la constitución de dicho patrimonio familiar, ya que perjudicaba su derecho de embargar los derechos expectaticios del cónyuge deudor sobre el que se ha constituido el patrimonio familiar. Por su parte, la esposa del deudor señaló que tal acción resulta improcedente, porque la deuda materia de cobro era privativa de su consorte y por lo tanto no podía afectar el patrimonio social; al menos, agregó, hasta el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Los casos antes mencionados sugieren interrogantes para las dos partes en conflicto. El cónyuge no interviniente se pregunta ¿cómo puede impedir la afectación de la integridad del patrimonio social por deudas contraídas por su consorte sin su asentimiento?. Lógicamente postulará que el patrimonio social no responde por las deudas privativas y, siguiendo este

razonamiento, que tampoco puede ser afectado por medida cautelar alguna en razón de dichas deudas. No obstante, la respuesta a este interrogante sólo puede formularse adecuadamente a partir de la interpretación –y en algunos casos la integración- de las normas sustantivas y procesales que atañen al tema y sin perder de vista determinados argumentos reclamados por el tercero, como los de la presunción de ganancialidad pasiva y la presunción del interés familiar, con los cuales pretende la afectación directa de los bienes sociales por deudas privativas.

Por su parte, el tercero de buena fe se pregunta ¿en qué supuestos puede hacer efectiva su acreencia sobre el patrimonio social por acto de obligación en solitario de uno de los cónyuges? y ¿de qué forma puede evitar que el cónyuge deudor burle su crédito?. Para ello, hace falta determinar qué medidas legales puede emplear el tercero a fin de que el cónyuge deudor le procure aquello a que está obligado –conforme lo señala el Art. 1219° inciso 1 CC-, al igual que otras acciones que tengan por objeto conservar o defender el patrimonio del cónyuge deudor (acciones subrogatoria y pauliana). Asimismo, se requiere analizar si nuestro ordenamiento jurídico debiese admitir, vía modificación legislativa, la posibilidad que uno de los cónyuges obligue directamente al patrimonio social en el desempeño de la profesión, arte u oficio o cuando éste tiene la calidad de comerciante.

Conviene aclarar previamente algunos conceptos, que regularmente aparecen confusos en el tratamiento de los temas del presente capítulo. Entre ellos, cabe mencionar el de *obligación*, es decir la relación jurídica que liga a dos partes: por un lado, al deudor, que es sujeto de un deber jurídico (*deuda*), que le impone la realización de una prestación y de otro, al acreedor, que es titular de un derecho subjetivo (*crédito*), que le faculta exigir al deudor la realización de dicha prestación y que en caso ésta no se cumpla íntegramente o se ejecute defectuosamente, lo legitimará a buscar la condena del deudor y la posterior ejecución forzada de sus bienes

(*responsabilidad*), para lo cual responderá con la integridad de su patrimonio (*garantía*).

Si bien este concepto no varía en la sociedad de gananciales, ésta presenta algunas peculiaridades a los cónyuges que se encuentran bajo su ámbito y que se resumen en las siguientes: (i) las obligaciones pueden ser contraídas por uno de los cónyuges o por ambos –pero sólo por ellos, porque actualmente se encuentra descartada la Teoría de la personalidad jurídica de la sociedad conyugal (véase acápite 4, págs. 23-25)- a favor de un tercero (de buena o mala fe); (ii) por dichas obligaciones, los cónyuges responden, según el caso, con tres patrimonios: los privativos de los cónyuges y el patrimonio común; y (iii) para ello, el Derecho de Familia ha organizado una división entre cargas y deudas.

En estricto, las cargas se refieren fundamentalmente a los gastos ocasionados para el sostenimiento de la familia y las deudas contraídas en la administración ordinaria de los bienes propios y sociales, que han sido consignados en los incisos 1, 2, 4, 6, 8 y 9 del Art. 316° CC. De este tipo de deudas, por estar vinculadas directamente con el interés familiar y encontrarse dentro de la potestad doméstica (véase acápite 5, págs. 31-33), responde el patrimonio social y a falta o por insuficiencia del mismo, los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges, a prorrata -conforme lo señala el Art. 317° CC-, aún cuando hayan sido contraídas por uno de los cónyuges.

Las deudas, en cambio, son aquellas que no se encuentran comprendidas dentro del ámbito antes mencionado del Art. 316° CC -por lo tanto, forman parte de la gestión extraordinaria del patrimonio social- y pueden contraerse en forma individual por uno de los cónyuges (deudas privativas) o por ambos (deudas comunes). Estas últimas, aunque no han sido reguladas expresamente por nuestro CC, son admitidas por el ordenamiento jurídico nacional, no sólo en virtud de la exposición de motivos

¹⁴³, sino también a partir de la lectura del Art. 322° CC. En efecto, dicha norma refiere como segundo paso del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales el pago de las cargas y de “*las obligaciones sociales*”; lo cual nos permite colegir que nuestro ordenamiento legal considera la existencia de este tipo de obligaciones durante la vigencia de la sociedad de gananciales, porque de otra manera no se habrían incluido dentro de su procedimiento de liquidación.

En la legislación comparada, el Art. 1367° CC español señala en forma clara que las obligaciones sociales son aquellas “contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro”. La doctrina española ¹⁴⁴ al definir las deudas sociales ha convenido en que el asentimiento conjunto de ambos cónyuges no requiere ser simultáneo, pudiéndose dar el caso que el asentimiento de uno de ellos sea posterior pero en forma expresa o se haya contraído por uno de los cónyuges con poder de su consorte; criterio que es plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. De las deudas sociales se responde, al igual que de las cargas de la sociedad, en primer orden con el patrimonio social y ante la insuficiencia del mismo, a prorrata con los patrimonios privativos de ambos cónyuges, aunque el resultado de la obligación no haya beneficiado a la familia o procure el interés familiar. La diferencia entre una y otra –cargas y deudas sociales- radica en que si éstas coexisten, el patrimonio social y

¹⁴³ Con posterioridad a la emisión del CC, el legislador admitió esta posibilidad, aunque con serias confusiones, señalando que la ley franquea este tipo de deudas a la sociedad propietaria, como se las franquea a cualquier propietario para disponer de sus bienes en la forma que crea conveniente. Al respecto, véase CORNEJO CHAVEZ, Hector: ob. cit. nota 7, págs. 307.

¹⁴⁴ En ese sentido, DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: ob. cit. nota 18, págs. 191-192; ALBALADEJO, Manuel: ob. cit. nota 18, pág. 172; y MARTÍNEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: **Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales**; Madrid, Civitas, 1995, págs. 18-22. En la [CAS. N° 911-99](#) ICA del 07 de diciembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de febrero del 2000, págs. 4684-4685, la Sala Civil Permanente señaló que la asunción de una deuda social requiere el otorgamiento de poder expreso, puesto que no puede presumirse el consentimiento tácito del otro cónyuge; asimismo, reitera que este tipo de deudas provienen de actos que exceden la administración ordinaria.

subsidiariamente los patrimonios privativos de los cónyuges deben responder preferentemente por las primeras antes que por las segundas ¹⁴⁵.

Las deudas privativas pueden haber sido contraídas antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales y su naturaleza puede ser contractual o extracontractual. De estas deudas responde, sin duda, el patrimonio privativo del cónyuge deudor. A esta conclusión se arriba en nuestro ordenamiento jurídico interpretando sistemáticamente los Arts. 307° y 308° *contrario sensu* CC, resultado que se condice con el hecho que dentro de la garantía de las deudas contraídas únicamente por uno de los cónyuges, dentro del régimen de sociedad de gananciales, se encuentran necesariamente la integridad de sus bienes propios. En la legislación comparada, así lo establece el Art. 1373° CC español, al señalar que “*cada cónyuge responde con su patrimonio privativo personal de las deudas propias (...)*”.

Asumiendo esta posición, la pregunta que nos planteamos en el presente capítulo –delimitando aún más la problemática del presente capítulo- consiste en determinar si el patrimonio social debe responder en forma subsidiaria ¹⁴⁶ por las deudas privativas, ante la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor.

Sobre ello volveremos más adelante (véanse los siguientes acápite), por el momento corresponde señalar que el legislador nacional optó por realizar ciertas modificaciones al esquema antes señalado. Por un lado, ha unido las cargas del hogar (Art. 316° CC) con las deudas comunes, bajo el

¹⁴⁵ Concuera con esta opinión: PLACIDO V., Alex: ob. cit. nota 18, pág. 157.

¹⁴⁶ La doctrina nacional no se ha detenido en este punto, pero queda claro que el patrimonio social no puede responder en forma solidaria –porque requeriría ser establecida por ley o en el título de la obligación en forma expresa, de acuerdo al Art. 1183° CC- o mancomunada – porque en este caso respondería a prorrata con el patrimonio privativo del deudor- por las deudas privativas. Sólo se puede hablar de una responsabilidad subsidiaria, es decir, dicho patrimonio responde solamente cuando se agote el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

epígrafe de “deudas de la sociedad”. Lo cual es técnicamente incorrecto, porque como lo hemos indicado, no se puede atribuir a una entequeia distinta de los cónyuges el carácter de deudora ¹⁴⁷. Asimismo, ha considerado un tipo especial de deudas privativas, cuando éstas han beneficiado de alguna manera al futuro hogar (Art. 307° CC), aunque no hayan atendido las cargas del Art. 316° CC, en este caso, el pago se realiza con bienes propios del cónyuge deudor y a falta de ellos, con bienes sociales.

Asimismo, resulta discutible que al mismo nivel de las cargas, se hayan incorporado supuestos como los señalados en los incisos 3 y 5 del Art. 316° CC (el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges y las mejores útiles y de recreo que la sociedad decide introducir en los bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste), ya que éstos hacen alusión a auténticas deudas comunes, en la medida que necesariamente requieren el asentimiento de ambos cónyuges; sin embargo, en razón a esta condición, son respondidas preferentemente con el patrimonio social y a falta de éste con los patrimonios privativos de los cónyuges, al haber sido consignadas como cargas. En igual sentido, el supuesto reseñado en el inciso 7 de dicho artículo, que se refiere a los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuvieren afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualesquiera sea la época a la que corresponda; el mismo que será analizado conjuntamente con el Art. 307° CC (véase acápite 19, págs. 169-170).

Esta confusa regulación suscita problemas en la práctica, derivados fundamentalmente de la intención de los terceros de atribuir a la deuda el

¹⁴⁷ El Art. 316° CC también alude a “*deudas que son de cargo de la sociedad*”. En ambos casos, dichas frases sólo pueden entenderse en el sentido que se tratan de deudas de las cuales se responde en primer orden con el patrimonio social. En realidad, el legislador inicialmente obvió un tratamiento diferenciado de las obligaciones comunes, a las cuales refundió dentro de las cargas, conforme puede verse de COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL (compilación a cargo de Delia Revoredo de Debakey): ob. cit. nota 7, pág. 464.

carácter de social o de carga, con el objeto que los fondos sociales respondan en primer orden por sus deudas.

Así, a manera de ejemplo, ¿qué naturaleza poseen las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges para reparar o mantener bienes que conforman el patrimonio social?. En el proceso seguido por Teófila Córdova (cónyuge no interviniente) contra Luis Rodríguez (cónyuge deudor) y Rafael Rojas Arizaga S.A. (acreedor), sobre Tercería de Propiedad, la demandante señaló que la deuda era privativa, por haber sido contraída únicamente por su consorte; mientras que el acreedor era de la posición que ésta era una carga, porque la deuda derivaba de la reparación que se hizo a las llantas del camión que formaba parte del patrimonio social de dichos cónyuges. En la CAS. N° 1052-98 SULLANA ¹⁴⁸, la Sala Civil Transitoria al resolver la litis, acogió este último criterio, en razón que “el inciso sexto del Artículo 316° del Código sustantivo dispone que son de cargo de la sociedad conyugal las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales”; y que en el presente caso “la deuda ha sido contraída para dotar de llantas al camión de propiedad de la sociedad conyugal por lo que se encuentra incurso en los dispositivos legales antes citados [se refiere a los Arts. 316 y 317° CC]”.

En cambio, el afianzamiento de uno de los cónyuges realizado a favor de un tercero y cuyo resultado no se ha acreditado que haya beneficiado a la familia es considerado como deuda privativa. La CAS. N° 3109-98 CUSCO-MADRE DE DIOS ¹⁴⁹ emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema así lo estableció en el proceso de Cobro de dólares seguido por Donato Quilla (tercero) contra los esposos Emilio Condorhuanca y Rosa Pérez. La esposa que no participó en la deuda argumentó que la misma no benefició a la familia; el tercero, en cambio, era de la posición que el

¹⁴⁸ [CAS. N° 1052-98 SULLANA](#) del 09 de setiembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 25 de noviembre de 1998, págs. 2097-2098.

¹⁴⁹ [CAS. N° 3109-98 CUSCO-MADRE DE DIOS](#) del 28 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 27 de setiembre de 1999, págs. 3582-3583.

embargo sobre el 50% de las acciones y derechos del inmueble social era procedente, porque se trataba de una deuda social. La Sala señaló que en el presente caso, “la obligación insoluta que determinó que, primero, se trabara embargo sobre el inmueble mencionado, y luego se ordenara su remate, fue asumida en calidad de garante únicamente por Emilio Condorhuanca Fernández, sin intervención de la recurrente, es decir no se trata de una obligación a cargo de la sociedad de gananciales, no habiéndose acreditado que ésta haya sido la beneficiaria del objeto de la obligación en mención”.

Otro aspecto discutible lo constituyen las obligaciones alimentarias que uno de los cónyuges se encuentra obligado a pagar a otras personas, como pueden ser los hijos de su primer matrimonio. ¿Qué naturaleza presenta este tipo de deuda?. Los magistrados reunidos en el Pleno Jurisdiccional de Familia 1998, en el Acuerdo N° 7, votaron por unanimidad a favor del carácter de carga de dicha deuda en aplicación el Art. 316° inciso 2 CC; por lo tanto, los bienes sociales, y a falta o insuficiencia de éstos, incluso los propios de ambos cónyuges responden por las deudas de carácter alimentario de uno de ellos. Sin embargo, se dividieron las opiniones respecto de la oportunidad de rematar el bien. La posición en mayoría señaló que existe la posibilidad del remate inmediato de los bienes embargados, sin necesidad de esperar el fenecimiento de la sociedad de gananciales; mientras la posición en minoría señaló que los bienes embargados no pueden rematarse sino hasta la liquidación de la sociedad de gananciales ¹⁵⁰.

¹⁵⁰ PODER JUDICIAL: **Conclusiones Plenos Jurisdiccionales 1998**, Lima, Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, 1999, págs. 115-117. En la legislación comparada existen otras soluciones: el Art. 1362° del CC español señala que “la alimentación y la educación de los hijos de uno de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación”; mientras que el Art. 1740° inciso 5 CC chileno establece que “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 lo sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez moderar este gasto si le pareciere excesivo”.

a) Los argumentos a favor del cónyuge no interviniente

19. Los caminos errados del tercero

La situación del patrimonio social frente a las deudas privativas es arduamente debatida. Por un lado, el cónyuge deudor no es su único titular ni tampoco posee cuotas o acciones sobre el mismo -por no corresponder la sociedad de gananciales a una copropiedad o a una sociedad civil-; por lo que es discutible que pueda servir para responder por las deudas contraídas por éste y en desmedro de los intereses de su consorte (cónyuge no interviniente), quien ve disminuido el patrimonio social a costa de una deuda que no contrajo.

Las cosas, en cambio, se presentan de una manera radicalmente distinta si nos detenemos en la posición del tercero, que en muchas oportunidades sólo cuenta con el patrimonio social para satisfacer sus deudas, a falta de bienes propios del deudor. Ligado a su posición se encuentra el hecho que los cónyuges perciben beneficios derivados del patrimonio social y que durante la vigencia de la sociedad de gananciales existe una tendencia progresiva a acrecentar el patrimonio social frente a la congelación o disminución de los patrimonios privativos de los consortes, en una relación inversamente proporcional que es consecuencia directa de la presunción de ganancialidad de los bienes durante la vigencia de dicho régimen patrimonial (Art. 310° CC).

Por lo que en este afán desesperado por afectar directamente el patrimonio social por deudas privativas, ante la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor, el tercero ha ido trazando caminos que le permitan lograr la satisfacción de su crédito.

El primero de estos caminos consiste en la admisión de la presunción de ganancialidad pasiva del patrimonio social en nuestro ordenamiento jurídico, que aunque no ha recibido una formulación por parte de nuestra

doctrina, se plantea en los siguientes términos: “por la misma razón que existe una presunción de ganancialidad activa, en virtud de la cual todos los bienes adquiridos durante el régimen de sociedad de gananciales se reputan como bienes sociales mientras no se pruebe lo contrario –y cuyo examen se realizó en el acápite 6 (véase págs. 43-46)-, existe igualmente una presunción de ganancialidad pasiva implícita en nuestro Derecho, por la cual se presumiría ser de cargo del patrimonio social cualquier obligación contraída por los cónyuges”.

Esta presunción, a pesar que ningún abogado defensor lo haya dicho así, se basaría en el principio jurídico por el cual “es justo que quien participó de la ganancia de algo, participe también del daño” (Ulpiano, Digesto, 17, 2, 55) y fue recogido por nuestra anterior codificación civil. En efecto, el Art. 194° del CC de 1936 –con texto similar al Art. 973° CC de 1852-, señalaba que “la sociedad responde de las obligaciones contraídas durante ella por el marido y también por la mujer en los casos en que ésta pueda obligarla (...)”. Si bien es cierto, esta norma no ha sido recogida por nuestro CC, tampoco ha sido sustituida por otra que estipule lo contrario. Por lo que algunos podrían argüir que esta presunción se condice con nuestra tradición legislativa ¹⁵¹.

La Corte Suprema de Justicia no tiene un criterio definido sobre el tema, sin embargo, existen dos pronunciamientos que proporcionan algunas pautas a favor de este principio de ganancialidad pasiva. El primero, se trata

¹⁵¹ Esta solución no sería insólita, porque el CC francés, que siempre ha servido de base para nuestro ordenamiento legal, en su Art. 1413°, estipula que todas las deudas contraídas durante la comunidad, tanto por el marido como por la mujer, por cualquier causa que fuera, podrán ser perseguidas sobre los bienes comunes ordinarios, dejando a salvo los casos de fraude del cónyuge actuante y mala fe del acreedor, y sin perjuicio de la obligación de reintegrar a la comunidad en el caso de que la deuda no constituya pasivo definitivo del consorcio, conforme al Art. 1409° del mismo Código. En igual sentido, el Art. 1740° CC de Chile, establece que “la sociedad es obligada al pago: (...) 3. De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que invierta en ello. (...)” y el Art. 1308° del CC de Puerto Rico, señala que “serán de cargo de la sociedad de gananciales: 1. Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges (...)”.

de la CAS. N° 04-95 ICA ¹⁵² emitida en el proceso seguido por María Espino (cónyuge no interviniente) contra su esposo, Juan Briceño, y Florencia Diaz (acreedora), sobre Tercería de Propiedad. La demandante perseguía la desafectación del inmueble social embargado en el proceso ejecutivo seguido contra su esposo por Florencia Diaz, alegando que la deuda contraída por su consorte para la explotación del Hotel de propiedad de esta última había sido realizada sin su consentimiento y por lo tanto era privativa del marido. En dicha sentencia, la Sala Civil Permanente declaró fundada la pretensión del tercero, fundamentándose en lo siguiente:

“La demanda de tercería de fojas 8 se sustenta en que el Artículo 317° del Código Civil establece que los bienes sociales responden a prorrata de la deuda [sic] que son de cargo de la sociedad de gananciales, por lo que por *contrario sensu* los bienes de la sociedad conyugal no responden por las deudas contraídas por uno de los cónyuges, por aplicación del Artículo 315° del Código anotado.

Por ello, es necesario establecer si la deuda que dio origen al embargo contra el que se ha interpuesto la demanda de tercería, corresponde a la Sociedad conyugal o se trata de una deuda particular del esposo.

El juicio ejecutivo acompañado seguido por doña Florencia Tesalia Diaz Arboleda, contra don Juan Antonio Briceño Muñante fue para el cobro de arrendamientos del Hotel Diaz.

La explotación de un Hotel, es una actividad comercial, cuyas utilidades y pérdidas corresponden a la sociedad de gananciales, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 310° del Código sustantivo.

En consecuencia es de aplicación lo establecido por el Artículo 317° del mismo Código de que los bienes sociales responden por las deudas de la sociedad”.

¹⁵² [CAS. N° 04-95](#) ICA del 08 de julio de 1996, publicada en la **SJEP** el 25 de octubre de

El segundo, de fecha más reciente, se encuentra contenido en la CAS. N° 2088-2000 CAJAMARCA ¹⁵³, expedida por la misma Sala en el proceso seguido por Tania Celis contra su cónyuge Javier Alva y la empresa ICC – Perú S.A. (acreedor), sobre Tercería de propiedad. La sentencia de vista favoreció a la demandante, señalando que los créditos embargados pertenecían a la sociedad conyugal y pese a ello, en el proceso no se había aportado medio probatorio alguno que la deuda contraída por el ejecutado haya beneficiado al hogar. La Sala declaró nula la sentencia de vista y ordenó que se emita nuevo fallo, acogiendo el recurso de casación presentado por la empresa demandada, basado en la afectación al debido proceso, de acuerdo a los argumentos que a continuación exponemos:

“Como se aprecia de la sentencia recurrida, ella no ha apreciado las pruebas citadas con anterioridad ni explica en todo caso por qué las desestima, contraviniendo los artículos 197° del Código Procesal Civil, por el cual el Juez está obligado a valorar de manera conjunta todos los medios probatorios en base a su apreciación razonada; y 188° del acotado Código, que refiere a la finalidad de los medios probatorios.

Así mismo cabe hacer la acotación que a quien le corresponde probar que la deuda contraída por el ejecutado señor Javier Alva García con la empresa ICC-Perú S.A. no haya redundado en beneficio de la sociedad conyugal es a la demandante (lo cual no ha sido advertido en la recurrida), a tenor de lo dispuesto en el Artículo 196° del Código Adjetivo; en tanto que ‘si todos los bienes se presumen sociales’, conforme dispone el Artículo 311° inciso 1 del Código Civil, se entiende así mismo que para el caso de deudas es de aplicación la misma presunción”.

A nuestro parecer, con excepción de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio del comercio o en el desempeño de la

1996, págs. 2363-2364.

¹⁵³ [CAS. N° 2088-00](#) CAJAMARCA del 27 de octubre del 2000, publicada en la **SCEP** del 01 de marzo del 2001, págs. 7011-7012.

profesión, arte u oficio de cada cónyuge (que será materia del acápite 26, véase págs. 234-242), consideramos que esta presunción de ganancialidad pasiva debe rechazarse por no tener apoyo en ningún precepto del actual CC ¹⁵⁴ (a diferencia del Art. 310° CC, que sustenta el principio de ganancialidad activa) y que sería inaceptable que el órgano jurisdiccional la establezca como presunción judicial ¹⁵⁵, tal como lo hacen las sentencias que reseñamos; porque esto llevaría a dos resultados no deseables: el primero, que siendo así, estas deudas serán respondidas directamente por el patrimonio social sin importar la existencia de bienes propios del cónyuge deudor, como si se tratasen de cargas, de tal manera que se incentivaría a los cónyuges a realizar cualquier gasto, sin importar si se encuentran bajo el ámbito del Art. 316° CC; y el segundo, consecuencia del anterior, nos conduciría a la absurda conclusión que el objetivo del legislador -en nombre del principio de igualdad de los esposos- fue el de facultar a cualquiera de los cónyuges a contraer obligaciones que directamente serían de responsabilidad del patrimonio social.

Aún más, pierde fuerza esta presunción de ganancialidad, si se toma en consideración que el hecho que los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges engrosen mayormente el patrimonio social no significa que las

¹⁵⁴ Si nuestro ordenamiento sustantivo no lo admite, menos se puede alegar normas procesales para admitir la existencia de esta presunción de ganancialidad, como erróneamente lo plantea la Sala Civil Transitoria en la [CAS. N° 2094-98](#) ICA anteriormente citada, al invocar el Art. 65° del Código Procesal Civil. En igual sentido, aunque con defectos en su fundamentación, la misma Sala, en la [CAS. N° 2094-98](#) ICA del 29 de diciembre de 1998, publicada en la **SJEP** del 29 de diciembre de 1998, págs. 2291-2292, ante la impugnación presentada por la demandante Rosario Espinoza (cónyuge no interviniente) basada en el hecho que la deuda contraída por su esposo, Arturo Silva, derivado del contrato de arrendamiento de un local comercial suscrito con el Colegio Nacional San Luis Gonzaga de Ica (tercero), señaló que dicha deuda “compromete el patrimonio autónomo”.

¹⁵⁵ De acuerdo a nuestra legislación procesal, la presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado (Art. 277° CPC). La presunción puede ser legal y, en este caso operar en forma absoluta (Art. 278° CPC) o relativa (Art. 279° CPC), o judicial, entendido como el razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos, que a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso contribuye a formar convicción respecto del hecho o hechos investigados.

deudas contraídas en solitario también lo sean. En ese sentido, consideramos plenamente acertada la doctrina española, que con relación al tema postula la inexistencia de cualquier tipo de presunción sobre el carácter ganancial –o privativo- de las deudas contraídas por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro ¹⁵⁶.

Es de resaltar que entre los argumentos expuestos en los considerandos de la CAS. N° 04-95 ICA, la Sala Civil Permanente interpreta que los alcances del Art. 315° CC comprenden también a los actos obligatorios contraídos por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro. La sentencia yerra una vez más en este extremo: los actos sujetos al principio de actuación conjunta estipulado por el Art. 315° CC son sólo aquellos por los cuales se dispone o grava bienes sociales, mas no aquellos simplemente obligatorios, donde el cónyuge que actúa se limita a contraer válida y eficazmente obligaciones (por ejemplo, a recibir una cantidad en préstamo sin ofrecer ninguna garantía real) en ejercicio de su capacidad de obrar plena, y no dispone de ninguno de los bienes del patrimonio social, aunque quedan afectados en garantía sus bienes presentes y futuros por dicha deuda. En cambio, el cónyuge que realiza un acto de disposición (como cuando vende o hipoteca un bien social), atribuye directamente a su contraparte derechos reales sobre algún bien que puede tener la calidad de social y en razón de ello, se ha estipulado el necesario concurso de ambos cónyuges. Es por este motivo que tampoco les resultan aplicables a los actos obligatorios los mecanismos de ineficacia negocial esbozados en el capítulo anterior, que se resumen como la nulidad (para la jurisprudencia nacional) y la anulabilidad (como propuesta de modificación legislativa nuestra) a favor del cónyuge no interviniente.

El segundo camino propuesto por el tercero, se origina de la interpretación sistemática de los Arts. 307° y 308° CC. En efecto, existe un elemento común que se trasluce de las frases “en beneficio del futuro hogar”

¹⁵⁶ En ese sentido, BELLO JANEIRO, Domingo: ob. cit. nota 124, págs. 456-464 y

–que debe entenderse ampliamente “en beneficio de la futura sociedad de gananciales- y “en provecho de la familia” consignadas en dichas normas y que indudablemente hacen alusión al interés familiar como criterio para desencadenar la responsabilidad del patrimonio común (Art. 307° CC) o del patrimonio privativo del cónyuge no interviniente (Art. 308° CC) por deudas contraídas en solitario por uno de los cónyuges ¹⁵⁷.

Todo ello plantea como primera cuestión: ¿qué debemos entender por este criterio en el ámbito de la sociedad de gananciales?. No parece hacerse mención al proceso psicológico que guió al cónyuge deudor para contraer la obligación –lo cual resultaría una materia difícil de determinar en un proceso judicial-, sino más bien, al hecho que la obligación contraída haya redundado en el interés familiar; es decir, si en el terreno de los hechos la deuda aunque privativa de uno de los cónyuges, fue útil o benefició a la familia.

En segundo término, cabe preguntarse si ¿fue acertado incluir este criterio en nuestro ordenamiento legal?. Algunos argumentarán que sí, tomando como referencia el Art. 186° inciso c) del *Codice Civile*, que ha considerado dentro de los supuestos de cargas a “toda obligación contraída por los cónyuges, incluso separadamente, en el interés de la familia”; sin embargo, BIANCA ¹⁵⁸ comentando dicha norma señala que dicho criterio debe entenderse como “las normales exigencias de la familia”, las cuales en

MARTÍNEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: ob. cit. nota 144, págs. 97-100.

¹⁵⁷ La autoría del Art. 307° CC corresponde a CORNEJO CHAVEZ, quien lo planteó en el Art. 75° de su propuesta presentada el 14 y 17 de abril de 1981 a la Comisión Reformadora del CC, alegando que tiene por objeto que las deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales para la adquisición del hogar sea cancelada con el patrimonio social. No presenta antecedentes en nuestra codificación civil, el Art. 194° del CC de 1936 –siguiendo el modelo establecido por el Art. 973° del CC de 1852- señaló que “*las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que los contrajo*”. El Art. 308° CC fue obra de la Comisión Revisora. CORNEJO CHAVEZ propuso la siguiente fórmula “*los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro. Tampoco responden de esas deudas los frutos y productos de los bienes del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia*”. Al respecto, véase: COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL (compiladora: Delia Revoredo de Debakey): ob. cit. nota 7, pág. 464.

¹⁵⁸ BIANCA, Massimo: ob. cit., nota 97, pág. 93.

nuestro ordenamiento legal se encuentran consignadas en el Art. 316° CC, norma que indudablemente fue construida bajo la idea del interés familiar, pero con una casuística expresamente dispuesta por el legislador, como el del sostenimiento del hogar y el mantenimiento y la conservación de los bienes sociales, señalando los límites de la potestad doméstica –y por lo tanto de la actuación indistinta de los cónyuges-.

En la práctica, por tratarse de un criterio jurídico indeterminado, deja al arbitrio del juez la posibilidad de ordenar la responsabilidad del patrimonio social por deudas contraídas por uno de los cónyuges sin el asentimiento del otro, aunque éstas no tengan por objeto la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar –los supuestos de los Arts. 307° y 308° CC se encuentran dentro de la gestión extraordinaria del patrimonio social¹⁵⁹- y donde ciertamente resulta más discutible el criterio del interés familiar. Por lo demás, aunque ha sido un argumento bastante invocado por la defensa de los terceros, no ha tenido mayor efectividad en los órganos jurisdiccionales ni tampoco apoyo en la doctrina comparada ¹⁶⁰. Con lo cual concluimos que la inserción del criterio del interés familiar en dichas normas, incluso descartado en su significación psicológica y entendido como real beneficio del hogar, ha sido desafortunada y no deja de ser un elemento extraño, subjetivo e inadecuado en nuestro sistema jurídico que desnaturaliza la finalidad y letra del Art. 316° CC.

Es de resaltar que la diferencia entre los Arts. 307° y 308° CC, además de la oportunidad en la cual se contraen las deudas en uno y otro caso, radica en la forma como responden los patrimonios privativos de los

¹⁵⁹ Esta afirmación es corroborada por el propio legislador. Al respecto, véase: CORNEJO, ob. cit. nota 7, págs. 300-303.

¹⁶⁰ Sin embargo, en la [CAS. N° 1895-98 CAJAMARCA](#) del 06 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104, la Sala Civil Permanente señaló que “los bienes sociales sólo responden por obligaciones asumidas por la sociedad de gananciales o por deudas asumidas por uno de los cónyuges en beneficio del hogar”. BELLO JANEIRO, Domingo: ob. cit. nota 124, pág. 465, considera que la aplicación de este criterio por algunos órganos jurisdiccionales en España “es ciertamente perturbador del régimen instaurado tras la reforma de 1981”.

cónyuges. Las deudas contraídas antes del matrimonio son respondidas en primer orden con los bienes privativos del cónyuge deudor y subsidiariamente con el patrimonio social cuando dichas deudas hayan beneficiado a la futura sociedad de gananciales; mientras que respecto de las deudas contraídas durante el matrimonio, el Código no dice nada sobre la responsabilidad patrimonial de los bienes sociales y se limita a prohibir que sean respondidas con el patrimonio privativo del cónyuge no interviniente, salvo que hayan sido contraídas en provecho de la familia.

De lo cual se colige que ninguna de estas normas regula la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas contraídas durante el matrimonio; sin embargo, diversos autores han pretendido lo contrario, dándoles alcances que no les corresponden, sin el debido rigor y sin tener en cuenta que esta omisión fue producida por el excesivo apego del legislador a las normas del Código anterior en las cuales se basó y que tampoco se ocuparon del tema ¹⁶¹. Otros autores admiten la existencia de esta omisión, pero consideran que ésta se puede salvar mediante otras vías. Así, ARATA señala que aunque el Art. 308° CC hace alusión a la responsabilidad por bienes privativos del otro cónyuge, “es evidente que esto último presupone que se ha hecho excusión de los bienes comunes” ¹⁶². Esta posición no puede sostenerse, porque excede los límites de la interpretación del Art. 308° CC, norma que sólo se encuentra referida a la

¹⁶¹ El legislador recogió los Arts. 307° y 308° CC, con algunas modificaciones, de los Arts. 183° y 194° CC 1936, respectivamente. Entre los autores indicados, PLACIDO V., Alex: ob. cit. nota 18, págs. 154-155, señala que la responsabilidad de acuerdo al Art. 308° CC “puede alcanzar subsidiariamente el patrimonio social”. LAMA MORE, Héctor: **El bien social y el cónyuge deudor**, en **Revista Jurídica de los Magistrados del Poder Judicial**, Lima, Diciembre, 1998, Poder Judicial, Año I, Tomo I, pág. 58, expresa que “cuando la obligación es contraída por alguno de los cónyuges y ésta redunde en beneficio de la sociedad conyugal, es evidente de que ésta será quien responda, con los bienes comunes o con los de cada cónyuge, si éstos no alcanzaran, frente al acreedor (Art. 308° del Código Civil)”.

¹⁶² ARATA SOLIS, Rómulo: **Cuidado con lo que gasta su cónyuge**, en **Diálogo con la Jurisprudencia**, Ed. Gaceta Jurídica, Año IV, N° 8, 1998, pág. 205.

responsabilidad del patrimonio privativo del cónyuge no interviniente ¹⁶³. Mientras que CARREÓN, aunque advierte que “no hay ninguna norma que regule el caso en que los bienes sociales han de responder por las deudas contraídas por uno de los cónyuges, cuando ellas han beneficiado a la familia”, propone “recurrir a la analogía del Art. 308° CC” ¹⁶⁴. La posibilidad antes señalada se encuentra descartada no sólo por los argumentos anotados en contra de la inserción del criterio del interés de la familia en nuestro ordenamiento jurídico, sino además porque la excepción contenida en el supuesto de hecho de dicha norma –“a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia”- no puede ser aplicada por analogía para responsabilizar al patrimonio social por deudas privativas, en aplicación del Art. IV del Título Preliminar del CC ¹⁶⁵.

No quisiéramos finalizar el presente acápite, sin antes señalar que los Arts. 307° CC y 316° inciso 7 CC se contradicen respecto de las deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales que tengan por objeto la adquisición de bienes. De acuerdo a la primera de las normas citadas, si estas deudas han beneficiado al futuro hogar serán respondidas con el patrimonio privativo del cónyuge deudor y subsidiariamente con el patrimonio social; mientras que de acuerdo a la segunda, las deudas serán respondidas con el patrimonio social y a insuficiencia de éste, a prorrata con el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges (Art. 317° CC). El

¹⁶³ Son pertinentes las palabras de LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1966, pág. 246, al expresar que “el intérprete no añade nada a la ley, sino que se esfuerza sólo en entenderla tal como se le ofrece a cualquier perito”.

¹⁶⁴ CARREON ROMERO, Francisco: *Los problemas en la relación del acreedor con la sociedad de gananciales*, en *Themis*, Segunda Epoca, N° 32, 1995, pág. 179

¹⁶⁵ Acertadamente REGGIARDO SAAVEDRA, Mario: *Cuando justos se casan con pecadores. De cómo el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales perjudica el acceso al crédito*, en *Revista Ius et Veritas*, Año VIII, 1998, N° 15, pág. 174, señala que “no podemos llegar a aplicar la analogía pues ésta tiene un límite normativo, cual es que no se aplica para establecer excepciones. Si la regla general es que el bien propio de un cónyuge no responde por la deuda personal del otro, la excepción no puede ser aplicada por analogía pues, según las reglas propias del Derecho esta excepción perjudica a una persona”.

legislador defendió la redacción del Art. 316° inciso 7 CC, basándose en que “casi siempre son los frutos o rentas de los bienes mismos los que se dedican al pago de esos réditos y como tales frutos son bienes comunes desde el momento en que nace el régimen de gananciales, es lógico que el pago de aquéllos pese sobre el patrimonio común” y que dicha norma es “una excepción a la regla general según la cual las deudas anteriores se pagan con bienes propios del cónyuge que los contrató (Art. 307° CC)”¹⁶⁶; siguiendo este razonamiento, este tipo de deudas –sin interesar su monto– serán cancelados con el patrimonio social, lo cual en algunos casos puede traer consigo la insolvencia de ambos cónyuges o producir importantes detrimentos a dicho patrimonio por obligaciones contraídas por uno de ellos antes de la vigencia de la sociedad de gananciales. Nosotros proponemos que este supuesto de carga (Art. 316° inciso 7 CC) sea eliminado, para evitar arbitrariedades, siguiendo los parámetros expuestos en el acápite 6 (véase págs. 37-40) del presente trabajo¹⁶⁷.

20. Reconstruyendo la responsabilidad por deudas privativas

La redacción original del Art. 309° CC únicamente hacía alusión a “*la responsabilidad por actos ilícitos*”, con lo cual, se quiso individualizar patrimonialmente la responsabilidad del cónyuge culpable, de tal manera que su consorte no responda por el daño causado por el dolo o culpa de

¹⁶⁶ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: ob. cit. nota 7, pág. 306. La norma fue recogida del Art. 195° inciso 6 CC de 1936. MESEGUER GUICH, Diego: ***Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedad de gananciales frente a las deudas sociales***, en ***Diálogo con la Jurisprudencia***, Año 6, N° 18, Marzo, 2000, pág. 84, ofrece una diferente lectura de ambas normas, señalando que “sólo está a su cargo [de la sociedad] el principal de las deudas contraídas por la sociedad o el de las que afecten a los frutos, pero que el principal de las restantes obligará tan sólo al cónyuge que las originó. Así pues, en una deuda derivada de un préstamo hipotecario contraído antes del matrimonio, la sociedad responderá por los intereses y comisiones, pero las cuotas de amortización serán de cuenta del cónyuge a quien pertenezca el bien hipotecario”. Esta interpretación resulta forzada, porque el Art. 316° inciso 7 CC no sólo se refiere a los réditos sino también a los atrasos (cantidad que se debe o no ha sido pagada a su tiempo).

aquél. Esto se explica por el hecho que los Códigos pasados que le sirvieron de base –la norma fue recogida del Art. 198° CC de 1936 y éste a su vez, del Art. 971° CC de 1852- se mantuvieron en la tradición de la culpa (o responsabilidad subjetiva), con algunas excepciones para las que se acogió tímidamente la teoría objetiva. La versión actual, producto de la aplicación de la primera disposición modificatoria del CPC, en cambio, se refiere a la “*responsabilidad extracontractual*” en general, frase que dentro del CC vigente hace mención a la materia regulada en la Sección Sexta de su Libro VII; por lo tanto, no sólo comprende las obligaciones extracontractuales derivadas de responsabilidad civil subjetiva (Art. 1969° CC) sino también objetiva (Art. 1970° CC) ¹⁶⁸.

Es evidente que entre esta norma y el Art. 307° CC también existe yuxtaposición. ¿Las deudas extracontractuales contraídas con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales podrán ser respondidas subsidiariamente por el patrimonio social?. A manera de ejemplo, una deuda derivada de la condena penal por la comisión de delito de robo contraída antes de la vigencia de la sociedad de gananciales y cuyo resultado fue utilizado a favor de la familia, de acuerdo al Art. 307° CC será pagada con bienes propios, a menos que haya sido contraída en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del cónyuge deudor. La solución es distinta de acuerdo al Art. 309° CC *contrario sensu*, en función al cual, la deuda será subsidiariamente cancelada con la parte que le correspondería en caso de liquidación al cónyuge deudor. A nuestro parecer, por el principio por el cual “*norma especial prima sobre norma general*”, y aunque no nos agrada la solución que nuestro ordenamiento jurídico provee, la regla será la establecida por el Art. 307° CC.

¹⁶⁷ En ese sentido, reiteramos que la regulación de los Arts. 1354°, 1357° y 1358° CC español y del Art. 1736° inciso 7 CC chileno, resulta más razonable.

¹⁶⁸ Pese a lo saludable de la actual redacción, en CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO: ob. cit. nota 90, pág. 8, se propone inexplicablemente volver al texto anterior.

Hecha esta precisión, la pregunta que surge de la lectura del Art. 309° CC es ¿de qué manera responde el patrimonio social por deudas extracontractuales?. La negación utilizada en la redacción de la consecuencia de esta norma -“*no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación*”- sumada a la consideración que los supuestos de responsabilidad civil extracontractual son eminentemente personales del cónyuge que los cometió, son las razones principales que ha esgrimido la jurisprudencia nacional para concluir que nuestro CC no admite la posibilidad que el patrimonio social responda por este tipo de deudas y por lo tanto, no puedan ser canceladas mas que con el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

Así, se puede apreciar del **CASO 5** (véase acápite anterior, págs. 151-152), en el cual hemos descrito un supuesto de deuda extracontractual derivada de la reparación civil a la que fue obligado Gilmer Castillo por la comisión de delito doloso en agravio de Segundo Acuña, por un monto ascendente a S/ 15,000.00 y que produjo el embargo de un inmueble social, porque aquél era casado bajo la sociedad de gananciales y por lo tanto, dicho bien era social. Su esposa, Austreberta Ghilardi, presentó una Tercería de propiedad que llegó en casación. Las argumentaciones ante la Sala fueron bastante marcadas: la cónyuge no interviniente señaló que las obligaciones extracontractuales son eminentemente personales y por lo tanto, sólo correspondía cancelarse con bienes privativos del cónyuge deudor; en cambio, el tercero rechazó esta argumentación, alegando que las deudas privativas deben ser respondidas inicialmente con el patrimonio privativo del cónyuge deudor y de ser éste insuficiente, con la parte alícuota que le corresponden de los bienes sociales, no siendo necesario para el remate esperar el fenecimiento de la sociedad de gananciales, ya que por excepción se debe proceder a la extracción del bien sujeto a medida cautelar de la masa de bienes sociales.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 1895-98 CAJAMARCA ¹⁶⁹, resolvió la litis declarando fundada la demanda, en razón de los siguientes fundamentos:

“En el caso de autos, ha quedado establecido por las instancias de mérito que el bien materia de litigio tiene la calidad de bien social perteneciente a la sociedad conyugal formada por la accionante Austreberta Ghilardi Villavicencio de Castillo y por el emplazado Gilmer Pedro Castillo Viera.

La medida cautelar trabada sobre el inmueble referido tiene su sustento en la obligación que tiene Gilmer Pedro Castillo de pagar la suma de dinero que por concepto de responsabilidad civil le fue impuesta en virtud de una condena penal, consiguientemente, se trata de una deuda personal que no ha sido contraída para atender las cargas de la sociedad de gananciales, en consecuencia el citado cónyuge debe afrontar tal obligación con sus bienes propios, ya que los bienes sociales sólo responden por obligaciones asumidas por la sociedad de gananciales o por deudas asumidas por uno de los cónyuges en beneficio del hogar.

Atendiendo a lo señalado en los considerandos cuarto y sexto de la presente resolución resulta evidente que no es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares que afecten a un bien social con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación personal de uno de los cónyuges, ni tampoco disponerla sobre una parte del citado bien, asumiendo que se estaría afectando la alícuota del obligado, por cuanto como ya se ha indicado sobre los bienes sociales no existe un régimen de copropiedad, sino que éstos constituyen parte del patrimonio autónomo que es la sociedad de gananciales, en consecuencia, la interpretación que del Artículo 309° del Código Civil han efectuado las instancias de merito se encuentra arreglada a ley”.

¹⁶⁹ [CAS. N° 1895-98 CAJAMARCA](#) del 06 de mayo de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104.

Queda claro que este criterio, en el caso de deudas extracontractuales derivadas de delito cometido por uno de los cónyuges, requiere que se haya emitido sentencia condenatoria ¹⁷⁰ y en general, se mantiene incluso para aquellos supuestos en los cuales la deuda extracontractual benefició al interés familiar, como se puede ver en la CAS. N° 50-96 CAJAMARCA ¹⁷¹, por la cual se resolvió el proceso seguido por Bessy Rodríguez (cónyuge no interviniente) contra Juan Rosell (su esposo) y Saturnino García (tercero), sobre Tercería de Propiedad. Este último logró acreditar que la adquisición del inmueble embargado se hizo en provecho familiar con el dinero fruto del delito del que fue víctima por parte de Juan Rosell; sin embargo, la Sala Civil Permanente señaló lo siguiente:

“De acuerdo con la copia del Acta de embargo de fojas 7, la medida precautoria hecha efectiva sobre el inmueble ubicado entre los jirones Urrelo y Mario Urteaga números 1090 y 1098, se ha efectuado como un bien de propiedad de don Juan Alfredo Rosell Paredes, en un 50 % de dicho inmueble.

Según el escrito de contestación de la demanda de fojas 18 el demandado don Saturnino García Guevara, aduce como fundamento legal el artículo 308° del Código Civil sustentándolo en que la adquisición del inmueble se ha hecho en provecho familiar con el dinero fruto del delito del que fue víctima de parte del referido demandado.

¹⁷⁰ En la [CAS. N° 3696-00](#) ICA del 18 de abril del 2001, publicada en la **SCEP** del 31 de agosto del 2001, págs. 7611-7612, se hace una importante apreciación para las deudas extracontractuales derivadas de delito, en función al principio de inocencia, señalándose que sólo se puede hablar de este tipo de deudas, cuando se ha emitido sentencia condenatoria y no cuando el proceso se encuentra en trámite.

¹⁷¹ [CAS. N° 50-96](#) CAJAMARCA del 11 de noviembre de 1996, publicada en la **SCEP** del 30 de diciembre de 1997, pág. 198. Por lo demás, es un criterio que se ha seguido en la [CAS. N° 158-00](#) SAN MARTIN del 09 de mayo del 2000, publicada en la **SCEP** del 30 de octubre del 2000, págs. 6369-6370. Caso curioso: la [CAS. N° 205-96](#) JUNIN del 04 de junio de 1997 publicado en la **SCEP** del 03 de diciembre de 1997, pág. 142, desestimó la pretensión de la supuesta cónyuge no interviniente, por no haber acreditado su condición de esposa.

Al plantear el recurso de Casación don Saturnino García Guevara a fojas 87 expresa como argumento de defensa la aplicación del Artículo 317° del Código Civil o en su defecto del numeral 309° del acotado Código Sustantivo; que, el primer dispositivo se refiere a la responsabilidad por deudas de la sociedad, situación que no se da en el caso de autos y, el segundo se contrae a la responsabilidad extracontractual de un cónyuge, o sea derivado de acto ilícito, que, en este caso no sólo quedan libres de afectación los bienes propios del otro consorte, sino también la parte que le correspondería en los bienes de la sociedad en caso de liquidación, Que [sic] tal es el temperamento sostenido por comentaristas y autores del proyecto del Código Civil vigente en esta materia, que corroborando la tesis de la resolución impugnada, se ha establecido que tratándose de un acto absolutamente personal, no tiene por que afectar el patrimonio del otro, ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales.

Tratándose de un acto propio de un cónyuge, no puede afectar los derechos y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de obligación que la sociedad conyugal debe responder”.

La interpretación que realiza la Corte Suprema de Justicia del Art. 309° CC debe rechazarse por contradecir el principio que inspira el moderno Derecho de daños, consistente en que las víctimas de los daños siempre deben ser indemnizadas, persiguiendo el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca un castigo o no ¹⁷².

¹⁷² La principal función del Derecho de daños, para DIEZ PICAZO, Luis: **Derecho de daños**, Madrid, Ed. Civitas, 1999, págs. 41-43, es la distribución de infortunios. A ello, agrega TRAZEGNIES, Fernando de: **La Responsabilidad extracontractual**, T. I, Lima, PUCP, 1995, pág. 47, que “la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. Los autores coinciden en que la moderna responsabilidad extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable” y BULLARD GONZALES, Alfredo: **Estudios de Análisis Económico del Derecho**; Lima, Ara Editores, 1996, pág. 104, señala que una de las funciones del sistema de responsabilidad extracontractual es recompensar a las víctimas.

Resarcir es desplazar el peso económico del daño, liberar de éste a la víctima (tercero) y colocárselo a otra persona (cónyuge deudor), quien debe responder con todo su patrimonio; sin embargo, el criterio judicial antes reseñado se detiene en la posición del cónyuge no interviniente y omite el interés del tercero que aparece como víctima del acto cometido por el cónyuge deudor, limitando sus posibilidades de lograr la tan ansiada indemnización, ante la insuficiencia de bienes propios del cónyuge deudor y soportando el daño, sin otra opción que la resignación. Por lo que cabe preguntarse si para el legislador nacional mereció mayor atención el interés del cónyuge no interviniente en sacrificio del tercero, por el hecho que la actuación del cónyuge deudor se enmarca dentro de la responsabilidad extracontractual.

La respuesta no puede ser otra que negativa. Realmente, el propósito del legislador, al regular el supuesto del Art. 309° CC, fue de señalar que *“no sólo quedan libres de afectación los bienes propios del otro cónyuge, sino también la parte que le correspondería en los bienes de la sociedad en caso de liquidación, esto es, en tesis general, el 50% de los bienes sociales”*¹⁷³. De otro lado, resulta lógico admitir que si el legislador hubiese deseado eliminar la posibilidad de afectación del patrimonio social en los supuestos de la responsabilidad extracontractual, como se ha interpretado reiteradamente por las Salas casatorias, hubiese utilizado otra fórmula. Por lo que consideramos que la interpretación de la Sala es excesivamente restrictiva, inicua para el tercero e incluso se presenta en abierta contradicción con el espíritu del Art. 309° CC.

En consideración a estos argumentos, somos de la opinión que esta norma admite otra lectura, a partir de su interpretación estricta, por la cual se puede concluir que "la responsabilidad extracontractual de un cónyuge, perjudica a éste en sus bienes propios y en la parte de la sociedad que le

¹⁷³ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: ob. cit. nota 7, pág. 303.

correspondería en caso de liquidación”. Esta solución se condice con los principios de reparación de las víctimas y de equidad, abandonados por nuestra jurisprudencia nacional.

En cualquier caso, agregando el Art. 309° CC a nuestra lectura en conjunto de los Arts. 307° y 308° CC, se evidencia un notable vacío, ya que ninguna de estas normas se refiere a la responsabilidad del patrimonio social de un amplio sector de deudas privativas: aquellas contraídas durante el régimen de sociedad de gananciales que tengan naturaleza contractual. Por lo que cabe preguntarse si ésta fue una opción del legislador, es decir si su intención se dirigió a que estos supuestos no se encuentren regulados, o si se trata más bien de un supuesto no regulado pero que debe regularse. En este último supuesto, se abriría la posibilidad de utilizar la integración de la norma jurídica.

De la revisión de los antecedentes legislativos –ponencia del Dr. Héctor Cornejo Chávez presentada a la Comisión Reformadora y exposición de motivos ¹⁷⁴-, llegamos al convencimiento que el legislador omitió pronunciarse sobre la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas de naturaleza contractual, no de manera intencional, sino por un descuido que no posee fundamento alguno en que sustentarse. Sólo a partir de una apreciación simplista, se puede llegar al absurdo que el propósito del legislador fue sólo regular la responsabilidad del patrimonio social derivada de dos supuestos: (i) de las deudas privativas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, cuando hayan beneficiado al futuro hogar y ante la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor (Art. 307° CC); y (ii) de las deudas privativas extracontractuales contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (Art. 309° CC), abandonando la posición del tercero en los supuestos de responsabilidad del

¹⁷⁴ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU: ob. cit. nota 46, págs. 387-579 y COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL (compiladora Delia Revoredo de Debakey): ob. cit. nota 7, págs. 448-465.

patrimonio social derivadas de deudas contractuales contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

En consecuencia y en aplicación del principio de equidad, se debe aceptar que éste viene a ser un supuesto no regulado pero que debe regularse mediante integración. Por lo que nos planteamos la siguiente cuestión: ¿qué norma nos permite integrar la laguna legal antes descrita?. Los Arts. 307° y 308° CC se encuentran descartados. El primero, porque se refiere a deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales y considera como criterio el interés familiar, que igualmente ha sido desechado por nosotros como un criterio válido para desencadenar la responsabilidad del patrimonio social. El segundo, como lo señaláramos anteriormente contiene una excepción y ésta no puede ser aplicada por analogía.

Consideramos que esta laguna legal puede ser integrada mediante el uso de la analogía del Art. 309° CC, razonamiento por el cual se puede ampliar la consecuencia de dicha norma –“no perjudica a su consorte en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación”- a los supuestos de responsabilidad contractual contraídos por uno de los cónyuges que son analógicos a los descritos en dicho artículo (la responsabilidad civil extracontractual) ¹⁷⁵. El resultado de este procedimiento es la creación de la siguiente norma: la responsabilidad contractual de uno de los cónyuges no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación; la misma que –al igual que en los supuestos de deudas extracontractuales- se puede leer así: "la responsabilidad contractual de un

¹⁷⁵ Simplificada y formalizadamente la analogía del Art. 309° CC se puede leer así: La responsabilidad contractual y extracontractual por deudas privativas son semejantes. Esta semejanza se sustenta en la equivalencia o igualdad esencial existente entre ambas responsabilidades, en la medida que en ambos casos, el patrimonio del cónyuge deudor debe responder con la integridad de su patrimonio. La responsabilidad contractual y extracontractual por deudas privativas son esencialmente iguales.

cónyuge, perjudica a éste en sus bienes propios y en la parte de la sociedad que le correspondería en caso de liquidación”. Se entiende que quedan fuera del ámbito de esta norma creada mediante integración, aquellos supuestos de responsabilidad contractual del patrimonio social por deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, por estar reguladas expresamente en el Art. 307° CC.

Podrá argüirse que no existe semejanza esencial entre los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Si bien es cierto, se han planteado importantes aportes para la unificación de ambos tipos de responsabilidad, la doctrina mayoritaria considera que si bien éstos deben formar parte de un mismo cuerpo normativo dentro del Código, no debe perderse de vista su distinta naturaleza, una de ellas deriva del contrato y la otra directamente de la prohibición de no hacer daño al otro ¹⁷⁶. Sin embargo, la semejanza o igualdad esencial que nosotros encontramos entre el supuesto normado por el Art. 309° CC y el supuesto integrado por analogía, se refiere a la forma cómo debe responder el patrimonio social en uno y otro supuesto, para lo cual nos preguntamos lo siguiente: ¿debe responder el patrimonio social en forma distinta ante supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual?. Nosotros consideramos que la respuesta debe ser negativa y aquí se encontraría la semejanza

¹⁷⁶ Así lo señala TRAZEGNIES, Fernando de: **La Responsabilidad extracontractual**, T. II, Lima, PUCP, 1995, págs. 455-466, al respetar las diferencias entre la responsabilidad extracontractual y contractual, señalando que en la segunda, las partes involucradas –el causante y la víctima- han tenido un trato previo y generalmente la posición del acreedor se encuentra documentada, lo cual también modifica el procedimiento lógico de juzgamiento. Asimismo, SCOGNAMIGLIO, Renato: **Responsabilidad contractual y extracontractual**, en Revista **Ius et Veritas**, Año XI, N° 22, 2001, págs. 55-56, señala que la responsabilidad contractual “halla su origen en la noción misma de obligación: en caso de incumplimiento, la obligación tiene la oportunidad de reafirmar su esencia característica de vínculo, al perpetuarse en la prestación resarcitoria, siempre que no fuere posible proceder, incluso a su realización en forma específica (ejecución forzada). En tal forma la responsabilidad contractual se resuelve en la satisfacción del interés deducido de la obligación, a pesar de la falta de cooperación del deudor”. En cambio, en la responsabilidad extracontractual “el dato esencial está representado por la verificación del daño injusto, al que se refiere y según el cual se proporciona la reacción del Derecho; una reacción que se concreta con la imposición de la obligación (primaria) de resarcimiento de la totalidad del perjuicio al sujeto que incurriera en alguna de las hipótesis (de responsabilidad) contempladas en la ley”.

esencial, sin perjuicio que aceptemos la existencia de diferencias entre ambas responsabilidades ¹⁷⁷.

Siguiendo este razonamiento, la única salvedad que debe realizarse a la responsabilidad del patrimonio social por deudas extracontractuales –y que consideramos puede extenderse a los supuestos de deudas contractuales- se refiere a los casos en los cuales uno de los cónyuges contrajo la deuda con la evidente intención de causar daño a su consorte ¹⁷⁸.

En suma, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico acepta que el patrimonio social responda directamente por las deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, ante la insuficiencia del patrimonio del cónyuge deudor y cuando hayan beneficiado a dicho régimen patrimonial (Art. 307° CC). Mientras que en el caso de deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, si son extracontractuales admite la posibilidad de afectación de la parte del patrimonio social que le correspondería en caso de liquidación al cónyuge deudor (Art. 309° CC); para las demás deudas de naturaleza contractual es posible –y de suyo necesario- utilizar por analogía la consecuencia de esta última norma.

¹⁷⁷ Sobre el concepto de semejanza esencial como requisito de la analogía, RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Ma.: *Ley y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1976, págs. 108-109, señala que “los lógicos han hablado de ‘semejanza’ en el sentido de igualdad parcial, o limitada o imperfecta. Entendido esto en un sentido preciso, quiere decir que hay coincidencia en algunas de las notas o características de lo dos objetos o conceptos semejantes, pero no en otras”.

¹⁷⁸ El Art. 1366° CC español señala una solución distinta, al establecer que “las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fueren debidas a dolo o culpa del cónyuge deudor. Algunos autores como BELLO JANEIRO, Domingo: ob. cit. nota 124, pág. 412, han entendido que dicha norma no admite los supuestos de deudas derivadas de la comisión de

21. Inejecutabilidad del patrimonio social antes de su liquidación

Los aspectos sustantivos que acaban de ser estudiados deben ser complementados con las soluciones que en el ámbito procesal han emitido los órganos jurisdiccionales y la forma como las resoluciones emitidas por éstos han sido calificadas por los registradores públicos, con el objeto de tener una mayor comprensión de la problemática surgida por la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas.

El tema principal en el ámbito procesal y que ha sido materia de apasionados debates se refiere específicamente a la factibilidad de embargar el patrimonio social por este tipo de deudas.

La doctrina nacional en su mayoría se ha pronunciado a favor del cónyuge no interviniente. En esta línea de interpretación, CARREÓN¹⁷⁹ opina que dicha medida cautelar resulta improcedente, porque “es ilegal ordenar el embargo en derechos de los bienes sociales”; para lo cual, se sustenta en que la naturaleza de la sociedad de gananciales es la de comunidad de mano en común y no la de copropiedad o comunidad de cuotas. LAMA¹⁸⁰ considera que “no es válido trabar embargo sobre un bien social, señalando que se afecta el ‘50 % de los derechos y acciones’ que le corresponden al cónyuge deudor, pues, estando vigente la sociedad conyugal, no es posible, a priori, asignar porcentaje alguno de propiedad a cada cónyuge respecto de dichos bienes sociales, pues ello sólo será posible cuando se establezca las gananciales [sic]” y que “producido el embargo sobre un bien social, por

delitos; mientras que otros, como MARTINEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: ob. cit. nota 144, pág. 48, consideran que sí.

¹⁷⁹ CARREON ROMERO, Francisco: ob. cit. nota 164, págs. 180-182.

¹⁸⁰ LAMA MORE, Héctor: ob. cit. nota 161, págs. 56-62. Agrega el autor que “en la actual norma Civil, no existe norma expresa que disponga la prohibición de que el bien social responda por las deudas de uno de los cónyuges, sin embargo es menester dejar establecido que, en una aplicación sistemática de la Norma Civil y Constitucional, en su conjunto nos permitirá establecer que los bienes de la sociedad no pueden responder, sino

deuda de uno de los cónyuges, es contrario al Derecho y la naturaleza misma de la Sociedad Conyugal, ejecutar la venta judicial, por no encontrarse establecido que parte de dicho bien le pertenece al demandado, el que sólo se conocerá luego de liquidado la Sociedad Conyugal [sic]”. ESTRADA ¹⁸¹ señala que “sólo al fenecimiento de la sociedad de gananciales se puede proceder a su liquidación y por tanto a determinar el haber de cada cónyuge mientras ello no ocurra es improcedente el embargo de los bienes de la sociedad por deudas de uno sólo de los cónyuges, puesto que aquella no está formada por derechos y acciones, por no ser de naturaleza mercantil”. HINOSTROZA ¹⁸² opina que la sociedad de gananciales no responde por deudas privativas porque “sus bienes son de integridad propios de ella, no existiendo respecto de ellos cuotas ideales pertenecientes a cada uno de los cónyuges de las que se pueda disponer” y que “de realizarse la ejecución forzada sobre bienes de la sociedad de gananciales, el peticionante o el adquirente ingresaría a tal régimen, lo que es tan absurdo puesto que sólo está reservado a los cónyuges”.

Otros autores -aunque se encuentran básicamente de acuerdo- son conscientes que el planteamiento doctrinal antes expuesto llevado a sus últimos alcances produce la incomunicación del patrimonio social por deudas privativas y como consecuencia de ello, la indefensión del tercero, cuya única posibilidad de satisfacción de su crédito consiste en dirigirse contra los bienes sociales; por lo que han sugerido pautas para mejorar la posición de éste último.

por obligaciones que sean de beneficio de la Sociedad no pudiendo en consecuencia afectarse el bien social, con una obligación personal de uno de los cónyuges”.

¹⁸¹ ESTRADA DIAZ, Juan José: *Inembargabilidad de bienes de la sociedad de gananciales*, en *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, Normas Legales, Año XLVI, N° 2, Abril-Julio, 1996, págs. 221-226.

¹⁸² HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: *El embargo y otras medidas cautelares*, Lima, Ed. San Marcos, 1999, 2da. ed., págs. 45-47.

Así, CALDERÓN ¹⁸³ propone la creación de un registro automático de anotaciones de embargo, a partir de la declaración que brinde el solicitante a la entidad crediticia; de tal manera que una vez producido el vencimiento del título valor, se proceda inmediatamente a la anotación de la medida cautelar sobre los bienes inscritos en los Registros Públicos. No podemos dudar de la audacia del autor, mas consideramos que semejante propuesta sólo puede sustentarse abandonando los principios procesales y registrales actualmente vigentes (y que siguen una sólida tradición jurídica); a partir de los cuales, el embargo en forma de inscripción (así como otras medidas cautelares inscribibles) requieren previamente la emisión del mandato judicial correspondiente (salvo el derivado del procedimiento de ejecución coactiva que la ley ha atribuido a determinadas instituciones administrativas) y luego su calificación en el ámbito registral –con los alcances y limitaciones que veremos más adelante-.

Por su parte, REGGIARDO ¹⁸⁴ analiza cómo el régimen de sociedad de gananciales perjudica el acceso al crédito bancario, aumentando los costos de transacción (el costo del crédito y la exigencia de garantías onerosas) y elevando las tasas de interés y las provisiones de las entidades bancarias. La insuficiencia de los actuales mecanismos de solución a este problema (entre ellos, el otorgamiento de mérito ejecutivo a los saldos deudores y la presunción del asentimiento del cónyuge no interviniente en la apertura de la cuenta corriente de su consorte) ha llevado al autor a proponer modificaciones al CC. Todo ello, con el convencimiento que “trabar medidas cautelares sobre los derechos del deudor en bienes de la sociedad de gananciales es inútil, pues para proceder a la ejecución forzada tendría que liquidarse la sociedad de gananciales” y que “la realidad nos demuestra que normalmente las deudas personales de un cónyuge redundan en beneficio

¹⁸³ CALDERON RAMOS, Marcos: *El embargo sobre los bienes de uno de los cónyuges. ¿Ilusión del acreedor o fraude del deudor?*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, Año III, N° 5, 1997, págs. 123-135.

de la familia”. Por lo que el autor sugiere que se establezca la presunción de que en el caso de deudas asumidas con instituciones bancarias, éstas se han contraído en provecho de la familia. En el proceso judicial se invierte entonces la carga de la prueba y corresponde al cónyuge deudor o a su consorte probar que la deuda no se contrajo en provecho de la familia. De permanecer incólume esta presunción, el Banco podrá dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor e incluso los bienes que conforman el patrimonio social y los bienes propios del cónyuge no interviniente. En cambio, si en el proceso se prueba que la deuda no se contrajo en provecho de la familia, se levantarán las medidas cautelares trabadas sobre los bienes del cónyuge no deudor. La fundamentación de la limitación de su propuesta (dirigida a las entidades bancarias y financieras), según lo señala el autor, deriva de lo costoso que les resulta a estas entidades, a diferencia de las personas naturales, conseguir información sobre el estado civil de sus usuarios.

Los autores reseñados parten de un presupuesto erróneo: que nuestro ordenamiento procesal no admite trabar embargo (y por extensión otras medidas cautelares) sobre los bienes sociales por el hecho que su naturaleza no corresponde al de una copropiedad. Si bien es cierta esta última afirmación -y por lo tanto el patrimonio social no posee cuotas o acciones a nombre de uno u otro cónyuge-, de ella no se puede concluir que dicho patrimonio no pueda ser pasible de ser afectado por medida cautelar alguna. Nuestro ordenamiento procesal admite que el embargo y otras medidas cautelares sean trabadas sobre bienes y derechos de las partes vinculadas en una relación procesal, conforme lo señalan los Arts. 611° y 642°¹⁸⁵. El cónyuge deudor no sólo es cotitular sino que además tiene un

¹⁸⁴ REGGIARDO SAAVEDRA, Mario: ob. cit. nota 165, págs. 179-182. La propuesta del autor es recogida por MESEGUER GUICH, Diego: ob. cit. nota 166, págs. 91-93.

¹⁸⁵ La frase “embargo sobre los derechos y acciones” que se utiliza en la práctica procesal ha llevado a muchos autores al equivoco de considerar que ésta como otras medidas cautelares requieren necesariamente la determinación de la cuota, porcentaje o acción del bien perteneciente al sujeto pasivo del embargo. En el caso de la sociedad de gananciales, el cónyuge deudor presenta una titularidad sobre el patrimonio social que sólo podrá

derecho expectatio sobre el patrimonio social: que al final del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales se establezca su cuota de gananciales. Ante la imposibilidad de dividir el patrimonio social durante la vigencia de la sociedad de gananciales –porque éste se encuentra comprometido a un fin determinado y representa a su vez un activo y un pasivo-, el tercero está legitimado a afectar este patrimonio social, en espera que éste se liquide y establezca la cuota específica de gananciales correspondiente al cónyuge deudor; resultado que se condice con el derecho del tercero a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado (Artículo 1219° inciso 1 CC) y a la tutela jurisdiccional efectiva de su pretensión (Art. I del CPC); así como con el interés del cónyuge no interviniente, a quien no se le afecta su cuota de gananciales que le corresponderá después de la liquidación de este régimen patrimonial del matrimonio. De lo contrario, nos preguntamos ¿de qué otra manera sino mediante una medida cautelar, puede el tercero asegurar de manera provisoria su crédito, evitando que el cónyuge deudor en solitario o en alianza con su consorte disponga del patrimonio social?.

Corroborando lo anteriormente expuesto, el hecho que la garantía de las obligaciones contraídas por los cónyuges comprenden todos sus bienes presentes y futuros; en consecuencia, la embargabilidad de estos bienes debe ser la regla general y su inembargabilidad la excepción. Es por esta razón que el Art. 648° CPC y otras leyes especiales establecen qué bienes son inembargables atendiendo razones que el legislador ha considerado preferentes y que eliminan la posibilidad de su agresión. Entre ellas, se encuentra el patrimonio familiar, figura que puede comprender bienes sociales y requiere el inicio de un proceso no contencioso, en la vía judicial o notarial, y su posterior inscripción en los Registros Públicos. En ese sentido, no se entiende la posición de los autores reseñados de poner en el mismo

materializarse como producto de la liquidación de dicho régimen patrimonial del matrimonio; es decir, se trata de un derecho expectatio, que abre la posibilidad de trabar una medida cautelar sobre los bienes que conforman el patrimonio social.

nivel al patrimonio familiar –que sólo incluye a los bienes que son indispensables para la subsistencia de la familia- y requiere de proceso judicial o procedimiento notarial con la integridad del patrimonio social, por el solo hecho de regirse por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

No se soluciona el problema otorgando concesiones a favor de los terceros o de algunos de ellos (como las entidades bancarias y financieras), como lo sugiere REGGIARDO, estableciendo presunciones a su favor. La inversión de la carga de la prueba puede traer consigo que con el objeto de beneficiar un progresivo aumento del crédito de consumo, se desaliente la armonía conyugal, forzando el cónyuge no interviniente a buscar mecanismos compensatorios para equilibrar la pérdida sufrida en el patrimonio social y tomar las precauciones que exige evitar este desenlace. Tampoco queda claro que realmente los Bancos estén en una situación disminuida, en razón del número de sus operaciones, para conseguir información del estado civil de las personas, a diferencia de las personas naturales. El peligro que entraña este tipo de propuesta es legislar por razón de la diferencia de las personas y no porque así lo exige la naturaleza de las cosas –en contravención del Art. 103° de la Constitución-.

Respecto a esta discusión, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema, como consecuencia de tercerías de propiedad presentadas por el cónyuge no interviniente, arribando a las siguientes conclusiones que: (i) el patrimonio social se encuentra sujeto a las reglas de la sociedad de gananciales y no a las de la copropiedad; (ii) el derecho que tiene el cónyuge deudor sobre los bienes sociales forman parte de su patrimonio y no existe norma alguna que impida su afectación por deudas privativas; (iii) cosa distinta, es el remate de dichos bienes, etapa que sólo podrá realizarse una vez que se liquide dicho régimen patrimonial del matrimonio; y (iv) esta liquidación se realiza por acción de sus propios

integrantes o por sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, solicitando la insolvencia del cónyuge deudor.

Este criterio se puede apreciar claramente en el **CASO 4**, en el cual como consecuencia de la falta de pago de la deuda contraída por Marcelino Ibáñez (cónyuge deudor), su acreedor, el Banco Regional del Norte, le inició un proceso ejecutivo por la integridad de la deuda (S/ 12,000.00) más intereses legales, costas y costos. El proceso finalizó a favor del Banco y posteriormente logró el embargo del único bien que poseía el deudor: el inmueble ubicado en la calle José de Lama N° 346 de la ciudad de Sullana, que aparecía registrado a nombre de éste y de su cónyuge, María Sernaqué. Como consecuencia de ello, esta última inició un proceso de tercería de propiedad, mediante el cual logró paralizar el remate del bien embargado. En casación, uno y otro argumento fueron contrastados: por un lado, la cónyuge no interviniente señaló que el bien formaba parte del patrimonio social y por ello, no puede ser gravado por obligaciones de uno de los cónyuges mientras que la sociedad de gananciales no se liquide; por su parte, la entidad bancaria solicitó que se prosiga la ejecución del bien, hasta poder satisfacer íntegramente su crédito.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la CAS. N° 342-99 PIURA ¹⁸⁶, rechazó la casación presentada por la cónyuge no interviniente, fundamentando su decisión en los siguientes considerandos:

“Según los términos de la demanda, la acción incoada sobre tercería de propiedad interpuesta por doña María Rosaura Sernaqué de Ibáñez contra el Banco Regional del Norte, como ejecutante y contra su esposo don Marcelino Ibáñez Guerra, como ejecutado, está dirigida a levantar la medida cautelar trabada en el cincuenta por ciento de las acciones y derechos que este último tendría en el inmueble de la sociedad conyugal ubicado en la calle José de Lama número 346 de la ciudad de Sullana, medida materializada para

¹⁸⁶ [CAS. N° 342-99](#) PIURA del 08 de julio de 1999, publicada en la **SCEP** del 30 de setiembre de 1999, pág. 3628.

responder hasta por la suma de 12,000.00 nuevos soles, con motivo del proceso ejecutivo seguido entre los nombrados interesados.

La demanda se apoya en que el predio embargado pertenece a una sociedad conyugal, esto es que constituye un patrimonio autónomo, ignorándose la parte que corresponde a cada uno de los cónyuges mientras no se liquida la sociedad.

Las instancias de mérito apreciando la prueba actuada en el proceso coinciden en sostener que efectivamente se trata de un bien social de propiedad del matrimonio integrado por los esposos Marcelino Ibáñez Guerra y María Rosaura Sernaqué de Ibáñez, hecho que por otro lado tampoco ha sido negado por el Banco emplazado.

La referida medida se ha efectuado de conformidad con lo establecido en el Artículo 323° del Código Civil, según el cual los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges luego de verificada la liquidación de la sociedad de gananciales por cualquiera de las causales anotadas en el Artículo 318° del citado Código; que este es un derecho expectatio que tiene en este caso el Banco para asegurar su crédito y esperar que esta sociedad se liquide por acción de sus propios integrantes o ejerciendo el derecho a pedir la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por la de separación de patrimonios vía declaración de insolvencia en la forma prevista por el Art. 330° del mismo Código.

En consecuencia, la sentencia de vista al invocar el Art. 318° del Código Sustantivo, desestimando la demanda y dejando subsistente la medida cautelar del embargo bajo la forma de inscripción, no hace sino garantizar el cumplimiento de la obligación de crédito reconocida judicialmente en la forma expresada en el considerando anterior y bajo este criterio de orden legal y lógico no es válido considerar que la Sala Mixta al expedir su fallo ha hecho aplicación del glosado numeral, puesto que de acuerdo con el planteamiento jurídico sustentado a lo largo del debate resulta una norma pertinente al caso”.

Se puede afirmar que éste viene a ser el criterio generalmente aceptado por la Corte Suprema de Justicia ¹⁸⁷ y por magistrados de instancias inferiores ¹⁸⁸; sin embargo, existen pronunciamientos singulares en los cuales ha decidido abiertamente negar la posibilidad de embargar los bienes sociales por deudas privativas ¹⁸⁹. El estado de la cuestión actualmente no ha quedado del todo definido: en la CAS. N° 2490-00 CAJAMARCA ¹⁹⁰, la Sala Civil Transitoria sentenció que “*en los casos de deudas contraídas por uno de los cónyuges no resulta viable rematar ni embargar bienes pertenecientes a la sociedad conyugal*”; mientras que en la

¹⁸⁷ En ese sentido: [CAS. N° 938-99](#) LIMA del 03 de setiembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 12 de noviembre de 1999, pág. 3908; [CAS. N° 911-99](#) ICA del 07 de diciembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 22 de febrero del 2000, págs. 4684-4685; CAS. N° 1718-99 LIMA del 09 de noviembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 07 de abril del 2000, págs. 4967-4968; y [CAS. N° 2088-00](#) CAJAMARCA del 27 de octubre del 2000, publicada en la **SCEP** del 01 de marzo del 2001, págs. 7011-7012. En la [CAS. N° 1510-98](#) LAMBAYEQUE del 13 de octubre de 1998, publicada en la **SCEP** del 23 de noviembre de 1998, pág. 2079, se declaró fundada la casación presentada por el cónyuge no interviniente, declarándose nula la sentencia de vista que al admitir el embargo de la totalidad de un bien social, excedió la pretensión del tercero (éste sólo solicitó el embargo del 50% de dicho bien). En la [CAS. N° 2114-99](#) CAJAMARCA del 30 de noviembre de 1999, publicada en la **SCEP** del 07 de abril del 2000, págs. 4975-4976, se establece como requisito para este tipo de razonamiento que la Sala de vista se haya pronunciado expresamente sobre la materia controvertida, ante la imposibilidad de meritarse en sede de casación las pruebas aportadas.

¹⁸⁸ **Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil 1997**, realizado en la ciudad de Trujillo por la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional, siguiendo esta línea jurisprudencial, acordó por mayoría “admitir como medida cautelar, el pedido formulado por el acreedor demandante en un proceso seguido solo contra uno de los cónyuges en el sentido que se afecte el derecho o expectativa que tiene el cónyuge deudor demandado en determinado bien social, el que sólo podrá realizarse luego de producida la liquidación de la sociedad de gananciales”. El criterio de la minoría no se aleja demasiado del criterio general. No obstante, en el **Pleno Jurisdiccional de Familia 1998**, ob. cit. nota 150, Acuerdo N° 7, se señaló que desde la perspectiva de la sociedad de gananciales como patrimonio autónomo no son embargables derechos y acciones de los cónyuges.

¹⁸⁹ Así: en la [CAS. N° 1895-98](#) CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999 publicada en la **SCEP** del 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104, la Sala Civil Permanente señaló que “no es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares para que afecten a un bien social con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación personal de uno de los cónyuges”.

¹⁹⁰ [CAS. N° 2490-00](#) CAJAMARCA del 09 de enero del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de abril del 2001, págs. 7188-7189. Los votos singulares acompañados a la sentencia corresponden a tres Vocales: Echevarría, Seminario y Torres; en los cuales se consignan los argumentos esgrimidos como criterio generalmente aceptados. Por lo que siendo mayoría, debió haber formado parte del cuerpo de la sentencia.

CAS. N° 1716-99 LIMA ¹⁹¹, la misma Sala volvió al criterio que *“los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forma parte de su patrimonio y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación”*.

Sobre la participación del cónyuge no interviniente en estos procesos, se presenta la duda –que nuestra doctrina y jurisprudencia han pasado por alto- de determinar si realmente éste puede tener la calidad de tercerista, en la medida que de conformidad por lo establecido en el Art. 533° CPC la tercería de propiedad sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar ¹⁹². El cónyuge no interviniente es cotitular de los bienes que conforman el patrimonio social mas no su único propietario. La jurisprudencia española ha establecido como criterio uniforme que dicho cónyuge no puede iniciar válidamente una Tercería de Propiedad, porque ello significaría atribuirle una propiedad que no le corresponde y que en su condición de consorte sólo tiene un derecho expectante sobre los gananciales. Profundizando en el tema, la doctrina de este país ha cuestionado este criterio, precisando que esta vía si bien no resulta procedente para desafectar el bien social, sí resulta factible para solicitar el alzamiento del embargo o su reducción cuando se embargan los bienes sociales como si formasen parte del patrimonio privativo del cónyuge deudor

¹⁹¹ [CAS. N° 1716-99](#) LIMA del 26 de marzo del 2001, publicada en la **SCEP** del 31 de julio del 2001, pág. 7429. Es curioso que ambas casaciones fueron suscritas por los mismos magistrados: Ibérico, Echevarría, Seminario, Celis y Torres.

¹⁹² [CAS. N° 991-98](#) HUANUCO del 01 de diciembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 08 de enero de 1999, pág. 2449 y [CAS. N° 1252-01](#) AREQUIPA del 12 de setiembre del 2001, **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8281-8282, abundan en esta definición señalando que “la Tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena, y tiene como finalidad la desafectación del bien”. Sobre la oportunidad en la interposición de la tercería de propiedad, [CAS. N° 776-01](#) APURIMAC del 27 de agosto del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, págs. 8118-8119; [CAS. N° 3852-00](#) ANDAHUAYLAS del 15 de agosto del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, págs. 8118-8119; y [CAS. N° 3580-00](#) ANDAHUAYLAS del 15 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8376-8377, señalan que ésta puede realizarse hasta antes de la venta forzosa del bien.

o por existir bienes propios de éste que aún no han sido agredidos ¹⁹³. Con relación a esto último, debe tenerse claro que el patrimonio social sólo podrá afectarse en forma subsidiaria, es decir cuando resulte insuficiente el patrimonio privativo del cónyuge deudor. La prueba de este hecho en los embargos (u otras medidas cautelares) corresponderá al tercero que solicita la medida; mientras que en las tercerías de propiedad, al cónyuge no interviniente, quien tiene el derecho de excusión señalando bienes privativos de su consorte suficientes para hacer efectivas las deudas ¹⁹⁴. Estos criterios resultan aplicables para nuestro ordenamiento jurídico nacional.

22. Calificación registral de las medidas cautelares sobre bienes sociales

El procedimiento de integración expuesto anteriormente (véase acápite 20, págs. 170-180) es compartido -aunque con algunas diferencias conceptuales que pasaremos a examinar- por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao. En más de una oportunidad, los Registradores han rechazado las rogatorias de anotación de medidas cautelares, especialmente embargos, del 50 % de las acciones y derechos del cónyuge deudor sobre bienes registrados a nombre de los cónyuges (por encontrarse bajo el régimen de sociedad de gananciales), sustentándose en el hecho que en el proceso judicial del cual se derivó el embargo de los bienes sociales debieron ser citados ambos. El Tribunal Registral de la

¹⁹³ En ese sentido, coinciden: BELLO JANEIRO, Domingo: ob. cit. nota 124, págs. 543-565; MARTINEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: ob. cit. nota N° 144, págs. 139-154 y para el Derecho aragonés, SERRANO GARCIA, José Antonio: **Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad aragonesa**, Barcelona, Bosch, 1992, págs. 578-586. Este último autor señala que también puede utilizarse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por denegación de tutela judicial efectiva. También se debate en el Derecho español la procedencia del incidente previo y de especial pronunciamiento, por el cual se discutiría si la deuda tiene naturaleza ganancial o privativa.

¹⁹⁴ MARTINEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: idem, págs. 102-106, opina que la carga de la prueba corresponde al cónyuge no interviniente. Discrepa BELLO JANEIRO, Domingo: ob.

Oficina Registral de Lima y Callao ha revocado este tipo de decisiones, señalando que la anotación del embargo procede, pero precisa que éste “se extiende sólo sobre la parte que le correspondería al demandado al fenecimiento de la sociedad de gananciales”.

Entre los casos que han sido materia de pronunciamiento de dicho Tribunal, destaca por su claridad la RES. N° 039-96-ORLC/TR del 02 de febrero de 1996 ¹⁹⁵, en el cual se utiliza el argumento *a pari* para aplicar por analogía el Art. 309° CC a aquellos supuestos de deudas contractuales, conforme se aprecia a continuación:

“El título materia de apelación contiene el mandato judicial del 29 de setiembre de 1994, ampliado por resolución del 18 de Noviembre del mismo año, por el cual se ordena trabar embargo definitivo hasta por la suma de 13,000.00 dólares americanos sobre los derechos y acciones que posea Félix Pedro Mendoza Green en el inmueble sito en la calle Pisano números 128-134, Distrito de Surquillo, inscrito en la Ficha N° 37174 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, el mismo que figura en su Partida Registral como propiedad del demandado y de su cónyuge Elsa Rabina Paredes.

Es de verse de los Partes Judiciales, que el Juez no ha querido desamparar el derecho del acreedor en mérito a la obligación cambiaria materia de acción ejecutiva, ni permitir el abuso del cónyuge que aprovechándose de su posición afecte los bienes sociales en beneficio propio y no en bienestar, mantenimiento o administración de la sociedad conyugal.

En ese sentido, en anteriores oportunidades esta instancia ha podido analizar la pertinencia de no desamparar a ninguno de los afectados, e intentando no exceder los marcos de su calificación registral ha ordenado la inscripción del mandato de las resoluciones judiciales que permiten una solución a este caso, considerando que el cónyuge demandado goza de derechos

idem, págs. 526-528, para quien corresponderá al tercero acreedor. La solución que planteamos se basa en el Art. 196° CPC.

¹⁹⁵ RES. N° 039-96-ORLC/TR, publicado en la **ORLC**, Año I, Vol. II, págs. 125-127.

expectaticios sobre el bien que le pudiera corresponder a la liquidación del patrimonio común existente actualmente con cónyuge y siendo el embargo una medida cautelar, que por su naturaleza apunta a asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y atendiendo a un sano criterio jurídico que impida la elusión del pago de dichas obligaciones por parte de los deudores morosos que intenten ampararse en su condición patrimonial de cónyuge para evitar la ejecución de las acreencias existentes en su contra, debe permitirse en aras de la recta administración de justicia, la anotación del embargo en la partida del inmueble afectado, precisando que dicho gravamen se extiende sólo sobre la parte que le correspondería al demandado al fenecimiento de la sociedad de gananciales.

En sustento de lo glosado, en el ítem anterior, acude lo enunciado en el Artículo 309° del CC, y que es de aplicación analógica al caso que nos ocupa. Si la responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación, con igual razón la responsabilidad por una deuda personal, es decir que no haya beneficiado al hogar, no debe afectar la parte del patrimonio que correspondería al otro cónyuge; en consecuencia, se hace necesario diferenciar para efectos del embargo, la porción que le tocaría al obligado sobre el predio al fenecimiento de la sociedad de bienes, diferenciación que en el caso que nos ocupa se encuentra sancionada por mandato del Juez competente, quien a través de la resolución respectiva ordena al Registro admitir y publicitar la medida cautelar sobre las acciones y derechos que le correspondería a Félix Pedro Mendoza Green en el inmueble antes descrito.

La referencia al artículo 65° del Código Procesal Civil no resulta pertinente toda vez que la acción ejecutiva de pago de dólares se interpuso el 7 de octubre de 1992, cuando aún no estaba vigente el nuevo Código”.

Siguiendo este criterio, el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao ha admitido anotaciones de embargo sobre bienes sociales derivados no sólo de mandatos emitidos por órganos jurisdiccionales en

procesos judiciales ¹⁹⁶, sino también aquellos expedidos por ejecutores coactivos ¹⁹⁷ en los procedimientos administrativos que admite la legislación de la materia (Ley N° 26979 del 23 de setiembre de 1998, Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva). No obstante, estas resoluciones plantean las siguientes cuestiones procesales: (i) la necesidad o no de citar a ambos cónyuges en los procesos derivados de deudas contraídas por uno de ellos; y (ii) los límites de la calificación registral por mandatos judiciales.

Con relación a la primera de las cuestiones formuladas, consideramos que, a diferencia de las acciones reales –donde se discute la propiedad o posesión de los bienes sociales o su naturaleza privativa-, en los supuestos de ejercicio de las acciones que derivan de relaciones obligacionales o contractuales en las que sólo ha intervenido uno de los cónyuges, es suficiente demandar a éste, ya que su consorte no tiene por qué soportar un proceso cuando no está obligado directamente ni como fiador. Sólo desde el momento en que han sido agredidos los bienes sociales, adquiere un real interés el cónyuge no interviniente y por lo tanto, podrá hacer valer su derecho dentro del proceso seguido contra su consorte o mediante Tercería de propiedad. A esta conclusión se arriba interpretando en sus justos alcances el Art. 65° CPC, ya que la finalidad de esta norma es cautelar el interés de los cónyuges en los procesos judiciales en los cuales se discute la posible afectación del patrimonio social, estableciendo para estos casos el necesario emplazamiento de ambos cónyuges. Este supuesto no se cumple en los procesos ejecutivos (o de ejecución) y de condena, en los cuales se discute el cumplimiento de una obligación del cónyuge deudor. En cambio, la legitimación pasiva del cónyuge no interviniente se producirá cuando como consecuencia de dichos procesos se trabe alguna medida cautelar sobre

¹⁹⁶ RES. N° 076-96-ORLC/TR del 01 de marzo de 1996, publicado en la **ORLC**, Año I, Vol. II, págs. 128-130 (supuesto de deuda extracontractual) y RES. N° 402-96-ORLC/TR del 25 de noviembre de 1996, publicado en la **ORLC**, Año II, Vol. III, págs. 158-160 (supuesto de deuda contractual).

¹⁹⁷ RES. N° 328-96-ORLC/TR del 16 de setiembre de 1996, publicado en la **ORLC**, Año II, Vol. III, págs. 155-157 (deuda que fue materia de ejecución coactiva).

uno o más bienes que conformen el patrimonio social ¹⁹⁸, que por cierto, de acuerdo al Art. 635° CPC representa un proceso autónomo aunque relacionado con el principal.

Por lo que rechazamos el pronunciamiento expedido por la ex Junta de Vigilancia Registral, que con anterioridad a la resolución comentada, señaló como criterio que “no es procedente la anotación de embargo sobre la integridad del inmueble de propiedad de la sociedad conyugal cuando en el proceso de obligación de dar suma de dinero sólo se ha emplazado a uno de los cónyuges” ¹⁹⁹, máxime si tenemos en cuenta que siguiendo este razonamiento, el tercero se verá compelido a determinar antes del inicio de cualquier acción –medida cautelar fuera del proceso o de obligación de dar suma de dinero- si su deudor es casado (dato que muchas veces no es fácil obtener) y luego si posee bienes sociales ante la insuficiencia de su patrimonio privativo, para que en ese caso emplace a ambos cónyuges.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, ARATA ²⁰⁰ discrepa de la posición del Tribunal Registral, en cuanto recalificó la orden de embargo sobre supuestos derechos y acciones actuales del cónyuge deudor y la modificó por los derechos expectaticios de dicho cónyuge respecto del fenecimiento de la sociedad de gananciales; asimismo, por haber considerado pasibles de embargo a derechos respecto de los cuales sólo puede llevarse a cabo la fase cautelar de su afectación, mas no la necesaria y subsiguiente fase del apremio o ejecución, connatural a toda

¹⁹⁸ Esta conclusión concuerda con la interpretación que ha realizado la doctrina española con relación al segundo párrafo del Art. 144° del Reglamento Hipotecario de su país. Al respecto, véase: MARTINEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: ob. cit. nota 144, págs. 155-198; BELLO JANEIRO, Domingo: ob. cit. nota 124, págs. 475-515; DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: ob. cit. nota 18, págs. 228-229 y con aplicación al Derecho aragonés, SERRANO GARCIA: ob. cit. nota 193, págs. 574-586.

¹⁹⁹ RES. N° 010-93/JUS-JVR del 18 de noviembre de 1993, publicada en la **ORLC**, Año I, Volumen I, págs. 31-32.

²⁰⁰ ARATA SOLIS, Rómulo: ob. cit. nota 162, págs. 215-216.

medida cautelar que no hace sino asegurar la eficacia actual e inmediata del resultado de un proceso.

La calificación registral de resoluciones judiciales ha suscitado siempre polémicas e incluso enfrentamientos entre registradores y jueces. Por un lado, los jueces alegan que el segundo párrafo del Art. 2011° CC debe ser interpretado sistemáticamente con el Art. 4° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 017-93-JUS del 02 de junio de 1993), con el objeto de asumir el criterio que los fallos judiciales no puedan ser cuestionados en sede registral. En cambio, los registradores señalan que no pueden abandonar su deber de calificar los títulos –incluyendo partes que contengan resoluciones judiciales- porque esto importaría, en algunos casos, otorgar fe pública a un acto inválido o que contravenga principios registrales. La doctrina mayoritaria frente a esta discusión ha señalado que el Art. 2011° CC sólo limita la calificación registral de las resoluciones judiciales en cuanto se refiere al principio de legalidad, mas no de otros principios, como son los de prioridad excluyente, impenetrabilidad y tracto sucesivo ²⁰¹.

Ahora bien, para entender claramente el pronunciamiento del Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao hace falta revisar otras resoluciones, a partir de las cuales se colige que dicho Tribunal es de la posición que las anotaciones de embargo por mandato judicial resultan procedentes, aunque contravengan principios registrales, cuando se evidencie que el órgano jurisdiccional ha tomado conocimiento de estos

²⁰¹ Así, DELGADO SCHEELJE, Alvaro: *Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios*, en Revista *Ius et Veritas*, Lima, PUCP, 1999, Año IX, N° 18, págs. 254-262 y ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo X: Registros Públicos*, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 2001, págs. 126-135. También véase, la RES. N° 066-98-ORLC/TR del 09 de febrero de 1998, que obra en las págs. 212-218 de dicho libro y el Art. 32° *in fine* del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 195-2001-SUNARP/SN publicada el 23 de julio del 2001).

errores y a pesar de ello, y bajo su responsabilidad, ordena la inscripción ²⁰². La singularidad de la resolución comentada radica en el hecho que el Tribunal sin querer salir de este criterio general y de los alcances de la calificación registral, interpreta el sentir del juzgador, atribuyendo al embargo del 50 % de las acciones y derechos del cónyuge deudor sobre el inmueble social a la parte que le correspondería a éste en caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Si bien consideramos que la interpretación del Tribunal Registral en el fondo es correcta, ciertamente concordamos en que excede sus atribuciones y su criterio establecido en sucesivos pronunciamientos, en virtud de los cuales debió solicitar aclaración al órgano jurisdiccional. De otro lado, no es cierto que como consecuencia del embargo se debe producir necesariamente la ejecución del bien, ya que ésta no viene a ser uno de sus elementos esenciales –no olvidemos que antes del remate, el cónyuge deudor puede hacer el pago y levantar el embargo-, sino el de servir de mecanismo para garantizar una obligación, ante la posibilidad que el cónyuge deudor, en solitario o en connivencia con su consorte, trate de

²⁰² Este criterio se trasluce de los siguientes pronunciamientos del Tribunal Registral. En algunos casos, ha advertido que el órgano jurisdiccional no ha tomado conocimiento de los defectos o incompatibilidad del mandato judicial en el registro y como consecuencia de ello, ha procedido a solicitar aclaración al mismo: RES. N° 382-96-ORLC/TR del 31 de octubre de 1996 en la **ORLC**, Año II, Vol. III, págs. 161-162 (no procede la inscripción de ampliación de embargo sobre el inmueble del demandado, tratándose de bien social se requiere que el órgano jurisdiccional tome conocimiento de ello y aclare su mandato); mientras que cuando advierte que el órgano jurisdiccional tiene conocimiento de los defectos o incompatibilidad del mandato judicial, pero ésta se origina por su interpretación de las normas o emite pronunciamiento reiterado, procede a ordenar la inscripción registral bajo responsabilidad del Juez que lo ordena: RES. N° 435-2000-ORLC/TR del 13 de diciembre del 2000 en la **ORLC**, Año VI, Vol. XI, Tomo I, págs. 165-168; RES. N° 042-2000-ORLC/TR del 18 de febrero del 2000, en la **ORLC**, Año V, Vol. X, págs. 56-60 y RES. N° 048-99-ORLC/TR del 22 de febrero de 1999, en la **ORLC**, Año IV, Vol. VIII, págs. 115-117 (es improcedente denegar la inscripción registral del mandato judicial, en base a una interpretación distinta a la establecida por el órgano jurisdiccional); y RES. N° 236-99-ORLC/TR del 21 de setiembre de 1999 en la **ORLC**, Año IV, Vol. IX, págs. 72-74 (procede la anotación de embargo cuando el órgano jurisdiccional, no obstante tener conocimiento que el demandado sólo tiene anotada preventivamente el dominio sobre el inmueble, reitera su mandato).

burlar el crédito del tercero ²⁰³. Ligado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que con posterioridad al fenecimiento de la sociedad de gananciales se procede a la liquidación del patrimonio social, por lo que no se puede decir que éste es inejecutable.

Es curioso que a pesar de la precaución de jueces y registradores, se han presentado casos en los cuales el tercero luego de inscribir anotaciones de embargo sobre bienes conformantes del patrimonio social han logrado su división y partición durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Así, Carlos Ismodes y su esposa embargaron el 50% del inmueble ubicado en la Avenida José Hernando 215, Urbanización las Gardenias, del Distrito de Surco, que conformaba el patrimonio social de los cónyuges Martha Granados y Raúl García, por deuda privativa contraída por éste último. Con posterioridad, se adjudicó el porcentaje antes indicado de dicho inmueble a favor de los acreedores. En el proceso de división y partición iniciado por estos últimos, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emitió la CAS. N° 342-2000 LIMA, declarando fundada dicha demanda, por los siguientes fundamentos:

“Como se ha establecido en la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos recoge la de vista, al demandante se le adjudicó el 50 % de las acciones y derechos que correspondían a don Raúl Enrique Juan García Caveglio sobre el inmueble ubicado en la calle José M. Hernando N° 215 de la urbanización Las Gardenias en el Distrito de Surco, que se ha inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble en virtud de mandato judicial que en copia certificada corre a fojas 14 (motivo tercero).

²⁰³ Este es el verdadero objeto de la medida cautelar, conforme lo señala LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffré Editore, 1992, pág. 207, al indicar que “al lado de la cognición y la ejecución, con los cuales la jurisdicción cumple el ciclo entero de sus funciones principales, se agrega una tercera actividad, que tiene una finalidad auxiliar y subsidiaria: la actividad cautelar. Ésta está dirigida a asegurar, a garantizar el eficaz desarrollo y el provechoso resultado de las otras dos, y participa por ello mediatamente en la consecución de los objetivos generales de la jurisdicción”.

Según se establece en dicha Resolución, que dispone se cursen partes aclaratorias al Registro de la Propiedad Inmueble, todas las resoluciones correspondientes al remate, así como la misma diligencia quedaron consentidas, por no haber sido impugnadas, y si bien no se ha liquidado la sociedad de gananciales correspondiente al inmueble 'este hecho no puede perjudicar al adjudicatario de las acciones y derechos'.

En consecuencia, la situación de autos es que se trata de un bien, perteneciente a una sociedad de gananciales que ha adquirido el 50 %, correspondiendo el otro 50% a otra sociedad de gananciales que no se ha liquidado y donde se ha producido el remate de los derechos de uno de los cónyuges.

Por lo tanto, esta Sala se encuentra frente a una situación establecida en otro proceso, ya concluido que no puede modificar, y que determina un estado de copropiedad al que se quiere poner fin”.

Otro caso más: Carmen Tello y Manrique Garay adquirieron durante la vigencia de la sociedad de gananciales el inmueble constituido por el lote N° 11, Manzana “L” de la Urbanización Las Acacias de Monterrico, Distrito de Ate (ahora La Molina) mediante compraventa inscrita en los Registros Públicos. Como consecuencia de una deuda contraída por la esposa, su acreedor –la empresa estatal MINPECO- logró obtener el embargo del 50% de dicho inmueble por mandato expedido por el Cuarto Juzgado Especializado Civil de Lima, hasta por la suma de US \$ 50,000.00, en el proceso judicial que concluyó con la adjudicación a favor de la empresa Corporación Tauro S.R.L. El Registrador Público observó el título y la empresa interesada apeló ante el Tribunal Registral, que se pronunció en la RES. N° 435-2000-ORLC/TR, de acuerdo a los siguientes considerandos:

“Sin dejar de reconocer las características del régimen de la comunidad de bienes en la sociedad de gananciales conforme a nuestra legislación, esta instancia se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia sobre la calificación

de resoluciones judiciales, excluyendo de dicha calificación el contenido del mandato, que en el título apelado contempla expresamente el reconocimiento de la copropiedad en el régimen de la sociedad de gananciales, como se desprende no solamente de la resolución de fecha 03 de junio de 1997, emitida por el 2° Juzgado Civil de Lima, Dr. Segundo Sarriá Carbajo (inserta en la escritura pública apelada), por la que se resuelve convocar a remate solamente el 50% de los derechos y acciones que corresponden a la demandada Carmen Rosa Tello Villodaz sobre el inmueble, sino también de la Resolución de fecha 21 de enero de 1997, emitida por la Jueza provisional del mismo Juzgado Dra. Ana Prado Castañeda, por la cual adjudica el 50% de las acciones y derechos y ordena se formalice la adjudicación mediante escritura pública.

De las citadas resoluciones se puede concluir además, que la adjudicación recaída en el inmueble de ninguna manera afecta los derechos de propiedad del otro cónyuge don Manrique Garay Liceta, toda vez que sólo se ha dispuesto la adjudicación del 50% de los derechos y acciones que le corresponden a la ejecutada Carmen Rosa Tello Villodaz.

El Artículo 617° del Código de Procedimientos Civiles –antecedente del Artículo 648° del Código Procesal Civil vigente- establecía taxativamente la relación de bienes inembargables, norma legal que no prohíbe en ningún precepto la afectación con medida cautelar de embargo y la consiguiente adjudicación como consecuencia de dicha medida, sobre los derechos expectativos de uno de los cónyuges en una sociedad conyugal, por lo que en principio, denegar la inscripción de dicha medida dictada por juez competente sería –en el fondo- suspender la eficacia y hacer ilusoria la aplicación de sus efectos, teniendo en cuenta además que proviene de un mandato cuyos fundamentos han sido evaluados en sede judicial.

En tal sentido, es de verse en el título materia de grado, que el órgano jurisdiccional emitió pronunciamiento sustantivo respecto a la procedencia de considerar derechos y acciones de cada uno de los cónyuges en la sociedad de gananciales, lo que precisamente determinó que se dictara la Resolución

que ordenó la adjudicación del 50% de los derechos y acciones a favor de la apelante y la resolución que ordena el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, interpretación ésta que al constituir mandato judicial emanado del órgano competente para conocer la controversia jurídica, no puede ser dejada sin efecto, directa o indirectamente, o cuestionada en sede registral conforme lo establece el Artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial”²⁰⁴.

En todo caso, debemos señalar que se tratan de situaciones singulares, que no perjudican el criterio generalmente aceptado por los órganos jurisdiccionales y los registradores públicos, según el cual los bienes sociales pueden ser afectados por medidas cautelares; no obstante, el remate de dichos bienes sólo podrá realizarse una vez finalizado el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. Este viene a ser el correlato en el ámbito procesal, de la interpretación e integración realizadas por nosotros –y que concuerda en parte con la del Tribunal Registral- de los Arts. 307°, 308° y 309° CC.

²⁰⁴ Ambos casos aparecen en: [CAS. N° 342-00](#) LIMA del 04 de mayo del 2000, publicada en la **SCEP** del 25 de agosto del 2000, págs. 6101-6102 y RES. N° 435-2000-ORLC/TR del 13

b) Los argumentos a favor del tercero de buena fe

23. Insolvencia del cónyuge deudor.

Complementando el examen llevado a cabo en los acápites anteriores, se puede afirmar que el tercero acreedor cuenta con mecanismos para satisfacer su crédito frente al incumplimiento del cónyuge deudor, para lo cual inicialmente puede optar entre: (i) emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado (Art. 1219° inciso 1 CC), o (ii) procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor (Art. 1219° inciso 2 CC); y en cualquiera de estos casos, obtener del deudor la indemnización correspondiente (Art. 1219° inciso 3 CC). En la práctica, la segunda de las opciones antes señaladas presenta limitaciones, porque requiere autorización judicial para que el cumplimiento de la obligación sea necesariamente a cuenta del deudor ²⁰⁵, lo cual supone un trámite que insume cierto tiempo, en la mayoría de casos incompatible con la ejecución urgente de la obligación.

En cambio, el empleo de las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado es congruente con el ejercicio de la facultad por parte del tercero acreedor de exigir la prestación y el poder de ejecución sobre los bienes del cónyuge deudor. Para ello, el derecho de dicho acreedor puede ser inmediatamente ejecutivo si la ley le ha atribuido al título constitutivo del crédito el carácter de título ejecutivo (Art. 693° CPC).

de diciembre del 2000, **ORLC**, Vol. XI, T. I, págs. 165-168.

²⁰⁵ Así lo estableció el propio legislador en COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL (compiladora, Delia Revoredo de Debakey): **Código Civil**, Parte III: exposición de motivos y comentarios, Tomo V, Lima, Grafotécnica, 1988, 2da. ed., pág. 375, al establecer que “en este caso el acreedor no podrá tener la certidumbre de que el eventual mayor costo que demandaría el cumplimiento de la obligación vaya a ser necesariamente sufragado por el deudor, porque los daños y perjuicios estarían sujetos a las contingencias de la prueba de su existencia y de su cuantía”. Sin perjuicio de lo antes indicado, OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, **Tratado de las Obligaciones**, Primera Parte, Tomo IV, Lima, PUCP, 1994, pág. 48, señalan que en los casos en los que promedia urgencia el acreedor se encuentra eximido de requerir tal autorización.

En todo caso, si el crédito no ha sido constituido a través de un título ejecutivo, el acreedor puede convertir su derecho en ejecutivo mediante la obtención de una sentencia condenatoria. Una vez convertido el derecho en ejecutivo, la facultad de exigir la prestación se concreta en una facultad de agresión contra los bienes del deudor, la cual se realiza a través de dos fases o etapas: la primera de ellas es el embargo y la segunda la ejecución en sentido estricto, es decir la realización del valor de los bienes del cónyuge deudor para destinar su importe al cobro de lo debido. La diferencia en la sociedad de gananciales radica, tal como lo indicáramos anteriormente, en que el patrimonio realizable del cónyuge deudor por deudas privativas se constituye con su patrimonio privativo y la parte que le corresponderá por concepto de gananciales, es decir luego de la liquidación del régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Por lo tanto, la ejecución del embargo trabado sobre el 50% del patrimonio social se encuentra supeditado al cumplimiento de dicha condición.

Así las cosas, ante la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor, el tercero acreedor buscará la forma de obtener la liquidación del régimen de sociedad de gananciales; posibilidad que le era vedada antes de la modificación del Art. 330° CC por la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 845 (Ley de Reestructuración Patrimonial), a partir de la cual se considera como causal de cambio del régimen patrimonial de sociedad de gananciales –y por lo tanto de su liquidación (Art. 318° inciso 6 CC)- el supuesto en el cual uno de los cónyuges ha sido declarado insolvente, la misma que tendrá efecto cuando se haya inscrito en el registro personal de oficio, a solicitud del insolvente o del Administrador Especial. En razón de ello, pasaremos a examinar qué mecanismos puede utilizar el tercero para lograr la insolvencia del cónyuge deudor, como trámite previo para lograr la determinación de los gananciales de este último mediante la liquidación del patrimonio social.

Comencemos señalando que la actual normativa sobre insolvencia tuvo su origen en la Ley de Reestructuración Empresarial (Decreto Ley N° 26116 del 31 de diciembre de 1992) que sustituyó a la Ley Procesal de Quiebras (Ley N° 7566 del 02 de agosto de 1932) y transformó la visión que hasta ese entonces se tenía del Derecho Concursal, privilegiando la reestructuración económica y financiera para las empresas viables y en su defecto, la salida ordenada del patrimonio insolvente en un proceso extrajudicial. Todo ello a cargo de una entidad administrativa (la Comisión de Salida de Acceso al Mercado, ahora Comisión de Reestructuración Patrimonial) y delegando la decisión del destino de la empresa en manos de la Junta de Acreedores. Sin embargo, en su implementación se advirtieron vacíos, como el referido a las personas naturales que no tenían la calidad de empresas, respecto de los cuales supeditó su aplicación (véase primera disposición complementaria) a la emisión de normas complementarias que finalmente nunca se aprobaron; razón por la cual, durante la vigencia de esta norma, las solicitudes presentadas para la declaración de insolvencia de dichas personas fueron rechazadas ²⁰⁶.

Esta situación se subsanó con la publicación de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo N° 845 del 21 de setiembre de 1996) ²⁰⁷ que comprendió dentro de su ámbito (Art. 2°) no sólo

²⁰⁶ En el pasado reciente, si bien en un principio la Ley Procesal de Quiebras (Ley N° 7566 del 02 de agosto de 1932) permitía en su Art. 1° que el proceso judicial de quiebras se realice también sobre el patrimonio de personas naturales, a consecuencia de la modificación realizada a dicha norma por la Ley N° 16267 del 21 de octubre de 1966, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señaló que sólo se podía iniciar dicho juicio contra las personas naturales que tenían la calidad de comerciantes. Con la vigencia del Decreto Ley N° 26116, ésta fue una preocupación constante, como lo señala HARO SEIJAS, José Juan: **Confusión de confusiones: La “Reestructuración empresarial” de las personas naturales**, en Revista Themis, Segunda Epoca, 1995, N° 31, págs. 261-289. El caso reseñado por el autor fue materia posteriormente de la RES. 0395-1999/TDC-Indecopi del 17 de noviembre de 1999, emitido por la Sala de Defensa de la Competencia (Expediente 576-99/CRP-ODI-CAMARA), en CJSDC 1999, Tomo II, págs. 1298-1303.

²⁰⁷ En la exposición de motivos de esta Ley, se señaló como uno de sus objetivos: *“incorporar al ámbito de aplicación de la legislación concursal a aquellos sectores que no se encontraban comprendidos”*. Para lo cual se tuvo en cuenta que durante la vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial se rechazaron por falta de regulación el 60% de las

a las personas naturales que eran consideradas empresas -de acuerdo al Decreto Ley N° 21621 del 15 de setiembre de 1976 (empresa individual de responsabilidad limitada) o de la Ley N° 27268 del 27 de mayo del 2000 (pequeña y microempresa)- sino también a aquellas que no realizan actividad empresarial. La redacción vigente de esta ley aparece en su Texto Unico Ordenado (Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI del 1 de noviembre de 1999), con las modificaciones que estableció la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial (Ley N° 27146 del 24 de junio de 1999) y regula los siguientes procedimientos concursales: (i) el procedimiento ordinario; (ii) el procedimiento simplificado; y (iii) el concurso preventivo. En el presente trabajo no nos referiremos a estos dos últimos, porque no incluyen dentro de su procedimiento la insolvencia del cónyuge deudor ²⁰⁸.

El procedimiento ordinario se inicia con dos procedimientos preliminares: el de insolvencia y el de reconocimiento de créditos. El primero de ellos, se encuentra dirigido a determinar una situación de hecho por la cual un deudor no puede afrontar el pago de sus obligaciones temporal o definitivamente y que se verifica mediante la reducción patrimonial, cuando el procedimiento se inicia a solicitud del propio deudor, o con la cesación de pagos, cuando el procedimiento es iniciado por uno o más acreedores. El

solicitudes de declaración de insolvencia de personas naturales, el 10% fueron declaradas inadmisibles y sólo el 30% se admitieron a trámite (por realizar actividad empresarial).

²⁰⁸ Al procedimiento simplificado pueden acudir sólo los cónyuges deudores que realizan actividades empresariales y cuyos pasivos no superen las 200 UIT. Para ello, deberán presentar ante la Comisión de Reestructuración Patrimonial o cualquier Notario Público, entre otros requisitos, el proyecto de Convenio de Reprogramación de Pagos, que se someterá a votación de la Junta de Acreedores. Mientras que al Concurso Preventivo puede ingresar cualquier persona natural que se encuentre en imposibilidad o dificultad de pago oportuno de sus obligaciones, con el objeto de suscribir con sus acreedores un Acuerdo Global de Refinanciamiento, previa aprobación de la Junta de Acreedores. En este último caso, a diferencia del procedimiento simplificado, si no se aprueba este Acuerdo y el 50% de los acreedores lo decide así, el cónyuge deudor será declarado insolvente. Las Normas Transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas (Decreto de Urgencia N° 064-99 del 1 de diciembre de 1999) establecieron adicionalmente un procedimiento transitorio al cual podían acudir, entre otros, las personas naturales que son consideradas empresas hasta el 31 de marzo del 2001 (según Decreto de

segundo tiene por objeto la calificación de los créditos (verificando su existencia, origen, titularidad y cuantía) y la determinación del orden o prelación de estas acreencias. Una vez declarada la insolvencia se procede a convocar a la Junta de Acreedores.

El primer escollo que debe superar el tercero acreedor consiste en reunir los requisitos para la presentación de la solicitud de insolvencia, ya que para ello necesita que la deuda impaga por más de 30 días del cónyuge deudor ascienda a 50 UIT o de lo contrario, esperar que éste de mutuo propio solicite su insolvencia de acuerdo a los presupuestos señalados en el Art. 5° del TUO LRP ²⁰⁹. Por ello, en la mayoría de casos, el tercero opta por agotar la vía judicial, con el objeto que en la etapa de ejecución se ordene al cónyuge deudor -de acuerdo a lo establecido en el Art. 703° CPC- que señale bienes libres de gravamen, bajo apercibimiento de presentarse solicitud de su declaración de insolvencia. En este supuesto, se declarará de plano el estado de insolvencia, sin necesidad de verificar la antigüedad, exigibilidad y cuantía de los créditos y se proseguirá el proceso concursal (salvo que no haya concurso y entonces se devuelve al órgano jurisdiccional). Así lo estableció la Sala de Defensa de la Competencia en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 224-1997/TDC-Indecopi emitida en el procedimiento de insolvencia seguido contra Arturo Chávez Pajuelo S.A., Agentes de Aduana (Exp. 113-97-CSA)

Urgencia N° 116-2000 del 31 de marzo del 2001), con el objeto de suscribir convenios de capitalización, condonación y reprogramación de obligaciones.

²⁰⁹ Esta norma requiere que más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentren vencidos e impagos, o que tenga pérdidas acumuladas deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor que las dos terceras partes del capital social pagado (se refiere a personas naturales que realicen actividades empresariales). En este último caso, teniendo en cuenta que las personas naturales no consideradas empresas deben acompañar a su solicitud: una relación detallada de sus bienes, precisando si éstos se encuentran gravados o no, así como una relación de la totalidad de sus ingresos, incluyendo los que no deriven de su actividad principal, entendemos que el requisito consiste en tener pérdidas mayores a dos terceras partes de su patrimonio.

²¹⁰; criterio que ha sido aplicado en otros casos ²¹¹, como el que a continuación exponemos:

Se trata del procedimiento de insolvencia seguido contra Manuel Martínez, que tuvo como origen el proceso de conocimiento que le inició su acreedor Néstor Chacón y que finalizó con sentencia condenatoria que le ordenó pagar la suma de US \$ 40,000.00 más intereses legales, costas y costos del proceso. Al no señalar bienes libres de gravamen, el Trigésimo Juzgado Transitorio en lo Civil de Lima remitió los actuados a la Comisión de Salida de Mercado del INDECOPI, en aplicación del apercibimiento del Art. 703° CPC. Una vez emplazado por esta Comisión, el señor Martínez ofreció cancelar con cargo a sus remuneraciones, además señaló que poseía un bien inmueble social valorizado en US \$ 65,000.00; propuesta que no fue aceptada por su acreedor. Por lo que se procedió a declarar la insolvencia del cónyuge deudor. En apelación la cuestión en discusión se centró en

²¹⁰ La RES. 224-1997/TDC-Indecopi del 05 de setiembre de 1997, publicado en la **CJSDC** 1997, Tomo II, págs. 1516-1525, señaló que: "Tratándose de solicitudes de declaración de insolvencia presentadas en aplicación del Art. 703° del Código Procesal Civil, debe entenderse que el acto por el cual el juez remite a la autoridad concursal los actuados en un proceso ejecutivo sustituye a la etapa procesal de verificación de la antigüedad, exigibilidad y cuantía de los créditos. En estos casos, cumplidos los requisitos formales establecidos para admitir a trámite las solicitudes de declaración de insolvencia a pedido de acreedores, la autoridad concursal deberá emplazar al deudor para que acredite su capacidad de pago conforme a los artículos 10° y 11° de la Ley de Reestructuración Patrimonial".

²¹¹ RES. 0039-1998/TDC-Indecopi del 11 de febrero de 1998 emitida en el proceso de insolvencia de Complejo Industrial Pesquero Sacramento (Exp. 106-97-CSA), publicado en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 900-910; RES. 0078-1998/TDC-Indecopi del 25 de marzo de 1998 emitida en el proceso de insolvencia de Fábrica de Galletas Ventanilla S.A. (Exp. 000031-98-TDC-Cuaderno de Nulidad), publicado en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 965-969; Resolución 125-1999/TDC-Indecopi del 09 de abril de 1999 emitida en el proceso de insolvencia de Alfredo Llosa (Exp. 213-1998/CSM-ODI-CCPL), publicado en la **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 751-760; y RES. 389-1999/TDC-Indecopi del 10 de noviembre de 1999 emitida en el proceso de insolvencia de Paucar Contratistas Generales S.R.L. (Exp. 171-2001/CSM-ODI-CSM-ODI-UL), publicada en la **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 1283-1288. En la RES. 0197-1998/TDC-Indecopi del 20 de julio de 1998 emitida en el proceso de insolvencia de Equipamiento y Servicios Industriales S.A. (Exp. 275-1998/CSM-ODI-CAL), publicada en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 1109-1116, se agrega que en este supuesto, los demandantes en un proceso ejecutivo deben pagar los derechos de trámite correspondientes a las solicitudes de insolvencia, de acuerdo a las tasas aprobadas en el TUPA del INDECOPI. Actualmente el Art. 14° del TUO de la LRP considera explícitamente este supuesto.

determinar la procedencia de la declaración de insolvencia pese a que los créditos invocados no superan las 50 UIT.

La RES. 0254-1998/TDC-Indecopi ²¹² emitida en el presente proceso de insolvencia (Exp. 087-1998/CSM-ODI-CCPL) confirmó la resolución de la Comisión, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

“ III.1. Aplicación del artículo 703° del Código Procesal Civil

(...)

Tal como se estableció en el precedente de observancia obligatoria antes mencionado [*se refiere a la Resolución N° 224-1997-TDC*], el apercibimiento a que se refiere el artículo 703° del Código Procesal Civil no puede consistir en presentar una solicitud que tenga las mismas características que cualquier otra formulada en forma directa por acreedores para la declaración de la insolvencia de su deudor, pues no habría identidad entre los fines del procedimiento de ejecución, destinado a lograr que el deudor cumpla con una prestación a su cargo, y el resultado consistente en la presentación de una nueva solicitud en un segundo procedimiento, luego que el primero no ha producido efecto favorable alguno al acreedor.

(...)

En ese orden de ideas, en el presente caso, por tratarse de una solicitud derivada a la autoridad concursal en aplicación del Art. 703° del Código Procesal Civil, no correspondía que dicha autoridad realizara un análisis respecto a la antigüedad y exigibilidad de los créditos del acreedor titular de dicha solicitud, así como tampoco correspondía verificar si dichos créditos superaban o no las 50 UIT previstas en el Decreto Legislativo N° 845 como condición para admitir a trámite dicha solicitud.

(...)

Atendiendo a la semejanza existente entre los procesos ejecutivos y los procesos de ejecución de resoluciones judiciales y considerando lo

²¹² RES. 0254-1998/TDC-Indecopi del 16 de setiembre de 1998 (Exp. 087-1998/CSM-ODI-CCPL), publicada en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 1195-1203.

establecido en el artículo III del Código Procesal Civil, vía integración, esta Sala considera que el artículo 703° bajo análisis resulta también aplicable a los segundos de los procesos ²¹³.

Con relación al procedimiento de reconocimiento de créditos, la Sala de Defensa de la Competencia se ha preocupado por establecer criterios, con el objeto de evitar que los posibles deudores simulen estados de insolvencia, en perjuicio de acreedores legítimos. No se debe perder de vista que como consecuencia de la declaración de insolvencia se activa el marco de protección del patrimonio del deudor establecido por los Arts. 16° y 17° del TUO de la LRP ²¹⁴, a partir del cual no se puede ejecutar ninguna medida cautelar sobre dicho patrimonio. Resultan ilustrativos los pronunciamientos emitidos por la indicada Sala en el procedimiento de insolvencia seguido contra el señor Eduardo Loo (Exp. 037-96/CCE-CCPL/001-RC) ²¹⁵, a solicitud del señor Jaime Campos; los mismos que tuvieron como sustento la investigación realizada por su Secretaría Técnica, a partir del cual se evidenció la vinculación familiar entre el acreedor y el deudor, así como que el verdadero objetivo perseguido por el supuesto acreedor fue el de sustraer

²¹³ Con posterioridad a la emisión de esta resolución, la Ley N° 27146 sustituyó el texto del Art. 703° CPC señalando que el apercibimiento también era de aplicación a la etapa de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio del proceso de ejecución de sentencia derivado de un proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo o ejecutivo.

²¹⁴ Este marco de protección busca evitar que ante la mala situación del insolvente, los acreedores accionen contra el patrimonio de su deudor, depredándolo de tal manera que se vean reducidas aún más las posibilidades de que resulte suficiente para cubrir el total de las obligaciones pendientes de pago, lo que a su vez hace más difícil encontrar una posibilidad de encontrar una solución acorde a la crisis económica del deudor. Ello no impide que el acreedor haga valer su crédito mediante la ejecución de garantías personales o reales ofrecidas por terceros: [CAS. N° 1966-01](#) TACNA del 12 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8296; [CAS. N° 1970-01](#) SULLANA-PIURA del 22 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8342 y [CAS. N° 3685-00](#) LIMA del 07 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8383-8384.

²¹⁵ RES. 159-1997/TDC-Indecopi del 25 de junio de 1997, publicada en la **CJSDC** 1997, Tomo II, págs. 1389-1392; RES. 237-1997/TDC-Indecopi del 29 de setiembre de 1997, publicada en la **CJSDC** 1997, Tomo II, págs. 1550-1584; RES. 0023-1998/TDC-Indecopi del 23 de enero de 1998, publicada en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 883-894; y RES. 0272-1998/TDC-Indecopi del 02 de octubre de 1998, publicada en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 1216-1221.

el inmueble de propiedad del deudor del remate al que iba a ser sometido en el proceso seguido por el Banco Hipotecario, sobre ejecución de garantías reales. En virtud de estos argumentos, la Sala redujo los créditos reconocidos a favor del señor Campos Romaní.

En la mayoría de casos, la insolvencia de los cónyuges deudores se origina de su condición de garantes personales de empresas ante instituciones bancarias y financieras, mas no cuando hayan constituido garantía real a favor de éstos ²¹⁶. Es el caso de Ribhi Mitri, cuya insolvencia fue solicitada por el Banco Santander (Exp. N° 545-99/CSM-ODI-CAMARA), por haber avalado un pagaré por US \$ 50,000.00 girada por la empresa Ibeltex S.A. El deudor apeló la resolución que declaró su insolvencia, alegando que la obligada principal ya había sido declarada en la misma situación y que por esta razón el procedimiento seguido contra dicha persona debía suspenderse. En la RES. 0394-1999/TDC-Indecopi ²¹⁷, la Sala de Defensa de la Competencia sostuvo lo contrario, señalando que adoptar una regla que impidiera esta posibilidad afectaría la función social y económica de las garantías constituidas sobre el patrimonio de terceros y encarecería el acceso al crédito. En todo caso, el título valor que se presente para efecto del reconocimiento del crédito no debe estar perjudicado ²¹⁸ –es decir, debe haber sido protestado de acuerdo a las formalidades

²¹⁶ En este caso, según la Resolución 0070-1999/TDC-Indecopi del 26 de febrero de 1999, emitida en el procedimiento de insolvencia de Sixto Alarcón (Exp. 002-98-01), publicado en la **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 643-649, el acreedor puede ejecutar directamente dichas garantías.

²¹⁷ Resolución 0394-1999/TDC-Indecopi del 12 de noviembre de 1999, publicada en la **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 1289-1297. En igual sentido, Resolución 0400-1999/TDC-Indecopi del 19 de noviembre de 1999, emitida en el procedimiento de insolvencia de Daniel Soto Gastañeta (Exp. 014-1999/TDC-Indecopi), publicado en la **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 1311-1316.

²¹⁸ RES. 211-1997/TDC-Indecopi del 15 de agosto de 1997, emitida en el procedimiento de insolvencia de Prisko Pizarro (Exp. 211-1997/TDC-Indecopi) publicado en la **CJSDC** 1997, Tomo II, págs. 1473-1480; RES. 0006-1998/TDC-Indecopi del 09 de enero de 1998, emitida en el procedimiento de insolvencia de Jorge Carrera (Exp. 159-97/CRE-CAL), publicado en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 875-882; y RES. 0181-1999/TDC-Indecopi del 21 de mayo de 1999, emitida en el procedimiento de insolvencia de Jona Fleischmann (Exp. 414-1998/CSM-ODI-CAL), publicada en la **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 934-942.

establecidas por la Ley de Títulos Valores- y será verificado aunque se encuentre controvertido en un proceso judicial en trámite ²¹⁹. Eso sí, el deudor avalista podrá acreditar su capacidad de pago no sólo cancelando las deudas sino también a través de la presentación de una relación de bienes del obligado principal ²²⁰.

Instalada la Junta de Acreedores y con el quórum necesario procederá a decidir el destino de la persona natural, optando entre las alternativas establecidas por el Art. 35° del TUO de la LRP: (i) que una parte determinada de su patrimonio con excepción de sus bienes inembargables, se someta a un proceso de reestructuración patrimonial o de disolución y liquidación; o (ii) que la totalidad de su patrimonio, con excepción de sus bienes inembargables, se someta a un concurso de acreedores. En el primer caso, la Junta de Acreedores aprobará el Acuerdo de Reestructuración o el Convenio de Liquidación a propuesta del Administrador o Liquidador, según el caso. Mientras que en el segundo caso, los acreedores necesitarán el asentimiento del cónyuge deudor para la suscripción del Convenio Concursal, designándose un Administrador Especial; de no lograrse este acuerdo, la Comisión de Reestructuración Patrimonial asumirá la conducción del procedimiento de disolución y liquidación del patrimonio del cónyuge deudor.

En cualquier caso, el Art. 115° del TUO de la LRP establece que para efectos de la insolvencia del cónyuge deudor formarán parte de la masa concursal no sólo sus bienes propios sino también la parte de los de la sociedad conyugal que le correspondan. Esto último supone, aunque la norma no lo señale, la liquidación previa de la sociedad de gananciales. Por

²¹⁹ RES. 0081-1999/TDC-Indecopi del 05 de marzo de 1999, emitida en el procedimiento de insolvencia de Carlo Muncher (Exp. 049-1998-CSM) publicada en la **CJSDC** 1998, Tomo II, págs. 657-671.

²²⁰ RES. 0086-1999/TDC-Indecopi del 10 de marzo de 1999, emitida en el procedimiento de insolvencia de Alfredo Gonzales (Exp. 288-97-CSA) publicada en la **CJSDC** 1999, Tomo II, págs. 672-683.

lo que en este caso, una vez declarada la insolvencia el tercero acreedor puede solicitar a la Comisión de Reestructuración Patrimonial o al Administrador Especial la inscripción de esta situación, según lo señala el Art. 330° CC. Adicionalmente, ya que con la sola inscripción no se logra la culminación del procedimiento de liquidación de dicho régimen patrimonial – que requiere el inventario de los bienes de los cónyuges y luego el pago de las obligaciones y cargas sociales (Arts. 320° y 322° CC)-, consideramos que el tercero acreedor también se encuentra legitimado para iniciar judicialmente estas acciones, alegando interés propio, ya que una vez finalizada esta liquidación podrá determinar la porción de gananciales correspondiente al cónyuge deudor ²²¹. Generalmente el resultado de esta liquidación repercutirá en la liquidación de la masa concursal, ya que en la primera se hará pago dentro de las cargas sociales a los acreedores tributarios (Art. 316° incisos 4 y 6 CC) y dentro de las obligaciones sociales a cualquier otro acreedor, respecto del cual ambos cónyuges se hayan obligado en conjunto (dentro de los cuales se pueden encontrar créditos con garantía real o laborales). Únicamente restarán para la liquidación del patrimonio concursal los acreedores privativos del cónyuge deudor.

24. Las acciones subrogatoria y pauliana

Otros medios de protección del crédito que pueden ser utilizados por el tercero acreedor se encuentran dirigidos a conservar o lograr la solvencia del patrimonio del cónyuge deudor, que constituye el soporte o base de la garantía de sus obligaciones, y de esta manera evitar o remediar su situación de insolvencia, sobre todo cuando es consciente o dolosamente

²²¹ El Art. 15° del Anteproyecto de Ley General del Sistema Concursal propone subsanar este vacío. El texto completo aparece en <http://www.indecopi.gob.pe>. Para MACIAS ARDITTO, Fernando: **Aspectos legales de la insolvencia de la sociedad conyugal**, en **Revista Jurídica del Perú**, Trujillo, Normas Legales, Abril-Junio, 1997, Año XLVII, N° 11, págs. 59-62, existe una contradicción entre las normas concursales y los Arts. 307° y 308° CC. Tal contradicción no existe, ya que la liquidación del patrimonio social debe realizarse como paso previo de la liquidación del patrimonio concursal.

preparada o inducida. Estos medios son dos: (i) la acción subrogatoria (u oblicua), por la cual el tercero acreedor puede ejercer los derechos que corresponden al cónyuge deudor, en vía de acción o para asumir su defensa, y que éste no realiza por negligencia produciendo su insolvencia (Art. 1219° inciso 4 CC); y (ii) la acción revocatoria (o pauliana), por la cual el tercero acreedor puede solicitar la ineficacia de los actos del cónyuge deudor que hayan tenido como propósito la disminución de su patrimonio, en cuanto afecten la garantía con la cual debe responder de su crédito, aunque éste se encuentre sujeto a condición o plazo (Art. 195° CC) ²²². La primera de estas medidas va dirigida no a mantener la solvencia sino a crearla o incrementarla; mientras la segunda medida intenta evitar la insolvencia o la reducción de la solvencia conocida del deudor impidiendo que se desprenda a favor de otros del patrimonio que de modo global garantiza el crédito.

Conforme lo declara la exposición de motivos, ampliada por el autor de la propuesta legislativa y recogida por la Corte Suprema de Justicia en la CAS. N° 734-97 LIMA ²²³, la acción subrogatoria puede ejercitarse siempre que se reúnan dos requisitos en la actuación del cónyuge deudor: *negligencia*, es decir que no ejercite un derecho respecto del cual puede y debe accionar o actuar para defenderse e *insolvencia*, en otras palabras la incapacidad de su patrimonio para soportar todas las deudas que sobre él pesan. Nótese que este último requisito no equivale al concepto señalado en la ley concursal. En efecto, el Art. 1° del TUO de la LRP define a la insolvencia como la situación económico-financiera declarada por la Comisión de Reestructuración Patrimonial, para lo cual se verifica que el

²²² Es cierto que existe adicionalmente la acción de simulación que puede presentar el tercero acreedor contra el cónyuge no interviniente, cuando éste aparente celebrar un acto de disposición de su patrimonio y no existe realmente voluntad para celebrarlo (Art. 190° CC) o cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente (Art. 191° CC); pero este es un supuesto que no merece más detenimiento por su escasa aplicación práctica para el presente tema.

²²³ CAS. N° 734-97 LIMA del 26 de agosto de 1998, publicada en **CCJC**, Tomo II, págs. 50-51. Asimismo, véase: COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO

deudor no pueda afrontar el pago de sus obligaciones temporal o definitivamente, ya sea mediante la reducción patrimonial, cuando el procedimiento se inicia a solicitud del propio deudor, o con la cesación de pagos, cuando el procedimiento es iniciado por uno o más acreedores. Para el ordenamiento civil es suficiente que el pasivo del patrimonio del cónyuge deudor (conjunto de deudas) sea mayor que su activo (conjunto de bienes con los que cuenta). Sería excesivo que se solicitase la previa declaración de insolvencia de acuerdo a la ley concursal para el ejercicio de la acción subrogatoria, mucho más si tenemos en cuenta que desde aquél momento se produce una situación de indivisión entre el patrimonio del cónyuge deudor y el universo de sus acreedores. Por lo demás, para el ejercicio de este tipo de acción el tercero acreedor no necesita recabar autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el proceso judicial que promueva.

Sin perjuicio de lo antes señalado, esta acción presenta serios desincentivos para el tercero acreedor, entre ellos el principal consiste en que su ejercicio no beneficia exclusivamente a éste sino por el contrario, debe compartirlo con los demás acreedores del mismo cónyuge deudor, a lo más, podrá exigir que éstos contribuyan a los gastos que a él le haya irrogado la prosecución de la acción. En cambio, la actual legislación concursal ofrece un mecanismo más expeditivo para lograr presionar al cónyuge deudor a realizar el pago, bajo apercibimiento de declararlo insolvente, teniendo en cuenta que una vez designado el Administrador, Liquidador o Administrador Especial, según sea el caso por la Junta de Acreedores, éstos ejercerán la representación del cónyuge insolvente y por lo tanto, tendrán a su cargo no sólo el ejercicio de sus acciones sino también la defensa de sus derechos (Arts. 43°, 67° y 118° del TUO de la LRP).

CIVIL: ob. cit. nota 205, Tomo V: Exposición de motivos y comentarios, págs. 373-376 y OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: ob. cit. nota 205, págs. 49-67.

Tradicionalmente se han establecido dos requisitos para el ejercicio de la acción pauliana: un elemento objetivo, el perjuicio (*eventus damni*) y un elemento subjetivo, la intención por parte del deudor de causar dicho perjuicio a su acreedor o acreedores, o al menos de tener conciencia del perjuicio que les causa (*consilium fraudis*). Con relación al primer requisito, el Art. 195° CC (luego de la modificación realizada por Primera Disposición Modificatoria del CPC) habla de actos de disposición (a título gratuito u oneroso) por los cuales el deudor renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudique el cobro del crédito, aunque se encuentre sujeto a condición o a plazo. Para tal efecto, se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro. Para los actos a título gratuito basta la probanza de este requisito, mientras que para los actos a título oneroso se requiere adicionalmente probar el segundo requisito, que deberá analizarse en función a la época de realización del acto fraudulento: si éste se realizó con posterioridad al crédito, se requiere que el tercero haya tomado conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos; y si dicho acto se realizó con anterioridad al crédito, es necesario que el deudor y el tercero los hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor; asimismo, se presume dicha intención en el tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

En la práctica se observa que el cónyuge deudor ²²⁴ muchas veces logra el concurso de su consorte para eludir el cumplimiento de la deuda privativa a la que se obligó, sustrayendo bienes que conforman el patrimonio

social ante la insuficiencia de su patrimonio privativo. El cónyuge no interviniente aprueba este tipo de actos porque finalmente le favorece que los bienes que conforman el patrimonio social permanezcan indemnes frente a la posible agresión del tercero acreedor. Son muchos los mecanismos utilizados con este propósito, entre ellos, el anticipo de legítima a favor de los hijos de ambos cónyuges. A manera de ejemplo, Roque Reyes aceptó una letra de cambio por US \$ 47,284.00 a favor de la empresa Distribuidora Textil Dimartex Sociedad de Responsabilidad Limitada, con vencimiento al 7 de abril de 1994. Tiempo después, vencida la letra de cambio, el cónyuge deudor con su consorte disponen conjuntamente a título de anticipo de herencia el único bien del cual eran titulares (el inmueble situado en el jirón Strauss N° 605, Departamento 102, San Borja). Para ello suscribieron la escritura pública del 06 de julio de 1994. La empresa acreedora demandó la ineficacia de dicho acto mediante acción pauliana, alegando que con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de dicho anticipo de legítima, se le imposibilita obtener la anotación de medidas cautelares vinculadas a cualquier proceso en el que intente obtener el cumplimiento de la obligación contenida en la letra de cambio. La cónyuge no interviniente, en su defensa, señaló que no se había probado que la deuda materia de cobro a su consorte haya sido utilizada en provecho de la familia, por lo tanto, no podrá afectar el patrimonio social sino sólo el patrimonio privativo del cónyuge deudor. En la CAS. N° 116-99 LIMA ²²⁵, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declaró fundado el recurso de casación (y por consiguiente fundada la demanda) presentado por la empresa acreedora de acuerdo a los siguientes argumentos:

“No es menester revisar prueba alguna para establecer con claridad meridiana que en este caso se configuran los requisitos que viabilizan la

²²⁴ Tiene la misma condición el cónyuge avalista: [CAS. N° 3057-00](#) ICA del 20 de julio del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, pág. 8054.

²²⁵ [CAS. N° 116-99](#) LIMA del 13 de agosto de 1999, publicada en la **SCEP** del 23 de noviembre de 1999, págs. 4112-4113. En igual sentido [CAS. N° 775-96](#) HUANUCO del 06 de octubre de 1998, publicada en la **SCEP** del 05 de diciembre de 1998, págs. 2144-2145.

acción pauliana a favor del actor, desde que el acto jurídico impugnado tiene como consecuencia una disminución del patrimonio de los demandados que menoscaba el derecho del actor a intentar el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, sin ser necesario investigar la real intención de don Roque Reyes López y su cónyuge, pues es suficiente la comprobación objetiva del perjuicio ocasionado.

Si bien es cierto la sentencia de primera instancia establece que no se ha acreditado en autos que la suma contenida en el título valor que corre a fojas 11 haya sido utilizada en provecho de la sociedad conyugal, tal situación no enerva la procedencia de la acción pauliana, desde que sólo es necesario establecer si la deuda se contrajo en provecho de la familia cuando se trata de bienes propios y se pretende hacer efectiva la excepción del principio que contiene el Artículo 308° del Código Civil, que no es el caso”.

Si bien estos son, como lo señala la Sala Civil Transitoria, medios evidentes de fraude al crédito del tercero acreedor, existen otros que no tienen dicha condición y más bien resultan supuestos discutibles. Nos referimos específicamente a dos: al cambio del régimen patrimonial (por el de separación de patrimonios) a solicitud de ambos cónyuges al amparo del Art. 296° CC, procedimiento por el cual el cónyuge deudor realiza concesiones extraordinarias en la escritura pública correspondiente a fin que su patrimonio realizable (gananciales) luego de la liquidación del régimen de sociedad de gananciales pase a favor de su consorte; y a la constitución del patrimonio familiar sobre bienes del patrimonio privativo del cónyuge deudor o del patrimonio social, excediendo lo necesario para la morada o el sustento de sus beneficiarios y con posterioridad a la asunción de la deuda (Art. 489° CC).

En el primer caso, aunque no se evidencie claramente, estamos frente a actos de disposición en la modalidad de renuncia de derechos; en cambio, en el segundo caso resulta mucho más complicado, en la medida que el legislador recogió la figura del patrimonio familiar con el objeto de afectar un

inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento, no pudiendo exceder de lo necesario para alcanzar los fines mencionados. Entre las personas que pueden constituirlo se encuentran los cónyuges, cualquiera de ellos sobre sus bienes propios y de común acuerdo sobre bienes sociales. De tal manera que una vez inscrito el patrimonio familiar, los bienes que se encuentran dentro de él son inembargables, inalienables y transmisibles por herencia (Art. 488° CC). El primer carácter antes mencionado es el que atrae regularmente al cónyuge deudor, porque una vez constituido el bien dentro del patrimonio familiar, éste no puede ser materia de medida cautelar alguna, salvo las excepciones establecidas por el Art. 492° CC (los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias).

El Tribunal de la Oficina Registral de Lima y Callao ha establecido saludables criterios que complementan esta regulación, señalando que la constitución del patrimonio familiar requiere necesariamente que los beneficiarios sean la familia del constituyente y no solamente éste (son comunes los casos de los viudos, separados o divorciados) ²²⁶; asimismo, ha suspendido el trámite de la inscripción registral cuando ha detectado contradicciones entre la rogatoria y los antecedentes registrales, hasta que

²²⁶ RES. N° 061-99-ORLC/TR del 16 de marzo de 1999, en **ORLC**, Año IV, Vol. VIII, págs. 103-106 (caso de divorciada); RES. N° 025-2000-ORLC/TR del 31 de enero del 2000, en **ORLC**, Año V, Vol. XI, págs. 136-139 (caso de separada); y RES. N° 030-2000-ORLC/TR del 09 de febrero del 2000, en **ORLC**, Año V, Vol. X, págs. 172-175 (caso de viuda). De acuerdo a la RES. N° 020-2000-ORLC/TR del 31 de enero del 2000, en **ORLC**, Año V, Vol. X, págs. 108-110, la constitución del patrimonio familiar puede realizarse sobre bienes propios a favor de cónyuges e hijos y no del constituyente; sin embargo, los hijos solteros no pueden constituirlo a su favor, según señala la RES. N° 212-2000-ORLC/TR del 06 de julio del 2000, en **ORLC**, Año VI, Vol. XI, Tomo I, págs. 242-245.

se produzca la aclaración a través del instrumento respectivo ²²⁷ y ha definido que el concepto de “casa habitación”, señalado como uno de los bienes sobre el que se puede constituir patrimonio familiar abarca todo aquello que forma parte de la unidad de vivienda constituida por un departamento o habitación, al margen de encontrarse registrados en distintas partidas como consecuencia de las exigencias del régimen de propiedad horizontal y del sistema del folio real ²²⁸.

Pese a ello, el cónyuge deudor conjuntamente con su consorte han logrado en múltiples oportunidades utilizar esta figura excediendo sus límites, con la ayuda de una interpretación extensiva –y hasta generosa– realizada por determinados órganos jurisdiccionales (en el proceso no contencioso señalado por los Arts. 795° al 801° CPC) o notarios públicos (de acuerdo a los Arts. 24° al 28° de la Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos, Ley N° 26662) y registradores públicos (al momento de calificar la rogatoria de inscripción), respecto de la limitación señalada en la parte final del Art. 489° CC -“no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios”-. Así, en el **CASO 6** expuesto líneas atrás (véase acápite 18, pág. 152), reseñamos la controversia surgida a partir de la constitución del patrimonio familiar por los cónyuges Luis Salazar y Rosario Ferreira sobre el inmueble social ubicado en la calle Uno número 112, Manzana B, Lotes 3, 4 y 5 de la Urbanización Monterrico Chico, del Distrito de Santiago de Surco. El esposo había contraído con anterioridad una deuda privativa por la suma de US \$ 50,000.00 con el Banco Continental. Antes de iniciar cualquier acción judicial contra el cónyuge deudor, el Banco acreedor verificó con qué bienes realizables contaba éste, dándose con la sorpresa que el único bien de su propiedad formaba parte del patrimonio social y había sido constituido en patrimonio familiar, por lo

²²⁷ RES. N° 433-98-ORLC/TR del 24 de noviembre de 1998, en **ORLC**, Año IV, Vol. VII, págs. 118-121.

²²⁸ RES. N° 028-2000-ORLC/TR del 07 de febrero del 2000, en **ORLC**, Año V, Vol. X, págs. 168-171 y la RES. N° 025-2000-ORLC/TR del 31 de enero del 2000, en **ORLC**, Año V, Vol. XI, págs. 136-139.

que optó por presentar una acción pauliana. La cónyuge no interviniente obtuvo sentencia de vista favorable, en atención al argumento que la deuda de su consorte era privativa y por lo tanto, no existía ninguna expectativa sobre el patrimonio social sino sobre los gananciales, que requieren la previa liquidación del régimen de sociedad de gananciales. El Banco Continental interpuso casación fundamentándose en la interpretación errónea del Art. 195° CC, alegando que la constitución del patrimonio familiar perjudica su derecho de embargar los derechos expectaticios de uno de los cónyuges en el bien sobre el que se ha constituido y no la ejecución de una medida cautelar como erróneamente se le atribuye mediante el ejercicio de la acción pauliana.

En la CAS. N° 2150-98 LIMA ²²⁹, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el tercero acreedor, con argumentos que corroboran varios conceptos antes expuestos y que por su excepcional fundamentación pasamos a exponer:

“El acreedor tiene un derecho general de garantía sobre los bienes de su deudor, y por eso la Ley le concede determinadas facultades de preservación de éste, como señala el Art. 1219° CC, a las que se agrega la acción pauliana, que no es un privilegio, sino que constituye uno de sus derechos, cuyo objeto es impedir que el fraude de su deudor lo perjudique; es un remedio ante un acto doloso (ver sobre el tema La Lucha Contra el Fraude Civil de Cirilo Martín Retortillo, Bosch, Barcelona, 1943).

El Art. 195° del Código Civil adopta los dos requisitos tradicionales para el ejercicio de la acción revocatoria: el “*eventus damni*” y el “*consilium fraudis*”; el primero es objetivo y consiste en la intención por parte del deudor de causa perjuicio a su acreedor y el segundo es el conocimiento que tiene el tercero que contrata con el defraudador en cuanto al perjuicio que se irroga al acreedor.

²²⁹ [CAS. 2150-98](#) LIMA del 20 de enero de 1999, publicada en la **SCEP** del 19 de marzo de 1999, págs. 2834-2835.

Estando a la redacción del Art. 195°, bajo comentario, establecida por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, ya no es necesario que el acreedor pruebe el perjuicio, sino que éste se presume al disminuir el patrimonio conocido del deudor, de tal manera que se invierte la carga de la prueba y el acreedor no necesita probar la insolvencia del deudor, y como dice Lohmann, el empeoramiento se produce al haber quedado reducida la garantía patrimonial conocida que respaldaba la responsabilidad (El Negocio Jurídico, Grijley, Segunda Edición, 1994, págs. 423 y 425).

El otro requisito se cumple cuando el tercero ha tenido conocimiento del perjuicio al acreedor o que según las circunstancias haya estado en razonable situación de conocerlo o de ignorarlo; deberes de conocimiento que señala Lohmann 'viene a explicarse como carga de previsión, y no se exige que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe, mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor, no se requiere que se haga ex profeso para perjudicar, inclusive puede haber procedido de buena fe, no obstante lo cual el acto es impugnabile, si fuera gratuito, o de ser oneroso, si el adquirente actúa de mala fe' (obra citada, pág. 429).

La acción pauliana no importa la de nulidad, sino la ineficacia del acto, esto es que el acto fraudulento no será oponible al acreedor accionante, y solo a él, de tal modo que sus efectos no se hacen extensivos a otros acreedores. Esto a diferencia de lo establecido en el Código Civil de 1936 que le daba el carácter de revocatoria y de anulabilidad y cuyos efectos aprovechaban todos los acreedores, como resulta de sus Artículos 1098°, 1099°, 1101° y 1125° inciso 2. Los hermanos Mazeaud consideran que la acción pauliana sólo favorece al acreedor que la ejercita, y que el acto impugnado sigue siendo oponible a cualquier otra persona (Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires, 1959, Parte Segunda, Volumen III, página 272).

En el caso de autos, el deudor ha constituido con su cónyuge, a favor de ambos, patrimonio familiar sobre un inmueble integrado por la acumulación de

tres lotes de terreno urbano, que se describe en la ficha de inscripción correspondiente del Registro de la Propiedad Inmueble, como se ha establecido en las sentencias de mérito (motivo segundo respectivamente), de tal manera que es inembargable, como establece el Artículo 488° del Código Civil.

Como obliga el Artículo 489° “in fine” del acotado, el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada, en este caso, de los beneficiarios.

La demanda para que se declare la ineficacia frente al Banco demandante de la constitución de patrimonio familiar hecha por los demandados, ha sido desestimada por la consideración de la apelada, que la de vista hace suya, que la deuda es personal del codemandado Luis Alberto Salazar Tafur y que el inmueble no es un bien propio sino de la sociedad conyugal constituida por doña Rosario Maritza de Sousa Ferreira Ugarte, por lo que el cobro del crédito que tiene el Banco demandante en relación al demandado y respecto al predio sublitis se encuentra supeditado a la liquidación de la sociedad conyugal formada por los demandados, por alguna de las causales de fenecimiento previstas en el Artículo 318° del Código Civil.

Hay un error en ese razonamiento, por las siguientes consideraciones: a) la sociedad conyugal puede subsistir aun cuando se liquide la sociedad de gananciales y ésta, además de las causales señaladas en el Artículo 318° citado, puede liquidarse por declaración de insolvencia de uno de los cónyuges, como establece el Artículo 330° del mismo Cuerpo de Leyes, concordante con los Artículos 115° y 127° del Decreto legislativo N° 845; b) de tal manera que nada impide embargar los derechos expectaticios de un cónyuge en la sociedad de gananciales, a la espera de su liquidación, que puede ser por la declaración de insolvencia; y c) la acción pauliana no es de cobro, sino que para poder ejercitar las acciones sobre aquellos bienes que por un acto fraudulento se han puesto fuera del alcances del acreedor, es necesaria una declaración previa de ineficacia del acto.

Es evidente que el matrimonio produce una modificación en la capacidad de obrar de los cónyuges y una alteración de la legitimación de ambos para realizar actos patrimoniales, siendo que la sociedad de gananciales constituye el régimen general, de acuerdo al cual se constituye un estado patrimonial, con bienes, derechos, obligaciones, cargas y régimen específico, sin atribución de cuotas, en lo que el Artículo 68° del Código Procesal Civil denomina patrimonio autónomo, que permanece hasta su disolución.

El hecho de que la sociedad conyugal y más propiamente la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo, no puede entenderse como que se encuentra fuera del comercio de los hombres, o que se ha formado una persona jurídica distinta y que los acreedores de los cónyuges por obligaciones personales no puedan solicitar medidas para cautelar su acreencia sobre los derechos que su deudor tendrá al liquidarse la sociedad de gananciales.

El patrimonio familiar reconocido en nuestro Código Civil, tiene como finalidad excluir del comercio de los hombres un bien determinado, el [sic] tal manera que no puede ser enajenado ni gravado, siguiendo sus antecedentes históricos del “*homestead*” sajón y del hogar de familia en el Código de 1936 y se sustenta, entre otras doctrinas, en la del *Rerum Novarum* de León XIII que reconoce especial importancia a la propiedad familiar de la vivienda y de la tierra, la finca en que habita toda una familia y de cuyos frutos saca íntegramente, o al menos en parte, lo necesario para vivir. (Ver Familia y Propiedad, de José Castán Tobeñas, Madrid, 1956).

Es requisito de la constitución del patrimonio familiar, como señala el Artículo 495° del Código Civil, no tener deudas cuyo pago sea perjudicado, lo que a criterio de Cornejo Chávez significa que el instituto no puede servir para amparar una actitud dolosa de quien, so pretexto de asegurar el sustento de su familia, lo que en realidad persigue fuese la burla de los derechos de sus acreedores, por lo que algunas legislaciones han establecido que por la constitución del hogar de familia sólo queda liberado del riesgo de embargo y

remate por deudas posteriores a su constitución (Derecho Familiar Peruano, Tomo III, Lima, 1970).

La constitución del patrimonio familiar es un acto de renuncia de derechos que perjudica el cobro del crédito, por lo que se encuentra en el supuesto legal de la norma y su constitución perjudica el derecho a embargar los derechos expectaticios de uno de los cónyuges sobre el bien, por lo que debe ampararse la acción interpuesta”.

Si bien la interpretación de la Sala, según la cual la constitución del patrimonio familiar importa un acto de renuncia dentro de los alcances del Art. 195° CC, no es estricta –porque la renuncia implica el abandono de un derecho mediante declaración de voluntad-, consideramos que con esta decisión se permite ampliar el ámbito de la acción pauliana sobre supuestos en los cuales no se dispone o disminuye el patrimonio de éste, pero sí se perjudica el cobro del crédito, a través de otros medios, como la liberación de dichos bienes de la agresión del tercero acreedor –ya que éstos no podrán ser embargados (Art. 488° CC)-, mediante el contubernio entre cónyuges, desnaturalizando esta institución que contiene como presupuesto esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por dicha constitución (Art. 494° CC), con el objeto de no causar la burla de los derechos de sus acreedores²³⁰.

25. Obligaciones derivadas de instrumentos financieros

Con la intención de facilitar a los Bancos la recuperación expeditiva de sus colocaciones, la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) ha considerado una serie de mecanismos expeditivos que permiten a estas

²³⁰ La acción pauliana no resulta procedente contra la constitución del patrimonio familiar cuando la deuda se encuentra respaldada con garantía hipotecaria, con la cual el acreedor puede satisfacer la integridad de su crédito: [CAS. N° 194-01](#) LIMA del 20 de agosto del 2001, publicado en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, pág. 8113.

instituciones el cobro de las acreencias frente a sus deudores –entre ellos, el cónyuge deudor-. La justificación de estos mecanismos se sustenta en que los Bancos realizan sus operaciones activas con el dinero que captan de sus operaciones pasivas; entre las primeras, buena parte proviene del dinero depositado por los ahorristas, de ahí que si el Banco no recupera lo que coloca como créditos, esta anomalía puede desembocar en la falencia económica de éste y la imposibilidad de devolver a los ahorristas sus depósitos.

Entre estas consideraciones especiales a favor de las empresas del sistema financiero destaca la presunción de pleno derecho del consentimiento del cónyuge del titular de las cuentas corrientes, tanto en su establecimiento como en las operaciones que se efectúe con las mismas, consagrado en el Art. 227° de la Ley N° 26702.

Como consecuencia de esta presunción, si el cónyuge titular de una cuenta corriente adeuda una suma de dinero al Banco, éste se encuentra facultado a incoar la vía ejecutiva contra ambos cónyuges y no solamente contra quien aparece como titular de la indicada cuenta. Este es el criterio de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N° 928-98²³¹ emitida al resolver la controversia derivada del proceso seguido por el Banco Santander Sucursal Chiclayo contra los esposos Carlos Barrios y María Gavidia. El esposo era titular de una cuenta corriente que luego fue cancelada por falta de abono de una deuda vencida. El Banco Santander requirió a su deudor mediante carta notarial y luego giró una letra a la vista por el importe del saldo deudor más los intereses legales e inició la vía judicial contra ambos esposos. Las instancias inferiores ampararon la contradicción presentada por la cónyuge no interviniente (María Gavidia), señalando que en la letra de cambio no aparece la manifestación de la

²³¹ [CAS. N° 928-98](#) LAMBAYEQUE del 17 de diciembre de 1998, publicada en la **SCEP** del 18 de marzo de 1999, pág. 2822. En igual sentido, [CAS. N° 2877-00](#) LAMBAYEQUE del 25 de mayo del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, pág. 8048.

voluntad de la esposa y que la presunción *iuris et de iure* que alega el Banco demandante para exigir el cumplimiento de la obligación celebrada por el otro cónyuge resulta inconsistente, de aceptarse se cometería un abuso del derecho y sobre todo se exigiría una obligación a quien no es parte en el contrato o convenio.

Este tipo de interpretación definitivamente dejaría sin efecto la previsión del Art. 227° de la Ley N° 26702, que tiene el claro propósito de abrir la posibilidad que las obligaciones derivadas del titular de la cuenta sean respondidas con fondos sociales. El Banco demandante fundamentó su recurso de casación refiriendo que dicha norma imputa a la cónyuge del coejecutado una voluntad presunta de obtener los resultados que su cónyuge ha logrado en calidad de titular de la cuenta corriente a que se contrae el proceso y por ello no puede sostenerse la argumentación expuesta por la sentencia de vista. La Sala de casación declaró fundado el recurso, de acuerdo a los argumentos que se detallan a continuación:

“El Artículo 227° citado [*se refiere a la Ley N° 26702*] establece de manera expresa que en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento de la cónyuge del titular de la cuenta; que, en tal sentido, el consentimiento presunto que la ley le imputa al cónyuge del titular de una cuenta corriente, lo hace por parte del referido contrato de las operaciones efectuadas, y por ende, del saldo deudor originado, por lo que debe responder también por la obligación generada, lo que no importa el ejercicio abusivo del derecho sino, por el contrario el sometimiento al orden legal establecido, que aún cuando dicha norma no ha sido citada de manera expresa en la impugnada, es evidente que la decisión adoptada ha girado en torno a su aplicación para la solución de la controversia.

Además el principio de literalidad a que se hace mención en la recurrida, respecto del título valor recaudado a la demanda, no es de aplicación en este tipo de procesos ejecutivos, pues lo que en verdad es materia de ejecución no es la obligación que contiene el mencionado título, sino el saldo deudor

generado como consecuencia del cierre de una cuenta corriente bancaria, constituyendo la letra de cambio el medio que la ley confiere para la representación del saldo deudor”.

Sin la posibilidad de admitirse prueba en contrario de la negativa del cónyuge no interviniente respecto de las operaciones que realice su consorte como titular de una cuenta corriente, responderá indefectiblemente el patrimonio social como si se tratase de una deuda social, es decir no se requerirá hacer excusión de los bienes privativos del cónyuge deudor. Aún cuando la norma favorece los fines que persiguen las entidades bancarias y financieras, consideramos que el excesivo rigor de esta regla, debería atenuarse admitiendo la posibilidad que el cónyuge no interviniente pueda revocar este consentimiento presunto mediante comunicación dirigida a la entidad bancaria en la que su consorte posea cuentas corrientes. De tal manera que dicha entidad pueda tener conocimiento de la negativa del cónyuge no interviniente y en consecuencia, en este caso, las deudas privativas originadas en las operaciones con cuentas corrientes serán respondidas con el patrimonio privativo del cónyuge deudor y en su defecto, con la parte que le corresponderá a éste en caso de liquidación.

Otros mecanismos que consiente la Ley N° 26702, aunque se encuentran dirigidos a cualquier tipo de deudores, son más discutibles como el establecido en su Art. 132° inciso 7, que otorga mérito ejecutivo a las liquidaciones de los saldos deudores que emitan las empresas del sistema financiero nacional. Los títulos ejecutivos son aquellos que la ley reconoce como suficientes para legitimar la pretensión de ejecución y por lo tanto, la agresión de los bienes del deudor. Para ello se abre la posibilidad del proceso ejecutivo, el cual se caracteriza por la rapidez de su procedimiento y la limitación del contradictorio. Así, la ley sólo reconoce esta calidad –la de título ejecutivo- a determinados documentos que deben cumplir con rigurosas condiciones de admisibilidad, que a su vez constituyen garantías de la existencia del derecho del acreedor, con el objeto que el órgano jurisdiccional no dilapide su tiempo indagando en cada caso la legitimidad

del derecho y pase inmediatamente a ordenar el pago de la obligación. Por ello, título ejecutivo es aquel originado en la voluntad de las partes y título de ejecución el que resulta de una declaración judicial. En ese sentido, se aprecia que la liquidación del saldo deudor, como expresión de la situación del capital y de los intereses de cualquier deuda (no limitada a cuentas corrientes) en una fecha determinada y elaborada unilateralmente por el Banco acreedor no se ajusta a ninguna de estas condiciones. Es más, consideramos que puede prestarse a arbitrariedades.

Esta norma se complementa con lo dispuesto en la parte final del Art. 228° de la Ley N° 26702, según la cual las empresas del sistema financiero nacional pueden, en cualquier momento, remitir una comunicación al cliente (cónyuge deudor), advirtiéndole de la existencia de saldos deudores en su cuenta corriente y requiriéndole el pago. Transcurridos quince días hábiles de la recepción de la comunicación sin que hubiere observaciones, la empresa está facultada para girar contra el cliente por el saldo más los intereses generados en dicho periodo, una letra a la vista, con expresión del motivo por el que se emite. El protesto por falta de pago de la indicada cambial, en la que no se requiere la aceptación del girado, deja expedita la acción ejecutiva.

Este procedimiento es regularmente utilizado por los Bancos y admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, reconociendo la calidad de título valor a la cambial girada como producto del mismo. Así, la CAS. N° 2839-2000 ICA ²³², emitida por la Sala Civil Permanente, esbozó los siguientes argumentos:

“El Artículo 228° de la Ley 26702, que regula el cierre de la cuenta corriente, faculta a las entidades bancarias advertir a sus clientes mediante una comunicación al existencia de saldos deudores en su cuenta y requerirles el pago y si luego de quince días de recibida dicha comunicación no hubiere

²³² CAS. N° 2839-00 ICA del 04 de mayo del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, pág. 8032.

observaciones, la empresa queda facultada para girar una letra a la vista contra el cliente por el saldo, incluido los intereses generados en dicho periodo.

Por consiguiente, si los alcances de la citada norma permiten a la empresa no sólo girar una letra a la vista por el saldo deudor, sino que inclusive la facultad a que se agreguen a la misma los intereses generados en el periodo comprendido entre la comunicación cursada al deudor y la data de la emisión de la mencionada letra, resulta equivocado el criterio adoptado por las instancias inferiores, el mismo que se aparta del texto expreso de la norma anotada. Razones que conducen a declarar fundado el recurso de casación interpuesto por la causal anotada.

En el caso de autos la cambial puesta a cobro obrante a fojas 3 contiene una obligación cierta, expresa y exigible, habiendo sido girada por la entidad demandante con la facultad prevista en el artículo 228° de la Ley 26702. Es más a la demandada se le comunicó el cierre de la cuenta corriente que mantenía en la entidad demandante, así como la existencia de un saldo deudor y el requerimiento para su pago, y que la demanda no formuló objeción alguna. El título valor se encuentra inmerso de lo previsto en el inciso 1 del artículo 693 del Código Procesal Civil y no habiéndose enervado en modo alguno su validez debe llevarse adelante la ejecución”.

El criterio jurisprudencial antes reseñado no sólo permanece uniforme, sino que además se robustece en otros fallos expedidos por la Corte Suprema de Justicia por los cuales ha desestimado aquellas contradicciones que tengan por sustento la inexigibilidad de la obligación contenida en el título o en la nulidad formal o falsedad del mismo. Resulta emblemática la CAS. N° 1104-2001 CAJAMARCA ²³³, que se pronunció respecto de la no

²³³ [CAS. N° 1104-01](#) CAJAMARCA del 22 de agosto del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, págs. 8125-8126. En similar sentido, [CAS. N° 1170-01](#) LA LIBERTAD del 05 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 30 de noviembre del 2001, págs. 8127; [CAS. N° 2166-01](#) AREQUIPA del 31 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8345-8346; y [CAS. N° 3115-00](#) TACNA del 14 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8449. La no presentación del estado de cuenta es un defecto de forma que acarrea la inadmisibilidad de

procedencia de solicitar a los Bancos documentos (acta de protesto, estados de cuentas, entre otros) que acrediten el origen de la obligación contenida en la cambial girada de conformidad del Art. 228° de la Ley 26702, con los siguientes términos:

“La resolución de primera instancia declaró liminarmente improcedente la demanda ejecutiva, porque no se había adjuntado el acta de protesto correspondiente, lo que dio motivo al recurso de apelación sustentado en que los juicios ejecutivos no se necesitaba acompañar el acta de protesto correspondiente, lo que dio motivo al recurso de apelación sustentado en que los juicios ejecutivos no se necesitaba acompañar el acta de protesto.

La resolución de vista sin referirse a si se tiene que acompañar el acta de protesto a la demanda ejecutiva considera que las liquidaciones de los saldos deudores de las empresas financieras y la consiguiente letra a la vista de dichas empresas, debe necesariamente recaudarse con el o los documentos donde conste el origen de la obligación, porque si no emanaría de un acto unilateral y por lo tanto arbitrario, que no califican por sí solos los títulos ejecutivos, ya que la Ley y la doctrina reservan esa calidad a determinadas situaciones convencionales, en cuya formación siempre interviene el obligado, por lo que confirma la apelada.

La demanda ejecutiva es para el cobro de una letra girada a la vista y no para una liquidación de deudas.

El inciso primero del Artículo 673° del Código Procesal Civil, establece que se puede promover proceso ejecutivo en mérito a una letra de cambio, vale a la orden o pagaré, debidamente protestado según Ley.

Tratándose de un título ejecutivo permitido por la Ley, el Banco demandante no estaba obligado a presentar la documentación donde consta el origen de las obligaciones, de la tarjeta de crédito y de la cuenta corriente, pues se trata de una acción cambiaria y no causal”.

la demanda: [CAS. N° 2543-01](#) CONO NORTE del 14 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8384.

Asimismo, la CAS. N° 2927-2000 LIMA ²³⁴, interpretó los alcances del Art. 228° de la Ley N° 26702, señalando que la observación presentada a la comunicación remitida por el Banco demandante, requiere estar debidamente fundamentada, de acuerdo a los siguientes argumentos:

“Es menester determinar la finalidad de la observación a la carta notarial conteniendo el saldo deudor de la cuenta corriente, ya que se encuentra regulada por el artículo 228° de la Ley N° 26702.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el criterio establecido por esta misma Corte es que la observación denominada también reparo, consiste en la advertencia que se hace sobre una cosa, especialmente para señalar en ella una falta o defecto. Y que tratándose de la comunicación de los saldos deudores de cuentas, es necesario que el observante precise y describa con minuciosidad en qué consiste el error, defecto u omisión del saldo deudor que se le comunica, señalando las cantidades que correspondan, en su caso, al débito o al haber.

En autos obra a fojas 74, la carta notarial enviada por éste en el que se le comunica el cierre de su cuenta corriente, en la referida carta la co ejecutada formula observación al saldo deudor y solicita la sustentación documentada y saldos deudores que está observando.

Por consiguiente, la Sala de vista no ha incurrido en interpretación errónea del referido artículo 228° de la Ley N° 26702 cuando declara que conforme se desprende de la carta notarial de fojas 74, no se precisan ni se sustentan las observaciones que se formulan”.

Por último, el Art. 172° de la Ley N° 26702 ha consagrado la hipoteca llamada “sábana”, por la cual con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados –por uno o ambos cónyuges- en

²³⁴ [CAS. N° 2927-00](#) LIMA del 05 de noviembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 05 de noviembre del 2001, págs. 7978-7979. Este criterio no varía incluso si se alega que el título

hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario. Esta norma se complementa con lo estipulado por el Art. 175° inciso 1 de la misma Ley, por la cual se faculta a las empresas del sistema financiero a solicitar la venta –mediante proceso de ejecución de garantías se entiende- de los bienes que se les haya afectado en prenda o hipoteca, si el deudor dejara de pagar una o más cuotas en los plazos establecidos; norma que resulta más flexible que la establecida en el derecho común (el Art. 1323° CC establece que el incumplimiento de tres cuotas concede al acreedor este derecho).

La Corte Suprema de Justicia ha admitido este tipo de figuras incluso cuando el pagaré que contiene el monto total de la obligación puesto a cobro no haya sido suscrito por ambos cónyuges, pero sí la constitución de la garantía hipotecaria. En la práctica, esta presunción de pleno derecho importa que el inmueble sujeto a hipoteca por decisión de ambos cónyuges también responde sobre cualquier deuda privativa contraída por cualquiera de ellos, ya sea existente o futura, como puede apreciarse de la CAS. N° 850-2000 LAMBAYEQUE del 07 de julio del 2000 ²³⁵, que declaró nula la sentencia de vista e infundada la contradicción presentada por la cónyuge del que aceptó el pagaré por US \$ 13,825.03, por no haber sido suscrita por

(pagaré) es falso: [CAS. N° 133-01](#) LA LIBERTAD del 05 de octubre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8384.

²³⁵ CAS. N° 850-00 LAMBAYEQUE, publicada en la **SCEP** del 30 de octubre del 2000, págs. 6374-6375. En igual sentido, [CAS. N° 3440-00](#) LA LIBERTAD del 14 de marzo del 2001, publicada en la **SCEP** del 31 de julio del 2001, págs. 7447; [CAS. N° 3820-00](#) LA LIBERTAD del 02 de abril del 2001, publicada en la **SCEP** del 01 de octubre del 2001, págs. 7786-7787; [CAS. N° 1076-01](#) LA LIBERTAD del 18 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, págs. 8280-8281; y [CAS. N° 1558-01](#) LAMBAYEQUE del 28 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8286. Con el Decreto Ley N° 7159 no existía hipoteca “sábana”: [CAS. N° 1652-01](#) LIMA del 28 de setiembre del 2001, publicada en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8286. Algunos han pretendido huir de esta interpretación alegando que las letras aceptadas por el contrato de crédito hipotecario tienen la calidad de letras hipotecarias. Esto ha sido desestimado: [CAS. N° 2050-01](#) LIMA del 31 de octubre del 2001, publicado en la **SCEP** del 02 de febrero del 2002, pág. 8343.

ella. Los argumentos que planteó la Sala Civil Transitoria fueron los siguientes:

“Las instancias de mérito sostienen que el crédito otorgado por el Banco a favor de los demandados con la escritura pública de constitución de garantía de fojas 19, y ha tenido lugar bajo la modalidad de pagaré; que el pagaré de fojas 18, emitido el 20 de mayo de 1996, no aparece firmado por doña Geraldine Esperanza Elena Campodónico Vassallo; que de acuerdo con el artículo 1361° del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, constituyendo presunción *jure et de jure* que la forma que las partes convienen en adoptar anticipadamente y por escrito es requisito para la validez del acto, bajo sanción de nulidad; por lo que no habiéndose respetado la forma convenida por las partes para el perfeccionamiento del mutuo, éste resulta nulo conforme a lo previsto en el artículo 1411° del precitado Código.

Del mismo modo la Sala Civil admite que si bien el pagaré no ha sido suscrito por la causante [*quien presentó la contradicción fue su hijo sucesor*], si está firmado por el esposo y heredero Luis Alberto Lumbreras Barredo, así como que ambos gravaron el departamento de su propiedad para responder por cualquier obligación directa o indirecta, presente o futura que pudiera resultar a cargo del cliente y a favor del Banco sin reserva ni limitación alguna, conforme al artículo 175° de la Ley General de Instituciones Bancarias y de Seguros, Decreto Legislativo N° 770.

Estando a lo manifestado, la garantía fue constituida para responder por las obligaciones de ambos cónyuges y si bien como se anota el pagaré que sólo representa el saldo deudor de la obligación sino la escritura pública de constitución de garantía y éste título cumple con los requisitos que la ley exige para disponer su ejecución, tanto más si conforme al Artículo 175° del Decreto legislativo N° 770, recogido por el Artículo 172° de la Ley N° 26702, los bienes dados en hipoteca, a favor de una Empresa del Sistema Financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas o indirectas, asumidas para con ella y por quien las afecte en garantía o por el deudor,

salvo estipulación en contrario, que en el presente caso no sucede; que en consecuencia, no resulta de aplicación lo previsto por el Art. 1411° CC.

En este mismo orden de cosas, tampoco se puede perder de vista que fue voluntad de los esposos demandados, asumir plenamente sus obligaciones de crédito, aún en el supuesto que resultara perjudicado el pagaré por acción u omisión atribuida a Interbank según la cláusula tercera del contrato de fojas 19.”

26. Tratamiento del cónyuge empresario y del profesional

Corresponde ahora determinar si nuestro ordenamiento jurídico debe aceptar que el patrimonio social responda -y en qué medida- por deudas privativas originadas por la actividad mercantil o profesional del cónyuge deudor.

Una primera puntualización y corrección de nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a la conclusión que las concesiones que éste realiza, en aplicación de la Ley N° 26702, a un solo tipo de acreedor –las empresas del sistema financiero nacional- debieron ser construidas, con las limitaciones del caso, bajo un ámbito mayor; nos referimos para toda la legislación mercantil. Para ello, se debe partir reconociendo que las normas que regulan la actividad mercantil –dentro de las cuales se encuentra indudablemente las operaciones financieras- se desvincularon de las del derecho común, estableciendo reglas propias a la actividad de los comerciantes e inclusive una jurisdicción especial y privativa, con el objeto de flexibilizar sus reglas en obsequio del tráfico comercial, que se acentúa ahora más que nos encontramos en el entorno de una economía de mercado. Con lo cual no queremos dejar de lado las especiales consideraciones que deben tener los instrumentos financieros, sino señalar que no existe fundamentación alguna a partir de la cual se deba aceptar un trato discriminatorio frente al resto de acreedores.

Decimos ello, porque luego de la derogación expresa de los Arts. 6° al 12° del Código de Comercio por el inciso 2 de la primera disposición derogatoria del CPC, no queda duda que las normas excepcionales establecidas con relación al cónyuge comerciante pasaron a regularse nuevamente por el derecho común que actualmente los rige; de tal manera que sus acreedores deben esperar que se liquide la sociedad de gananciales para determinar la parte que le corresponde a éste del patrimonio social, ante la ausencia de bienes privativos del cónyuge deudor. A diferencia de ellos, los Bancos -como hemos podido apreciar en el acápite anterior- cuentan con mecanismos que les permiten la inmediata agresión del patrimonio social, otorgando en la práctica a las deudas privativas originadas del manejo de cuentas corrientes y otros instrumentos financieros las consideraciones de las deudas sociales, presumiéndose para ello la voluntad del cónyuge no interviniente u otorgando mérito ejecutivo a instrumentos financieros únicamente suscritos por el cónyuge deudor.

Esta singular desigualdad que ofrece nuestro ordenamiento jurídico se debió a que el legislador nacional al derogar los artículos mencionados del Código de Comercio –en nombre de la igualdad conyugal establecida por el Art. 2° inciso 2 de la Constitución de 1979- obvió establecer reglas que las sustituyan. Ante la necesidad de colmar este vacío para regular la actividad comercial del cónyuge deudor, existen dos modelos a seguir: el primero, el Código de Comercio español y el segundo, el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado.

Con relación al primero, es de destacar que nuestra legislación comercial ha seguido de cerca la legislación que respecto de la materia contiene el ordenamiento jurídico español. El primer Código de Comercio peruano promulgado en 1853 fue reflejo del Código de Comercio español de 1829 y nuestro actual Código de Comercio es a su vez reflejo del Código de Comercio español de 1885. Sin embargo, cuando se reformó este último Código, por Ley del 02 de mayo de 1975, en forma simultánea a su CC para

eliminar el requisito de la licencia marital (precisamente en sus Arts. 6° al 12°), a diferencia del ordenamiento jurídico nacional, se establecieron reglas actualmente vigentes que regulan la responsabilidad del patrimonio social respecto de las deudas contraídas por el cónyuge deudor cuando éste ejerce el comercio, de acuerdo a lo estipulado en la parte final del Art. 1365° CC español.

El esquema planteado por el Código de Comercio español actualmente es como sigue: el cónyuge comerciante responde por el ejercicio del comercio no sólo con su patrimonio privativo sino también con los adquiridos con las resultas de dicho ejercicio (que por cierto son parte del patrimonio social). Para que se responda con otros bienes sociales (es decir aquellas no procedentes del comercio del cónyuge comerciante) se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, los Arts. 7° y 8° flexibilizan este requisito, al presumir prestado este consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge no interviniente, así como cuando al contraer matrimonio se hallare el cónyuge deudor ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición de su consorte. También se puede responder con el patrimonio privativo del cónyuge del comerciante, pero siempre que lo manifieste expresamente (Art. 9°). Como mecanismo de protección frente a terceros y del cónyuge no interviniente, éste puede revocar su asentimiento expreso o presunto, para lo cual –al igual que en la oposición- deberá ello constar en la escritura pública inscrita en el Registro Mercantil (Arts. 10° y 11°). Esta regulación no obsta a los pactos en contrario que pudiesen establecerse mediante capitulaciones matrimoniales (permitidas expresamente en este ordenamiento jurídico) inscritas en el Registro Mercantil (Art. 12°).

Por su parte, el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado elaborado por la Comisión Especial encargada de elaborar el proyecto de Código de Comercio por mandato de la Ley N° 26595 del 20 de abril de

1996²³⁶, apunta a establecer un conjunto de normas generales aplicables a las personas naturales y jurídicas que realizan una actividad empresarial, respetando las normas específicas que establece la legislación especial (a manera de ejemplo, la Ley de Títulos Valores, la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Bancos, entre otros). Es importante señalar que a diferencia de nuestra actual regulación mercantil, el Anteproyecto propone superar la noción de comerciante y pasar a normar a la empresa, que se convierte en su nuevo eje y que es definida como una organización económica destinada a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios. En este contexto, el empresario es aquel titular de dicho negocio, es decir aquel que realiza actividad empresarial; presumiéndose esta condición cuando dicha persona, indistintamente, ejerce la actividad comercial de modo habitual, cuenta con una organización, efectúa publicidad de su actividad, tiene establecimiento abierto al público o solicita su reconocimiento como contribuyente.

Específicamente, con relación al cónyuge empresario bajo el régimen de sociedad de gananciales, el Art. 43° del Anteproyecto señala que ambos cónyuges pueden ejercer individualmente actividad empresarial. Para ello, se presume otorgado el asentimiento del otro cónyuge para tal actividad. En mérito a esta presunción legal, el cónyuge empresario está facultado para realizar todos los actos propios del giro del negocio. Aquí vale señalar una de las innovaciones de este Anteproyecto: el fondo empresarial, como el conjunto de elementos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o de la prestación de servicios; de tal manera que su inscripción confiere a su titular el beneficio de excusión frente a las pretensiones de sus acreedores derivadas de la actividad empresarial a que está afecto dicho fondo. Una vez agotado éste, pueden darse dos supuestos: que el cónyuge empresario haya

²³⁶ El Anteproyecto mencionado y su exposición de motivos (documento preliminar) pueden verse en: CONGRESO DE LA REPUBLICA: **Comisión de Reforma de Códigos.**

inscrito el fondo empresarial expresando su voluntad de limitar su responsabilidad al valor asignado al fondo empresarial que se registra o, en caso de no hacerlo, se entiende que el titular no ha limitado su responsabilidad. En este último caso, se responderá inicialmente con el patrimonio privativo del cónyuge empresario y en caso sean éstos insuficientes, responderán los bienes comunes.

Si el cónyuge que no realiza actividad empresarial fuese emplazado para responder por las deudas empresariales, podrá oponerse a tal pretensión, indicando los bienes del otro cónyuge que pueden responder por tales deudas (beneficio de excusión por la existencia de bienes propios). Asimismo, el cónyuge no interviniente puede revocar expresamente su consentimiento para que el otro realice actividad empresarial, la misma que se tramitará como proceso sumarísimo, cuya resolución judicial será inscrita en el Registro Mercantil (Art. 45° del Anteproyecto).

Mención aparte merece la empresa individual de responsabilidad limitada, actualmente regulada por el Decreto Ley N° 21621 (modificada por las Leyes N° 26312 y 27075) y que en el Anteproyecto aparece en sus Arts. 52° al 65°, como una persona jurídica distinta de su titular, que responde con su patrimonio propio, al cual se le puede aportar bienes comunes (con el asentimiento de ambos cónyuges). En este supuesto, estos bienes responderán directamente por las deudas realizadas por el empresario titular de la empresa individual de responsabilidad limitada.

Frente a estas opciones, aún cuando ambas propuestas presentan similitudes, consideramos que nuestra legislación nacional debe romper con la ligazón que lo une al ordenamiento jurídico español y optar por el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, que ofrece reglas claras y

Legislatura 1998-1999, , Tomo I: Función Legislativa, Lima, s/ed., 1999, 2da. ed., págs. 35-89.

acordes con la actividad mercantil del cónyuge deudor ²³⁷, facilitando el tráfico comercial, a partir de la publicidad que ofrece el Registro Mercantil a favor de terceros, quienes sabrán con certeza con qué patrimonio responde el cónyuge empresario por las deudas derivadas de su actividad empresarial. A lo cual, sólo proponemos una modificación referida a la constitución del fondo empresarial; al respecto, consideramos que para incluir dentro de este fondo bienes sociales o en general al patrimonio social, debe requerirse el asentimiento conjunto de ambos cónyuges, otorgando la posibilidad al cónyuge no comerciante de revocar su decisión; en ambos casos, estos actos deben inscribirse en el Registro Mercantil y no perjudicarán los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Decimos eso, porque la salida señalada por el Art. 45° del Anteproyecto implica la revocación del consentimiento para que el otro no ejerza actividad empresarial, lo que requiere de una acción judicial y la presentación y acreditación de motivos que resulten atendibles.

Con relación al segundo tema del presente acápite, ARATA ²³⁸ critica que nuestro ordenamiento jurídico civil no haya considerado, como sí lo hace el inciso 2 del Art. 1365° CC español, la posibilidad de agredir directamente el patrimonio social por deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio. Para ello, argumenta lo siguiente:

“Creemos que disposiciones como las antes indicadas [se refiere no sólo al Art. 1365° sino también al 1373° del CC español] rescatan en favor de los cónyuges tanto su condición de sujetos de crédito como el libre ejercicio de sus actividades económicas y consiguientemente su derecho al libre desarrollo de su personalidad. En efecto, en países como el nuestro en que el patrimonio privativo de los cónyuges no suele ser significativo y que por las

²³⁷ La regla del Código de Comercio español por la cual responden de todas maneras por los bienes del cónyuge comerciante los bienes sociales producto del ejercicio del comercio es de difícil probanza en la práctica.

²³⁸ ARATA SOLIS, Rómulo Moisés: ob. cit. nota 162, págs. 197-216.

necesidades económicas resulta siendo absorbido por el patrimonio común, resulta evidente que si éste no responde ni siquiera subsidiariamente por las obligaciones que aquéllos asuman en ejercicio de la capacidad que la ley les reconoce, éstos terminan colocados en la disyuntiva siguiente: o pierden parte de su libertad y se ven precisados a contar con el asentimiento de su cónyuge incluso para el ejercicio de sus actividades económicas o aceptan dejar de ser sujetos de crédito para un mercado que exige la acreditación de bienes que eventualmente puedan respaldar el cumplimiento de las obligaciones asumidas

(...)

Creemos que la sociedad de gananciales se adecuaría a nuestro tiempo si por lo menos se estableciera dentro del catálogo de deudas aquéllas por las que pueden responder subsidiariamente los bienes comunes a las derivadas de la actividad económica desarrollada por cada cónyuge, ya que así se preservaría el libre ejercicio de su capacidad jurídica y de sus libertades económicas, y se resguardaría la eficiencia de las relaciones económicas en las que ellos se involucren, lo que resulta equitativo si se tiene en cuenta que conforme a nuestro derecho, los bienes adquiridos con el producto de tales relaciones tienen la condición de comunes”.

La propuesta resulta discutible, en comparación con la anterior referida al cónyuge empresario y que por lo tanto se encuentra bajo el ámbito del Derecho Mercantil, ya que en este caso aludimos a aquellas deudas privativas contraídas por uno de los cónyuges en ejercicio de su actividad profesional (en la cual incluimos por igual razón, a aquellas actividades derivadas del ejercicio del oficio o arte) que no representen actividades empresariales. Por lo que ligando ambas propuestas, la posibilidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico una regla como la contenida en el Art. 1365° CC español se circunscribe al ejercicio de la profesión, arte u oficio como dependiente de un negocio ²³⁹.

²³⁹ Nótese que el Código de Comercio español, en su Art. 1365°, alude al cónyuge “comerciante”, condición que difiere y ha sido superado por el de empresario, al que hace mención el Anteproyecto de Ley Marco del empresariado.

LACRUZ ²⁴⁰ justifica la razonabilidad de esta regla señalando que viene a ser la contrapartida de la condición de bienes comunes que tienen los ingresos profesionales de cualquier clase y que de no ser así, el cónyuge profesional podría encontrar dificultades en el desarrollo de su actividad, al quedar restringida su solvencia frente a sus posibles acreedores; sin embargo, realiza importantes acotaciones respecto de cómo debe entenderse el “ejercicio ordinario” en el contexto de dicha norma:

“Más la normativa actual se muestra menos generosa en cuanto a la posibilidad de comprometer cada cónyuge el patrimonio del colectivo, sí se la compara con la anterior [se refiere a la anterior legislación española que otorgaba únicamente al marido la licencia para ejercer su profesión] y su absoluto ‘voto de confianza’ al marido y sus acreedores. Ahora tendrán estos que demostrar que la deuda de su cocontratante casado nació en el curso del ejercicio ordinario de la profesión o empresa, y no es gasto fuera de lo normal, corriente y ordinario.

(...)

La apelación ‘ejercicio ordinario’ resulta de todas formas equívoca. Para la práctica profesional, hubiera sido preferible el uso del adjetivo regular. El problema gira en torno a la naturaleza profesional del gasto que origina la deuda, a su adecuación, con idéntico parámetro de valoración del que se sirve el artículo 1346-8° Cc. para medir la necesidad de los instrumentos profesionales. Puede decirse con Jiménez Duart que todos los gastos profesionales son gastos del consorcio, salvo que generen un incremento del patrimonio privativo del profesional que sobrepase el nivel a que el precepto aludido se refiere”.

Con estas atinencias e interpretando en sus justos alcances el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, como aquellos gastos regulares derivados de dicha actividad, consideramos que la propuesta

²⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos del Derecho Civil, Tomo IV: Derecho de Familia*, Volumen I, Barcelona, Ed. Bosch, 1997, pág. 302.

resulta admisible, mucho más si se tiene en cuenta que una constante práctica ha ido formando esta regla en norma, a pesar de no estar enumerada dentro de los supuestos de carga establecidos por el Art. 316° CC. Así no es raro que los profesionales dependientes para el ejercicio de su actividad, aunque se encuentran bajo el régimen de sociedad de gananciales, contraigan obligaciones regulares, como pueden ser aquella bibliografía mínima que requiere un abogado para el desempeño de su cargo en una empresa, o con igual razón, una calculadora científica para un ingeniero dependiente de la misma. No lo serán, sin embargo, aquellas deudas que no guarden proporción con la actividad profesional, tengan precios elevados o se utilicen para fines diversos; así como tampoco aquellas deudas derivadas de responsabilidad extracontractual o del incumplimiento de obligaciones contractuales, por no ser ordinarias de su actividad.

En todo caso, el Art. 293° CC permite a cada cónyuge ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, con el asentimiento expreso o tácito de su consorte, señalando que si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia. La poca utilización de esta regla obliga a su modificación; de tal manera que si uno de los cónyuges no desea que su consorte ejerza su actividad profesional debe requerir al órgano jurisdiccional que éste lo deniegue, para lo cual deberá probar los motivos que fundamenten su petición.

c) Los mecanismos compensatorios

27. Una nueva aplicación de la Teoría del reembolso

Como explicáramos en el capítulo referido a los actos de disposición arbitraria del patrimonio social (véase acápite 16, págs. 129-139), existen casos en los que el patrimonio común se acrecienta a expensas de bienes propios o el patrimonio privativo de uno de los cónyuges se enriquece con bienes del haber social. Estos supuestos originan el empobrecimiento de una masa y el correlativo enriquecimiento de otra; por lo que se hace necesario mantener su equilibrio mediante la aplicación de la Teoría del reembolso.

En el ámbito de los actos puramente obligatorios esta situación de desequilibrio se produce cuando la legislación permite a favor del tercero acreedor presumir el asentimiento del cónyuge no interviniente, tal como lo hace el Art. 227° de la Ley N° 26702 y por lo tanto la directa agresión del patrimonio común, como si se tratase de una deuda social, aún cuando ha sido contraída en solitario por uno de los cónyuges. Asimismo, en aquellos supuestos en los cuales el cónyuge no interviniente asiente voluntariamente que la deuda privativa de su consorte sea respondida por el patrimonio social, con cargo a la posterior restitución a favor del patrimonio social o, de prosperar nuestra propuesta, si se admitiese la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas derivadas de la actividad profesional o empresarial del cónyuge deudor.

De esta manera se produce una situación artificial de equilibrio contable: en el activo del patrimonio social se efectúa la sustitución de una partida –los bienes con los que se ha abonado la deuda privativa- por otra –derecho de crédito contra el cónyuge deudor-. Es decir el patrimonio común neto permanece inalterado tras la agresión del tercero acreedor.

Esto se explica diferenciando la responsabilidad frente a terceros, que se ocupa de absolver el siguiente interrogante: ¿sobre qué bienes puede perseguir el tercero acreedor el cobro de su crédito?, de la responsabilidad interna entre los cónyuges y que pretende dar respuesta a la pregunta: ¿qué bienes deben resultar definitivamente disminuidos por el pago de la deuda?.

En la mayoría de casos estos dos conceptos coinciden, verbigracia, cuando las deudas sociales son respondidas con bienes sociales o las deudas privativas con el patrimonio privativo del cónyuge deudor (y la parte que le corresponderá de gananciales luego de la liquidación de la sociedad), supuestos en los cuales no habrá lugar a recompensa; en cambio, no existirá esta concordancia, cuando se sufragan deudas sociales con el patrimonio privativo de uno solo de los cónyuges o deudas privativas con cargo al patrimonio social, en cuyo caso el desembolso efectuado por una masa patrimonial debe ser reintegrado por otra masa distinta, por corresponder a ésta el cargo definitivo.

Así, en el caso de las deudas contraídas por uno de los cónyuges y canceladas con el patrimonio social, el cónyuge no interviniente tiene derecho a que se reembolse las sumas utilizadas de este fondo.

Estos reembolsos, reiteramos, no han sido regulados orgánicamente por nuestro CC, ni siquiera en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. En efecto, los Arts. 320° y 322° CC señalan que fenecido este régimen patrimonial, se procederá de inmediato a la formación de inventario valorizado de todos los bienes, el cual se puede realizar mediante documento con firmas legalizadas (si existe acuerdo entre los cónyuges o sus herederos) o mediante su protocolización una vez finalizado el proceso no contencioso, ya sea en la vía judicial (Arts. 749° inciso 1 y 763° al 768° CPC) o notarial (Arts. 1° inciso 4 y 29° al 34° de la Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos). Luego se pagan las

obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren.

Por lo que justificada por nosotros la necesidad que nuestro ordenamiento jurídico regule expresamente los supuestos en los cuales debe operar este reembolso (tanto en el ámbito de los actos de disposición arbitraria del patrimonio social como de aquellos actos puramente obligatorios contraídos por uno solo de los cónyuges), a favor del patrimonio común de los cónyuges como del patrimonio privativo de uno de ellos, nos queda únicamente profundizar cómo superar las deficiencias de las actuales propuestas contenidas en los Arts. 311°-A y 322° del Proyecto presentado a la Comisión de la Reforma del CC de 1984 del Congreso Constituyente Democrático, que luego fueron refundidas dentro del Proyecto que elaboró la Comisión Reformadora de Códigos del Congreso de la República, y que se limitan a admitir el reembolso en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, mediante el reintegro del bien con su valor actualizado al tiempo de la liquidación.

Con relación a los reembolsos a favor del patrimonio social por deudas privativas, surgen dos interrogantes: el primero, ¿debe necesariamente hacerse efectivo el reembolso al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales o también puede hacerse durante la vigencia de este régimen patrimonial del matrimonio? y el segundo, ¿se pueden agregar intereses al monto actualizado de la deuda sufragada por el patrimonio social?.

La mayoría de la legislación comparada ha resuelto la primera de estas preguntas afirmando que el reembolso debe realizarse en la oportunidad que se liquide el régimen de sociedad de gananciales ²⁴¹; sin embargo, tampoco

²⁴¹ Así lo han establecido los siguientes Códigos:

CC chileno

prohíben que durante la vigencia de este régimen patrimonial se pueda compeler al cónyuge deudor para que opere esta restitución mediante el aporte de sus bienes privativos a favor del patrimonio social. Por nuestra parte, consideramos que éste viene a ser un primer error de la propuesta, al limitar la posibilidad del reembolso únicamente al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

MARTINEZ-CALCERRADA ²⁴² haciendo un balance de ambas posiciones en el ordenamiento jurídico español, abunda en criterios respecto de la oportunidad del reembolso:

“¿Cuándo puede el cónyuge o la sociedad, en su caso, hacer efectivo su derecho a reembolso, a seguido del desplazamiento, o tras la disolución de la

Art. 1769°.- Se acumulará imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización, según las reglas arriba dadas.

CC alemán

Art. 1539°.- Siempre que el patrimonio aportado de un cónyuge esté enriquecido a costa del patrimonio común, o el patrimonio común a costa del patrimonio aportado de un cónyuge, al tiempo de la terminación de la comunidad de ganancias, debe prestarse indemnización a costa del patrimonio enriquecido al otro patrimonio. Quedan intactas más amplias pretensiones que descansen en motivos especiales.

CC italiano

Art. 192°.- Reembolsos y restituciones.

(...)

Los reembolsos y las restituciones se efectúan al momento de la disolución de la comunidad; sin embargo, el Juez puede autorizarlos en momento anterior, si el interés de la familia lo exige o lo consiente.

(...).

CC español

Art. 1403°.- Pagadas las deudas y cargas de las sociedades abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad.

²⁴² MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis en SIERRA GIL DE LA CUEVA, Ignacio y otros: *Comentario del Código Civil*, T. 7, Barcelona, Bosch, 2000, págs. 117-118. Por su parte, MARTINEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: ob. cit. nota 144, págs. 113-117, considera de enorme importancia este punto, puesto que de admitirse que el cónyuge no interviniente pueda reclamar el valor de la deuda privativa cancelada con fondos sociales, antes de que acontezca la liquidación de la sociedad de gananciales: crecerá el número o valor de bienes sociales que pueden ser administrados por ambos cónyuges y aumentará la cantidad de estos bienes que pueden ser agredidos por los acreedores.

sociedad?. Se dijo en línea de principio que, por lo general, la naturaleza del consorcio conyugal, propiciaba la existencia del tracto temporal, entre el ‘dies a quo’ –día de la aportación- y el ‘dies ad quem’ o día de la exigibilidad, y, por ende, parece que no cabía el automatismo o la inmediatez para exigir el reembolso tras la aportación. El Código sólo en el artículo 1358 habla ‘al tiempo de la liquidación’, y es en el 1359 –como se comprobará- en donde, dentro del campo de la mejora de la gestión, cuando se aclara ‘... al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado’, sin que haya otras reglas para los demás supuestos; por el primer artículo ese momento liquidatorio’ parece referirse al de la sociedad, y no al de la efectividad del derecho –y así luego encuentra su aplicación en el Artículo 1403, como se verá-, mientras que por el 2° está claro que la exigibilidad es cuando se produzca la disolución social o enajenación del bien mejorado. En principio, podía opinarse que salvo los supuestos del artículo 1359 y del 1360, con regla propia, los demás seguirán el cauce de la general del 1358, y en consecuencia, entender para los casos restantes, que el ‘momento liquidatorio no coincida a seguido de la aportación y que ello resulte explicable en la práctica: la mayoría de las veces se aportaron caudales de signo contrario, porque la masa beneficiada no disponía de los mismos y tardará en disponerlos. En definitiva, no distinguiendo la ley, ése sería el criterio adoptado con las reservas consustanciales de la vida conyugal y posición afectiva de los cónyuges –en caso de ruptura o desarmonía, por desgracia habría que viabilizar una acción instantánea ejercitando previamente la disolución de la sociedad vía 1392-4-, aunque, en lo posible, de elemental prudencia resulta que cuantos casos lo permitan juegue por analogía la postergación o diferimiento de la exigencia del reembolso en los términos expuestos por el Art. 1358 por el fenómeno natural de confusión de personas y bienes presente en una vida matrimonial normalizada”.

Respecto del segundo de los interrogantes, la legislación comparada también opina que por tratarse de una deuda de valor no opera el pago de intereses adicionales; lo cual concuerda con la posición asumida por los Arts. 1234° y 1236° CC, que acogen respectivamente la teoría nominalista y valorista en el pago de las obligaciones en el ordenamiento jurídico nacional.

Aquí cabe resaltar que la legislación comparada opta por considerar al reembolso como una deuda de valor, en razón que con ello, se pretende incentivar a los cónyuges para que estos temas sean resueltos en la oportunidad en que se liquide la sociedad de gananciales y no antes, para hacer prevalecer la armonía conyugal durante la vigencia de este régimen patrimonial, sin el peligro de que la deuda se desactualice por el decurso del tiempo. Así, tratándose de una deuda de valor, la prestación se actualiza mediante índices de reajuste con el valor que tenga al día de pago (ya sea al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales o antes) y por lo tanto, no opera el pago de intereses adicionales, por no tratarse de una deuda nominal.

Ahora bien, si la deuda privativa fue cancelada como consecuencia de la ejecución forzada de bienes sociales embargados, no debe tomarse en cuenta el valor con el que se haya adjudicado tales bienes el postor ganador en el remate, precio que normalmente es muy inferior a su valor real, sino el importe que resulta de la valoración de los bienes, pericialmente efectuado en el proceso de ejecución, etapa procesal que debe utilizar el cónyuge deudor para una más exacta valoración de los bienes embargados. En todo caso, consideramos que el cónyuge no interviniente se encuentra legitimado por propio derecho para realizar idénticas acciones en dicho proceso judicial.

En cambio, cuando la cancelación de la deuda privativa se realizó voluntariamente con dinero común o con bienes sociales dados en pago, se tendrá en cuenta la suma abonada o el valor de tales bienes entregados, en cuyo caso deberá ser actualizado en el momento de la liquidación mediante índices de reajuste (sólo a manera de ejemplo, el Índice de Precios al Consumidor, el dólar americano, la remuneración mínima vital, entre otros).

Queda un último aspecto por definir: ¿qué nivel de prelación deben poseer los reembolsos frente a las deudas sociales o privativas en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales?. En este punto

también yerra la propuesta legislativa comentada, ya que en ésta se considera a los reembolsos en un nivel inferior que las deudas sociales o privativas. A nuestro parecer, el orden que debe seguirse en este procedimiento de liquidación es el siguiente: en primer orden, las cargas sociales (enumeradas en el Art. 316° CC); y en segundo orden, las deudas sociales (contraídas por ambos cónyuges) y las recompensas. Luego de estos pagos, se procederá al reintegro de los bienes propios y a la entrega por mitad de los bienes remanentes, que tienen la calidad de gananciales a favor de cada cónyuge. De tal manera que con la cuota de gananciales que corresponde al cónyuge deudor se responderá por las deudas privativas contraídas por él y que aún no han sido satisfechas.

Concuerda con esta apreciación, LACRUZ ²⁴³ al criticar acertadamente el Art. 1403° CC español, que ha servido de base a la propuesta, comparándolo con el régimen anterior a la reforma gobernado por la autoridad marital:

“Obedece esta norma, manifiestamente, a un errado mimetismo con la que en el régimen anterior, en tema de liquidación de la comunidad y tras la restitución de la dote y los parafernales de la mujer, establecía que ‘pagadas las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad, se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde alcance el caudal inventariado’ (antiguo art. 1423). Esta vieja norma era coherente con la situación de omnipotencia de un marido gestor del fondo común que, salvo la potestad doméstica de la mujer, era el único facultado para endeudarle, hasta el punto de que, en principio, todas sus obligaciones eran sociales y correlativamente, todas las obligaciones sociales, sin excepción, eran también suyas. No sólo era natural, sino inevitable, que los acreedores del consorcio, que también lo eran suyos, cobrasen primero del caudal en liquidación, pues él era deudor personal de todo lo que cobraban, forzado a pagarles, y por tanto sin posibilidad de impedir que antepusieran sus créditos. Al poder omnímodo del marido en la administración y disposición de los gananciales correspondía una

responsabilidad de igual alcance: aquél, capitán del barco ganancial, sería el último en abandonarlo. Nada más justo.

Nada menos justo y racional, en cambio, que el actual precepto, que reduce a ambos cónyuges -ahora, los dos a la vez capitanes de la nave- al antiguo nivel de prelación del marido, cuando su posición en el actual consorcio es muy distinta: ni son responsables únicos y exclusivos de su administración, ni, sobre todo, son personales deudores de todas las deudas comunes. No hay razón, entonces, para preferir los recobros de cada esposo de una manera general, frente a unos acreedores del consorcio que pueden serlo por deudas del otro cónyuge.

Se comprende que, en un sistema de igualdad legal de sexos, se haya hecho desaparecer a la dote con sus privilegios. Pero lo incomprensible en absoluto es hacer al crédito uxorio de peor condición que los créditos ordinarios de terceros que contratan con el marido: que la mujer no pueda concurrir con tales acreedores para cobrar lo que el consorcio le adeuda.”

28. ¿Qué otros mecanismos podría utilizar el tercero acreedor?

Las posibilidades que el tercero acreedor poseía para la satisfacción de sus acreencias resultaron más favorables en los Códigos pasados que en el actual. Bajo la autoridad marital, el Art. 973° CC de 1852 señalaba que la sociedad conyugal era responsable por las deudas contraídas durante su vigencia; en cambio, las deudas anteriores al matrimonio debían ser canceladas con los bienes del que las contrajo (Art. 194° CC de 1936). Siendo el marido el administrador de esta sociedad, era él, el único que podía desencadenar la responsabilidad del patrimonio social por las deudas contraídas durante el matrimonio, salvo aquellas deudas derivadas del ejercicio público del comercio (Art. 972° CC de 1852). En todo caso, la mujer siempre contó con instrumentos que atenuaban la severidad de esta regla y

²⁴³ LACRUZ BERDEJO, José Luis: ob. cit. nota 240, págs. 322-323.

que se hacían valer al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Por tal razón, el marido respondía con sus bienes propios por las deudas privativas, ante el agotamiento del patrimonio común, quedando a salvo los bienes propios de la mujer (dote, arras, bienes parafernales y bienes subrogados por éstos) y que eran cancelados en primer orden frente al patrimonio privativo de su consorte constituido mediante escritura pública.

Con fórmula similar, los Arts. 161° y 168° CC de 1936 otorgaron la dirección y representación de la sociedad conyugal al marido, salvo para aquellos actos derivados de las necesidades ordinarias del hogar, ámbito dentro del cual podían actuar indistintamente cualquiera de los cónyuges. La mujer no podía obligar a los bienes comunes, sino dentro de estos límites (Art. 190° CC de 1936). Las deudas privativas del marido eran respondidas por el haber social. El patrimonio privativo de la mujer no respondía por este tipo de deudas, salvo que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia (Art. 197° CC de 1936). Igualmente, para compensar este desequilibrio, en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, los bienes propios de la mujer eran pagados inmediatamente después de aprobado el inventario, y luego, en este orden: las cargas y obligaciones de la sociedad y, por último, el capital del marido (Art. 201° CC de 1936).

En la legislación comparada, existen otros sistemas que colocando en igualdad a ambos cónyuges, permiten en mayor o menor medida que los bienes que conforman el patrimonio social respondan por deudas privativas.

Existe un primer grupo de ordenamientos jurídicos que postulan la comunicación total o de parte del patrimonio social (que sean producto de su actividad) al mismo tiempo que los bienes privativos del cónyuge deudor. Entre ellos, el Art. 1413° CC francés (modificado por Ley de 23 de diciembre de 1985) ha establecido como regla que las deudas privativas pueden ser respondidas por el haber común, con la sola limitación que no exista fraude del cónyuge deudor y mala fe del acreedor, dejando a salvo la recompensa a

favor de la comunidad ²⁴⁴. Mientras que el Art. 1696° CC portugués comienza señalando que las deudas privativas serán respondidas por el patrimonio privativo del cónyuge deudor y subsidiariamente, por la parte que le correspondería de los bienes comunes -lo cual requiere la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio-; para luego admitir que dichas deudas sean respondidas al mismo tiempo con otros bienes que tienen la condición de sociales, como son el producto de su trabajo y sus derechos de autor ²⁴⁵.

²⁴⁴ **CC Francés.**

Art. 1412°.- Se debe recompensa a la comunidad que ha satisfecho la deuda personal de un esposo.

Art. 1413°.- El pago de las deudas a que cada esposo se halla obligado, por cualquier causa que sea, durante la comunidad, puede siempre perseguirse sobre los bienes comunes, mientras no exista fraude del esposo deudor y mala fe del acreedor, y salvo la recompensa debida a la comunidad si ha lugar.

Siguen este modelo:

CC Chileno:

Art. 1740.- La sociedad es obligada al pago:

(...)

3. De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello; (...).

CC Puerto Rico:

Art. 1308.- Obligaciones de la sociedad de gananciales.

Serán de cargo de la sociedad de gananciales:

1. Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges.

(...).

²⁴⁵ **CC Portugués.**

Art. 1696 (Bienes que responden por las deudas de la exclusiva responsabilidad de uno de los cónyuges).

1. Por las deudas de la exclusiva responsabilidad de uno de los cónyuges responden sus bienes propios y, subsidiariamente, su parte en los bienes comunes; en este caso, sin embargo, el cumplimiento sólo es exigible después de disuelto, declarado nulo o anulado el matrimonio o después de decretada la separación judicial de personas y bienes o la simple separación judicial de bienes.
2. Responden, entretanto, al mismo tiempo que los bienes propios del cónyuge deudor:
 - a) Los bienes aportados por él al hogar o posteriormente adquiridos a título gratuito, así como los correspondientes rendimientos.
 - b) El producto del trabajo y los derechos de autor del cónyuge deudor.
 - c) Los bienes subrogados en lugar de los citados en el apartado a).
3. No habrá lugar a la espera establecida en el número 1 si la responsabilidad privativa de la deuda cuyo cumplimiento se pretende exigir resulta de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 1692.

De otro lado, existen otras legislaciones que admiten la agresión del patrimonio social en forma subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge deudor, pero limitada a su cuota que le corresponde a éste: la mitad de los bienes sociales. En esta línea, el CC italiano ha establecido como regla, en sus Arts. 189° y 192°, que las deudas privativas del cónyuge deudor –incluso aquellas contraídas antes del matrimonio– serán respondidas, ante la insuficiencia de su patrimonio privativo, con el valor de la parte que le corresponde del patrimonio social; supuesto en el cual opera el reembolso ²⁴⁶.

Las legislaciones antes reseñadas protegen abiertamente al tercero (y por cierto al tráfico comercial), pero a su vez, desalientan la armonía conyugal, legitimando la responsabilidad directa del patrimonio social por la actuación individual de cualquiera de los cónyuges fuera del ámbito de la gestión ordinaria de dicho patrimonio (potestad doméstica) –supuestos establecidos por el Art. 316° CC– y con posible perjuicio de los acreedores consorciales (por deudas sociales y cargas), si con este procedimiento se produce la insolvencia del patrimonio social en preterición de estos últimos.

En este último grupo, aunque con algunas variantes se ubica el Art. 1373° CC español; ordenamiento jurídico que por su cercanía a la nuestra merece ser analizada con especial atención. Comencemos señalando que

²⁴⁶ **CC italiano.**

Art. 189.- Obligaciones contraídas separadamente por los cónyuges.- Los bienes de la comunidad, hasta el valor correspondiente a la parte del cónyuge obligado, responden, cuando los acreedores no pueden cobrarse sobre los bienes personales, de las obligaciones contraídas después del matrimonio, por uno de los cónyuges en el cumplimiento de actos que exceden de la administración ordinaria sin el necesario consentimiento del otro. Los acreedores particulares de uno de los cónyuges, incluso cuando el crédito se originó antes del matrimonio, podrán cobrarse subsidiariamente sobre bienes de la comunidad, hasta el valor correspondiente a la parte del cónyuge obligado. A estos, si son quirografarios, son preferidos los acreedores de la comunidad.

Art. 192.- Reembolsos y restituciones.- Cada uno de los cónyuges está obligado a reembolsar a la comunidad (...) el valor de los bienes a los que se refiere el Art. 189, a menos que, tratándose de un acto de administración extraordinaria por él realizado, demuestre que el acto fue ventajoso para la comunidad o haya cubierto una necesidad de la familia.

esta norma admite que los bienes comunes sean embargados por los acreedores personales de un cónyuge que tengan contra él un título ejecutivo y le demanden en el proceso judicial correspondiente. Este embargo sólo puede realizarse una vez hecha excusión del patrimonio personal del deudor y no deberá pasar del valor de la mitad de la liquidación de la masa ganancial. De tal manera que el acreedor deberá probar la inexistencia o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor, o de lo contrario, el cónyuge no interviniente podrá pedir que se levante la traba por el exceso. Una vez solicitado el embargo de bienes sociales, deberá notificarse al cónyuge no interviniente, dándole un plazo para que ejercite cualquiera de las siguientes opciones: (i) podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en el patrimonio social, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de la sociedad conyugal (y por supuesto su liquidación) y su cambio al régimen de separación de patrimonios; o, (ii) omitir pedir la sustitución antes señalada dentro del plazo establecido por el órgano jurisdiccional, entonces se realizará la ejecución sobre bienes comunes y se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo que los abone con otros caudales propios o en la oportunidad de liquidación de la sociedad conyugal ²⁴⁷.

LACRUZ, comentando este ordenamiento jurídico, critica esta norma:

²⁴⁷ **CC español.**

Art. 1373.- Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueren suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de los bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes se reputará que el cónyuge tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal.

Art. 1374.- Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales.

“Como ha puesto de manifiesto RAGEL, el Artículo 1373 protege insuficientemente al cónyuge no deudor; genera un mecanismo complejo, que no tiene el suficiente apoyo en las legislaciones procesal y registral, de primerísima importancia en esta materia; no protege en absoluto a los acreedores por deudas consorciales, que son por declaración normativa preferentes sobre estos concretos bienes; y, por último, desprotege al cónyuge deudor, pues debe someterse en todo caso a la decisión de su consorte, bien es verdad si encuentra vía adecuada para intervenir en el litigio.

Además de lo anterior, el mecanismo pensado en defensa del cónyuge no deudor pasa por una innecesaria (probablemente para él perjudicial) disolución de la sociedad de gananciales, que es tratada respecto de este cónyuge como un patrimonio separado sin cuotas, ni tan siquiera de valor en la práctica, cuando desde la perspectiva del acreedor, por deudas privativas, aunque se configure como una masa de bienes subsidiaria, no está considerada como tal patrimonio separado, es decir, afecto a unos fines entre los que no caben la ampliación del crédito privativo que debería merecer su deudor.”²⁴⁸

Por su parte, MARTINEZ-CALCERRADA²⁴⁹ agrega:

“En juicio de valor, nos parece que tanto por las dificultades procedimentales apuntadas, por la situación de pendencia de un embargo, de parte gananciales hasta que se determinen los bienes adjudicados, y sobre todo, por el riesgo de que la medida disolutoria de la sociedad, a veces, no podrá provenir de impagos de deudas de escasa cuantía por el cónyuge insolvente si su consorte aprovecha la ocasión para exigir la disolución, la sanción del artículo 1373 es excesivamente desmesurada y hasta conculcadora de la natural permanencia del consorcio ganancial, y por ende, en apariencia, tuteladora en demasía del crédito del tercero, que, en realidad, tampoco, salvo por la vía deletérea de la amenaza, le va a reportar un inmediato efecto

²⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis: ob. cit. nota 240, págs. 320-321.

satisfactivo; hubiera sido más prudente, incluso ante la contingencia de pago y excusión, que la sociedad adelantara el pago del débito y se generase, en consecuencia, un derecho de reembolso a favor de la misma cuando se disolviera por los casos o causas normales.

(...)

En definitiva –y parece como si el nuevo legislador actuase al adoptar esa medida por algún caso insólito en que la conducta deudora personal del cónyuge pudiera arriesgar gravemente el patrimonio del consorte-, la fórmula adoptada, sin distinguir cuantías de las deudas o cualquier otro juicio de reprobabilidad en la conducta del deudor (es más, hasta podía ocurrir que frente a ese tercero acreedor, el cónyuge deudor litigase para discutir la deuda o aminorar su cuantía beneficiándose así la misma sociedad, y, entonces, se produciría el contrasentido de que los gastos del litigio se sufragarían por la sociedad –artículo 1318, 3- y, no obstante, ese mismo pleito al final, si lo pierde el deudor, sería el portillo de que se disolviera ésta, en cuyo provecho ha litigado) y el automatismo de la disolución después del embargo, deben censurarse: o de, en todo caso, que la sociedad anticipara el pago del débito con el consiguiente derecho de reembolso al liquidarse la sociedad, o cuando menos, que sólo en situaciones de extrema gravedad, provocada por deudas propias que entrañan fraude, daño o peligro por los derechos del otro cónyuge – por analogía del Art. 1393-2°- apreciadas por el juez, se pudiera por esta vía obtener la disolución total”.

Alguna similitud presenta el Art. 1373° CC español con la solución propuesta por el ordenamiento jurídico nacional, que en resumen de lo anteriormente expuesto (véase acápites 19 al 22, págs. 160-201), admite a favor del tercero acreedor el embargo del patrimonio social por deudas privativas hasta el monto de su cuota (50% del patrimonio social) mas no su ejecución mediante remate o adjudicación. Por supuesto, en cualquier momento, el cónyuge no interviniente puede consentir la agresión del patrimonio social, en forma expresa o simplemente no ejerciendo acción

²⁴⁹ MARTINEZ CALCERRADA, Luis: ob. cit. nota 242, págs. 154-155.

alguna. En este aspecto justamente radica la similitud con el ordenamiento jurídico español, a lo cual sólo debe agregarse que en este caso, opera el reembolso por el valor del bien que fue agredido por efecto de la deuda privativa contraída por el cónyuge deudor.

La diferencia, en cambio, se presenta cuando el cónyuge no interviniente no asiente la agresión del patrimonio social, mediante tercería de propiedad. Entonces, la posibilidad de agresión del patrimonio social por parte del tercero acreedor se encuentra supeditada a la determinación de los gananciales del cónyuge deudor como resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales. Para ello y salvo que se produzcan las causales de fenecimiento de este régimen patrimonial (Art. 318° CC), al tercero acreedor le queda como opción, solicitar la insolvencia del cónyuge deudor, ya sea reuniendo los requisitos que establece la legislación concursal o logrando la aplicación del apercibimiento del Art. 703° CPC, luego de finalizado el proceso ejecutivo correspondiente.

Por supuesto, en adición al mecanismo antes señalado, el tercero acreedor puede utilizar mecanismos que tengan por objeto conservar o lograr la solvencia del patrimonio del cónyuge deudor, que constituye el soporte o base de su garantía (acciones pauliana y subrogatoria).

En todo caso, debemos señalar que la solución singular de nuestro ordenamiento jurídico nacional, presenta como ventaja frente al español que con la declaración de insolvencia se promoverá el concurso de otros acreedores, entre los cuales, existen los consorciales que por tratarse de cargas y deudas sociales merecen preferencia frente a las deudas privativas. Con lo cual, se satisfaría la preocupación que con relación a la legislación española ha acusado la doctrina de ese país, al no tenerse en cuenta el interés de estos acreedores. Y de no existir concurso se devolverían los autos al órgano jurisdiccional con el objeto que se pronuncie por la quiebra del cónyuge deudor, sin más trámite.

Los inconvenientes de esta solución, en cambio, se evidencian en la dificultad que presentan los acreedores por deudas privativas, cuando por el monto ínfimo de sus deudas, la salida que les provee la legislación concursal les resulta demasiado onerosa y en muchos casos una pérdida de tiempo.

Con esta salvedad, consideramos que esta solución resulta aceptable frente a otras propuestas que presenta la legislación comparada y que advertimos incentivan el tráfico comercial, pero desalientan la armonía conyugal permitiendo que cualquiera de los cónyuges pueda lograr desencadenar, por acto en solitario, la responsabilidad del patrimonio social, con posible perjuicio de los acreedores consorciales. Ello, sólo debería proceder en los supuestos en los cuales el cónyuge deudor tiene la calidad de empresario o en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio; casos en los cuales consideramos que el patrimonio social sí debe responder por las deudas privativas generadas por dichas actividades.

A todo lo expuesto, debemos agregar que los acreedores privativos pueden promover la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo legitimados para incoar las acciones de inventario y de división y partición necesarios con tal objeto, cautelando sus intereses, ante la posible evasión de bienes a favor del cónyuge no interviniente o de supuestos acreedores consorciales. Y finalmente, en el supuesto que luego de esta liquidación de este régimen patrimonial no existieran gananciales a favor del cónyuge no interviniente, el tercero acreedor podrá proseguir el procedimiento concursal hasta lograr la quiebra del cónyuge deudor.

Con relación a la posibilidad que el cónyuge deudor sea declarado en quiebra por el órgano jurisdiccional (Art. 127° del TUO de la LRP), es importante señalar que como consecuencia de esta situación, dicho cónyuge no podrá ejercer el comercio, ni tener cargo ni intervención directa, administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales,

mientras no haya obtenido su rehabilitación, conforme lo señala el Art. 13° del Código de Comercio; sin embargo, no se ha señalado en la legislación concursal ni tampoco mercantil, qué tiempo dura esta inhabilitación, entendiéndose por esta omisión que ésta resulta indefinida hasta que se hagan pago de los certificados de incobrabilidad de los acreedores.

Por nuestra parte consideramos que la quiebra del cónyuge deudor, a diferencia de las empresas, no debe estar sujeta a esta opción y que debe considerarse un plazo razonable para esta inhabilitación, luego del cual operaría su rehabilitación, lo cual iría también en beneficio de la seguridad de los negocios que realice el cónyuge declarado en quiebra. La legislación anterior –Arts. 246° al 250° de la Ley Procesal de Quiebras- admitía esta rehabilitación mediante proceso judicial. El Anteproyecto de Ley General del Sistema Concursal ²⁵⁰ plantea que el plazo de la inhabilitación dure dos años, luego de lo cual, el cónyuge deudor se encontrará rehabilitado para ejercer el comercio; propuesta que nos parece provechosa para los intereses en juego:

“Art. 100°,- Rehabilitación del quebrado personal natural

100.1. Transcurrido el plazo de dos años contado desde la fecha de expedición de la resolución judicial que declara la quiebra, cesará el estado de quiebra, aún cuando los créditos no se hubieran alcanzado a pagar con los bienes del quebrado, siempre que se acredite que el deudor no ha sido condenado por los delitos previstos en los Artículos 209°, 211°, 212° y/o 213° del Código Penal [delitos de quiebra fraudulenta, quiebra culposa y presentación de información falsa en proceso concursal] así como no mantiene proceso penal pendiente por dichos delitos

(...)”.



HACIA EL EQUILIBRIO DE LA BALANZA

²⁵⁰ <http://www.indecopi.gob.pe>

HACIA EL EQUILIBRIO DE LA BALANZA

29. Pautas para futuras investigaciones

Varias preguntas han surgido en el desarrollo de la presente tesis. No queremos abandonarlas del todo, sino reseñarlas para que en el futuro sean materia de otras investigaciones académicas.

Un lector perspicaz habrá observado que el origen del problema planteado radica en la asimetría de información, es decir al hecho que una de las partes maneja más o mejor información que la otra. Este desbalance se produce en la gestión y titularidad de los bienes sociales. El tercero no tiene la seguridad, en nuestro sistema, que su contraparte sea o no casado bajo el régimen de sociedad de gananciales y que por ello, el patrimonio con que cuente para garantizar sus obligaciones o el bien que dispone, forme parte del haber social. Esta tarea ha sido encomendada al Registro Nacional de Identificación del Estado Civil (RENIEC), que de acuerdo al Art. 2° de la Ley N° 26497 del 12 de julio de 1995, es la entidad encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relacionados con el estado civil. Sin embargo, el Documento Nacional de Identidad (DNI) expedido por esta institución no garantiza que la declaración de soltero que aparece ahí, sea necesariamente cierta. Para eliminar esta incertidumbre se pide una prueba imposible: revisar municipalidad por municipalidad para saber si la persona con la que uno realiza negocios es o no casado. De otro lado, este registro permanece ajeno al Registro Personal, incluido dentro del Registro de Personas Naturales por mandato del Art. 2030° inciso 7 CC. A todo ello, hay que

sumar que tampoco queda claro que dentro del derecho de participar en el gobierno del hogar (Art. 290° CC), el cónyuge no interviniente pueda obligar a su consorte a informar permanentemente respecto de las cuestiones referentes a la economía del hogar. Esto incentiva a que cada cónyuge desarrolle sus actividades económicas en solitario y sin sanción alguna ²⁵¹. La respuesta para este problema se ubica en la publicidad que debe existir en los actos referidos al régimen patrimonial del matrimonio. Con ello se eliminaría la posibilidad que el tercero alegue desconocimiento del estado civil del casado. Lo cual en el caso de los bienes sociales se enmarca dentro de un ámbito más amplio referido a un adecuado sistema de publicidad registral, que permita la vinculación entre los Registros del Estado Civil y los Registros Públicos. Con todo, debemos advertir que países que han logrado en mayor medida esta vinculación no han logrado tampoco eliminar los problemas que surgen en la aplicación de la sociedad de gananciales. Entonces la pregunta es ¿de qué manera se puede atenuar esta asimetría de información sin generar mayores costos en el mercado?.

Otros habrán encontrado razones suficientes para abandonar el régimen de sociedad de gananciales y pasar a otro régimen patrimonial del matrimonio. A todos ellos debemos recordarles el profundo arraigo cultural que presenta la sociedad de gananciales dentro de nuestra sociedad. ¿Alguien se pregunta acaso bajo qué estatuto se registrará la economía del matrimonio que va a contraer?. No, todos tienen presente, en mayor o menor medida, que se trata de la sociedad de gananciales. Aquel régimen de solidaridad y que se amolda, pese a las críticas observadas, a la vida matrimonial y al principio constitucional de igualdad entre cónyuges. Tal es así, que el régimen de separación de patrimonios ha sido reducido de parejas.

²⁵¹ El Art. 1383° CC español señala, a manera de ejemplo, que “deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya” y como complemento establece en su Art. 1393° inciso 2, como causal de conclusión de la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges,

Ahora bien, una cosa es que sea innegable este arraigo cultural y otra muy distinta es que constituya efectivamente en la única posibilidad que nuestro sistema jurídico posee para ordenar un régimen patrimonial del matrimonio. Además de la separación de patrimonios, existen otros regímenes patrimoniales que se condicen con el principio constitucional de igualdad de varón y mujer. En razón de ello, podemos afirmar que el principio de actuación conjunta en el régimen de sociedad de gananciales es una consecuencia mas no una exigencia del principio de igualdad entre los cónyuges ²⁵².

Es interesante resaltar, al respecto, que los Códigos Civiles de Colombia y Argentina hicieron modificaciones al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, convirtiéndolo ahora en verdaderos regímenes de participación de gananciales. En los cuales, durante la vigencia de la sociedad conyugal los bienes son administrados por cada cónyuge (como si se tratase de un régimen de separación de patrimonios); sin embargo, llegado el momento de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, se procede como si fuese una sociedad de gananciales.

A ello debemos agregar que la mayoría de ordenamientos jurídicos, si bien no lo ha abandonado, no ofrecen como única opción a los cónyuges el régimen de sociedad de gananciales ²⁵³. El CC francés admite además el régimen sin comunidad, la separación de bienes y el régimen dotal. El CC italiano, por su parte, la separación de bienes y la comunidad convencional. El CC alemán ofrece el régimen de administración y disfrute maritales, la

cuando el otro cónyuge realice por sí solo actos dispositivos o de gestión que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

²⁵² A esta conclusión arriba acertadamente FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, María del Carmen: *La cogestión de los bienes gananciales*, Madrid, Marcial Pons, 1997, 194 págs., respecto del principio de actuación conjunta acogido por el sistema español, que es muy parecido al nuestro.

²⁵³ VIDAL TAQUINI, Carlos H.: ob. cit. nota 93, 432 págs., ofrece una visión bastante amplia de estos ordenamientos jurídicos.

separación de bienes, la comunidad general de bienes y la comunidad de muebles. El CC español también acepta que los cónyuges se acojan a la separación de bienes o al régimen de participación en los gananciales, al igual que el CC chileno. Sin embargo, debemos advertir que cada régimen patrimonial del matrimonio obedece a una idiosincrasia propia, por lo que estos Códigos deben mirarse como modelos a seguir, mas no para implantarlos en nuestro sistema sin un estudio concienzudo que nos permita determinar su viabilidad en nuestra realidad económica, social y cultural. En ese sentido, el interrogante que surge es ¿qué otros regímenes patrimoniales del matrimonio son compatibles con el principio constitucional de igualdad entre varón y mujer y se ajustan a nuestra realidad nacional?.

En esa línea, es necesario desempolvar y nuevamente revisar el Anteproyecto DE LA PUENTE ²⁵⁴, que fue presentado a la Comisión Reformadora en 1980. Este Anteproyecto sugería una modificación radical del régimen patrimonial del matrimonio en nuestro país, a través de la admisión de la participación en gananciales como régimen legal (en sustitución de la sociedad de gananciales), al cual se encontrarían sometidos automáticamente los cónyuges, salvo que hayan pactado un régimen convencional mediante capitulaciones matrimoniales –que por cierto, sólo producirían efectos entre los cónyuges- o se encuentren inmersos dentro del régimen supletorio de separación de patrimonios. La participación en gananciales presentaría dos aspectos: durante su vigencia, cada cónyuge podría ejercer en forma separada la gestión (administración, disposición y disfrute) de los bienes que se encuentran en su posesión o registrados a su nombre, aún cuando no tenga realmente la calidad de propietario, asimismo, todos los bienes de los cónyuges deben responder por las deudas de cualquiera de ellos; mientras que, al momento de su liquidación, el patrimonio de los cónyuges se divide en tres grupos, los propios de cada cónyuge y el conyugal, que sólo se hacen efectivos cuando

²⁵⁴ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU: ob. cit. nota 46, págs. 584-639.

ocurre la disolución del régimen, pero con efecto retroactivo al momento de su constitución.

Debemos aceptar que con esta propuesta se eliminarían los problemas que han surgido de la actual regulación de la sociedad de gananciales, como han sido detalladas en el presente trabajo, asimismo, no podemos negar que se hubiese alcanzado plenamente el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges, al no establecerse privilegios a favor de uno de ellos y otorgaría seguridad jurídica a los terceros y celeridad en el tráfico patrimonial; sin embargo, cabe preguntarse si las razones que motivaron su desestimación por parte de la Comisión Reformadora –para ello, es necesario revisar sus Actas y la exposición de motivos- fueron acertadas, porque ninguna de sus normas fueron tomadas en cuenta e incluso se le acusó que podría generar ostensibles inconvenientes en nuestra realidad nacional, principalmente por la ruptura que significaba su admisión frente a conceptos tradicionalmente aceptados ²⁵⁵. En cambio, el Anteproyecto de CORNEJO sí fue acogido en su integridad. ¿Podrá actualizarse el Anteproyecto DE LA PUENTE para poder establecerse un régimen patrimonial del matrimonio que permita ofrecer a los matrimonios peruanos una opción más acorde a sus necesidades?.

Lo expuesto anteriormente podría llevar a la conclusión errada que nuestro sistema jurídico es eminentemente conservador. Nada más alejado de la realidad: nuestra tradición legislativa se alejó del régimen castellano,

²⁵⁵ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: ob. cit. nota 7, pág. 285, señaló que “(...) la contratación ciertamente se facilita para terceros, pero suscita para los cónyuges el peligro de que el gestor perjudique dolosamente al otro –sin que la posibilidad de un juicio entre ellos sobre cobro de daños y perjuicios parezca una solución alentadora-, aparte, de que tratándose de bienes no registrables, no se ve cómo podrían los terceros saber si quien pretende disponer de ellos los posee a título individual y legítimamente o si, por haberlos sustraídos o extraído arbitrariamente del hogar común, se trata de una simple detentación, a menos que se tenga por poseedora aquél de los cónyuges que tiene materialmente la cosa en su poder, lo cual, en los hechos, colocaría al débil, casi siempre la mujer, a merced del abuso del más fuerte”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: ob. cit. nota 46, pág. 504, también aceptó la debilidad de su propuesta: “(...) es preciso reconocer que el régimen que se plantea tiene un punto vulnerable que está constituido por la posibilidad que el cónyuge gestor disipe los bienes confiados a su gestión, con lo cual perjudicará al otro cónyuge cuando termine el régimen,

que fue su origen, al abandonar las capitulaciones patrimoniales (y con posterioridad, la dote, las arras, los parafernales y las reservas). Es decir, la posibilidad que los cónyuges de común acuerdo estipulen, modifiquen o sustituyan el régimen económico de su matrimonio. Resulta interesante al respecto señalar que todos los demás sistemas jurídicos del Derecho romano germánico, aceptan que los cónyuges pacten de común acuerdo capitulaciones matrimoniales. Por lo que cabe preguntarse ¿cuáles fueron las razones históricas que motivaron que nuestro sistema jurídico se aparte del modelo castellano y de las legislaciones que ofrece el Derecho comparado, descartando la posibilidad que los cónyuges puedan elaborar capitulaciones matrimoniales?, ¿se puede acoger nuevamente dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico?

Se encuentra ligado a este tema, la prohibición de contratación entre cónyuges respecto de los bienes sociales consignada en el Art. 312° CC, que fue considerado para “evitar” abusos contra el cónyuge menos instruido o más débil –específicamente la mujer- y que la jurisprudencia nacional, con criterio deleznable, se ha servido ampliar a aquellos supuestos en los cuales los cónyuges de consuno disponen a título gratuito los bienes del patrimonio social, señalando que esto sólo puede realizarse una vez liquidado el régimen de sociedad de gananciales. Este es el caso de Brígida Ramos y Rubén Phoco, quienes por convenio aprobado en el proceso de separación de cuerpos dispusieron de los inmuebles que conformaban el patrimonio social a favor de sus hijos Rubén Gabriel y Vilma Verónica. Por ello, tiempo después, estos últimos solicitaron a sus padres el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio. En la CAS. N° 905-95 NORTE-LIMA ²⁵⁶, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desestimó esta pretensión, con los siguientes argumentos:

pues éste no participará en la disolución de los bienes disipados, si ellos hubieran tenido la calidad de bienes conyugales, esto es de bienes susceptibles de constituir los gananciales”.

²⁵⁶ [CAS. N° 905-95 NORTE-LIMA](#) del 16 de octubre de 1996, publicado en la **SJEP** del 13 de diciembre de 1996, págs. 2525-2526. En igual sentido: [CAS. N° 837-97 LAMBAYEQUE](#) del 05 de noviembre de 1998, publicado en la **SCEP** del 04 de diciembre de 1998, págs.

“Para definir la controversia es necesario analizar el convenio a que se ha hecho referencia anteriormente y determinar que no se trata de una compraventa, porque no existe precio; que, tampoco puede considerarse donación o anticipo de legítima, porque no reúne la formalidad establecida en el Artículo 1625° del Código Civil.

Si se trata de la disposición de los bienes sociales a favor de los hijos, el Artículo 298° del Código Civil dispone que al terminar la vigencia de un régimen patrimonial, se procederá necesariamente a su liquidación y de acuerdo con su Artículo 322° para liquidar la sociedad haya que realizar el inventario, luego pagar las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren y según su Artículo 323° son gananciales los bienes remanentes después de efectuado los actos indicados en el Art. 322°.

En este caso no se ha producido la liquidación del régimen patrimonial y de la sociedad de gananciales por lo que todavía no se ha establecido cuáles son los gananciales, que podían ser de libre disposición por los que fueron esposo, lo que impide que el demandante puede exigir el otorgamiento de escritura pública”.

Por lo que cabe preguntarse si ¿realmente esta prohibición se ajusta a la actual economía que los cónyuges requieren para ordenar sus matrimonios o debe admitirse que éstos puedan contratar sobre bienes que conforman el patrimonio social?.

Como último punto, resulta necesario evaluar la pertinencia que nuestro ordenamiento jurídico mejore otros aspectos de la actual regulación del régimen de la sociedad de gananciales, entre ellos, la fijación del

2137-2138. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su resolución del 25 de enero del 2001, expedida en el proceso de acción de amparo seguido por Susana Higuchi contra Alberto Fujimori (Exp. 265-2000-AA/TC), publicado en el Diario Oficial “**El Peruano**”, Separata **Garantías Constitucionales**, págs. 4007-4008, señaló que los procesos de ejecución de convenios relacionados con la división de bienes no deben ser declarados liminarmente improcedentes, sino que deben ser tramitados en un proceso justo e imparcial.

inmueble que sirve de vivienda habitual para la familia, que la legislación comparada es considerada como indisponible si no se cuenta con el asentimiento de ambos cónyuges, aunque tenga la calidad de bien propio de uno de ellos (Art. 1277° CC argentino y Art. 1320° CC español); así como la facultad de cualquiera de los cónyuges de solicitar la autorización judicial ante la negativa injustificada de su consorte para realizar actos de disposición de parte del patrimonio social, cuando se encuentren acordes al interés familiar (Art. 181° CC italiano y Art. 1377° CC español).

30. Conclusiones

El régimen patrimonial de sociedad de gananciales regulado por nuestro ordenamiento jurídico civil tutela deficientemente los intereses del cónyuge no interviniente y del tercero de buena fe en aquellos supuestos en los cuales uno de los cónyuges sin la participación de su consorte afecta el patrimonio social mediante su disposición o su afectación en garantía por deudas privativas.

El desarrollo de la presente tesis se ha dividido en dos partes: la disposición arbitraria del patrimonio social y la responsabilidad de este patrimonio por deudas privativas.

a) La disposición arbitraria del patrimonio social.

Nos referimos a aquellos actos por los cuales uno de los cónyuges sin el asentimiento de su consorte trasfiere, renuncia o grava derechos sobre bienes que conforman el patrimonio social a favor de un tercero de buena fe, infringiendo el principio de actuación conjunta establecido por el Art. 315° CC y más allá de las necesidades ordinarias del hogar o la conservación del patrimonio de los cónyuges (es decir, bajo el ámbito de la gestión extraordinaria del patrimonio social). A manera de ejemplo, la jurisprudencia

se ha encargado de definir algunos supuestos de disposición que requieren el asentimiento de ambos cónyuges, como la construcción de una edificación con fondos sociales y la cancelación o levantamiento de la hipoteca; en cambio, es suficiente el asentimiento de uno de los consortes cuando se arrienda un bien que servirá de domicilio conyugal.

(i) *Argumentos a favor del cónyuge no interviniente.* El primero consistirá en reforzar el carácter social del bien que pretende defender. Ello no ofrece mayor dificultad dentro del sistema elaborado por el legislador, por el cual los bienes privativos se encuentran enumerados en el Art. 302° CC y los demás bienes tienen la calidad de sociales, conforme al Art. 310° CC. Con todo, siempre existen “zonas grises”, que han sido valoradas en casación a favor del cónyuge no interviniente (ante la duda a favor de la comunidad), declarando bienes sociales a aquellos adquiridos a plazos, cuando las cuotas se comienzan a cancelar antes del inicio de la sociedad de gananciales y finalizan durante su vigencia; y a aquellas derivadas de adquisiciones realizadas a título gratuito, salvo herencia, legado o donación. Además existen presunciones a favor de la comunidad (Art. 311° CC) que han sido interpretadas por la jurisprudencia registral en el sentido que toda inscripción de inmueble a favor de un casado debe extenderse como bien social, salvo que se justifique su calidad de propio (para cuyo propósito no es suficiente la declaración de su consorte). Similares requisitos se necesitan para rectificar la calidad de un bien social como un bien propio y para acreditar la calidad de bienes propios por subrogación.

Sin perjuicio de lo anterior, la principal dificultad que debe superar el cónyuge no interviniente –ante el silencio del Art. 315° CC- será determinar cuál viene a ser la sanción aplicable a los actos de disposición arbitrarios del patrimonio social. La primera opción, acogida en casación y por el Pleno Jurisdiccional Civil 1997, consiste en declarar la nulidad del acto por falta de manifestación de voluntad conjunta de ambos cónyuges (Art. 219° inciso 1 CC); criterio que en el ámbito judicial ha sido limitado únicamente a favor del

cónyuge no interviniente, siendo ésta la única salida admisible a su favor –no procede la tercería de propiedad-, aunque también puede ser utilizada en supuestos de riesgo latente de disposición (a manera de ejemplo, la constitución en arras de un bien social) o sobre bienes muebles.

Otros autores, en cambio, no sólo consideran que la causal de nulidad a invocar debe ser la descrita por el Art. 219° inciso 4 CC (imposibilidad física o jurídica del objeto) –caso de BELAUNDE- sino que además ofrecen otras opciones: BARCHI es de la opinión que la disposición arbitraria del patrimonio social es rescindible, como si se tratase de la venta de un bien ajeno (Art. 1539° CC). La Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos discrepa de esta posición. La doctrina nacional se ha encargado de señalar otros requisitos adicionales para la configuración de esta figura y que la alejan del problema planteado: el vendedor no debe informar al comprador que el bien no es ajeno al momento de la venta pero tampoco que es propio; el bien debe ser cierto (mas no incierto o fungible); y el contrato debe estar sujeto a un plazo suspensivo. De tal manera que la rescisión opera, dentro del plazo convenido por ambas partes, como un mecanismo de defensa del comprador cuando se percata que el bien no pertenece al vendedor.

En el Derecho Comparado, para cierto sector de la doctrina argentina, la sanción aplicable sería la de ineficacia relativa o inoponibilidad. En cuyo caso, el acto sería válido y eficaz entre las partes que lo celebraron –el cónyuge interviniente y el tercero-, pero ineficaz para el cónyuge no interviniente, para quien el acto es como si no existiese. Esta situación se asemeja a la descrita por el Art. 161° CC para los actos celebrados por el representante sin poder; sin embargo, esta figura no ha sido debidamente delineada en nuestro ordenamiento jurídico por la colisión que existe con lo establecido por el Art. 156° CC, que sanciona con nulidad la disposición o gravamen de bienes del representado.

Estas soluciones presentan inconvenientes. La ineficacia relativa en nuestro ordenamiento jurídico sólo procede cuando uno de ellos se atribuye la representación de su consorte, disponiendo un bien social, sin poseer poder alguno o cuando poseyéndolo se extralimita de sus facultades o las viola; supuesto distinto de la disposición arbitraria del patrimonio social. En todo caso, la jurisprudencia emitida en casación ha entendido a este supuesto como uno de anulabilidad, confundiendo la confirmación con la ratificación del acto jurídico. La rescisión, aún cuando se puede ampliar por analogía a otros contratos sobre bienes ajenos (permuta, suministro, donación, mutuo, arrendamiento, comodato, depósito y renta vitalicia), presenta una complicada configuración –que ya hemos hecho notar- y que ha sido desestimada por la Corte Suprema de Justicia, que en múltiples fallos ha acogido la nulidad de la compraventa de bien ajeno, por considerar que ésta infringe una norma de orden público: el Art. 197° inciso 4 del Código Penal. De otro lado, tampoco el bien le es total o parcialmente ajeno al cónyuge interviniente. La nulidad como solución jurisprudencial por falta de manifestación de voluntad de ambos cónyuges no tiene asidero: los dos cónyuges no forman una manifestación de voluntad, cada uno de ellos presenta una propia, siendo cualquiera de ellas suficiente como elemento esencial del acto jurídico. Si la manifestación de voluntad del cónyuge interviniente es nula lo es para todo efecto. De otro lado, tampoco se puede afirmar que el acto adolece de nulidad por contener objeto jurídicamente imposible. A nuestro juicio, la nulidad resulta procedente pero por otra causal: el Art. 315° CC es una norma imperativa y por lo tanto no puede ser sustituida por la voluntad de los particulares (Art. 219° inciso 8 CC). Sin embargo, la nulidad es una solución radical e insalvable, que no admite confirmación alguna del cónyuge no interviniente. Con lo cual no afirmamos que no haya sido un arma eficaz para éste, sino que como regla no contempla otros casos y por lo tanto no puede servir para suplir los vacíos del Art. 315° CC.

En la legislación comparada encontramos otras soluciones: el CC español (Arts. 1322°, 1375° y 1377°), plantea dos tipos de sanciones para los actos de disposición arbitraria del patrimonio social, dependiendo que se haya contraído a título oneroso (anulabilidad) o gratuito (nulidad). Este modelo ha sido recogido en el Art. 315°-B de la Propuesta de enmiendas del Libro de Derecho de Familia. No obstante, no encontramos justificación alguna para que en los actos de disposición arbitrarios del patrimonio social a título gratuito no se permita la confirmación del cónyuge no interviniente. Por ello, aciertan aquellas legislaciones (Art. 1757° CC chileno, 184° CC italiano) y la jurisprudencia argentina que consideran como única sanción la anulabilidad de dichos actos. Admitiéndose esta solución, sólo resultaría procedente a favor del cónyuge no interviniente, gozaría de un adecuado plazo de prescripción extintiva (dos años, Art. 2001 inc. 4 CC) y permitiría que el juez evalúe los motivos de la pretensión del cónyuge no interviniente, las particularidades del negocio y su incidencia patrimonial en la familia, así como admitiría que el cónyuge interviniente y el tercero presenten sus pretensiones similares.

(ii) *Argumentos a favor del tercero de buena fe.* La nulidad como solución jurisprudencial o anulabilidad (propuesta por nosotros) del acto de disposición arbitrario del patrimonio social no afecta al tercero adquirente cuando éste ha sido guiado por los signos de reconocibilidad que nuestro ordenamiento jurídico provee: la posesión y el registro. En el caso de bienes muebles, es de aplicación la adquisición *a non domino* (Art. 948° CC), por la cual si el tercero actúa de buena fe y como propietario y recibe del cónyuge interviniente la posesión de una cosa mueble habrá adquirido el dominio, aunque éste carezca de facultades para hacerlo por ser un bien social. Esta figura se circunscribe únicamente a la transferencia de la propiedad, con lo que se excluye cualquier otro tipo de titularidad adquirida por el tercero (renuncia o gravamen). Requiere que se produzca la entrega física del bien, lo cual también se cumple cuando el bien ya se encontraba en posesión del tercero (*traditio brevi manu*), mas no cuando el bien queda en posesión del

cónyuge interviniente (*constituto posesorio*). La buena fe que se pide consiste en el desconocimiento que el bien entregado tiene la calidad de social (buena fe creencia). En el caso de bienes inmuebles y los muebles registrados (aunque la jurisprudencia no resulte clara en este punto) es de aplicación la fe pública registral (Art. 2014° CC), por la cual si el bien social aparece inscrito únicamente a favor del cónyuge interviniente (por haber declarado ser soltero o porque logró inscribirlo como propio), el tercero de buena fe mantendrá su adquisición una vez inscrito su derecho si lo hace a título oneroso de dicho cónyuge, aunque después se anule, rescinda o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Esta solución ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia. La buena fe como requisito de esta figura no sólo requiere que el tercero desconozca que su contratante tenía el estado civil de casado, sino que obliga a leer además del resumen del asiento registral el título archivado que le dio origen. La onerosidad incluye a la transferencia y al gravamen y excluye a los actos de disposición arbitraria del patrimonio social a título gratuito.

Resulta contradictorio con su posición asumida a favor de la nulidad, que la Corte Suprema de Justicia admita que en determinados supuestos se pueda considerar la aceptación tácita del cónyuge no interviniente en los actos de disposición arbitrarios del patrimonio social. Así ha resuelto cuando el tercero acreedor prueba que dicho cónyuge aceptó los recibos de pago por cuota inicial; interviene en la elevación a escritura pública de la minuta de compraventa que no suscribió; o es declarado rebelde en el proceso judicial. Los Registros Públicos han utilizado este argumento para salvar los defectos que se pudiesen crear en el tracto sucesivo en la transferencia de los inmuebles, cuando uno de los cónyuges no ha participado en la adquisición de un bien pero sí en su posterior disposición.

Un extremo que el legislador deja en la sombra, acaso por pensar suficientemente aclarado es qué se entiende por los “casos considerados en

las leyes especiales”, excepción establecida a la actuación conjunta por el propio Art. 315° CC. Se tratan de supuestos en los cuales la ley admite la actuación individual de uno de los consortes para la disposición de bienes del patrimonio social, en obsequio al tráfico comercial. Así, lo establece el Art. 227° de la Ley N° 26702, a favor de las entidades del sistema financiero nacional, al presumir de pleno derecho la voluntad del cónyuge del titular de cuentas corrientes, en las transferencias u otras operaciones bancarias. En igual sentido disponen la sexta disposición complementaria y final de la Ley N° 27287 y el Art. 113° del Decreto Legislativo N° 861, respecto de los títulos valores y los mecanismos centralizados de negociación del mercado de valores, respectivamente. Un supuesto discutible lo constituyen las acciones para impugnar acuerdos societarios que uno de los cónyuges tuviese en una sociedad anónima. La jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia no legitima al cónyuge del titular de las acciones, conclusión que llevada a sus últimos alcances nos lleva a pensar que el esposo que es titular de dichas acciones puede disponer de las mismas, aunque éstas formen parte del patrimonio social de ambos. Por último, el Art. 39° del D.S. 001-97-TR, presume salvo prueba en contrario que el trabajador casado bajo el régimen de sociedad de gananciales cuenta con el asentimiento de su consorte para disponer del retiro parcial o total de su depósito por compensación por tiempo de servicios (CTS). Este grupo de excepciones se presentan en forma asistemática en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se sugiere seguir el modelo del CC español, que con mayor precisión ha logrado identificar estos casos.

El decurso del tiempo también puede favorecer al tercero adquirente, si éste reúne las condiciones establecidas por la ley, para invocar a su favor la adquisición de la propiedad, ya sea mediante la usucapión (o prescripción adquisitiva) o deduciendo la excepción de prescripción extintiva frente a la acción de nulidad (o anulabilidad) presentada por el cónyuge no interviniente. En el primer caso, según lo establece la jurisprudencia, el tercero deberá demostrar que su posesión ha sido continua (sin

interrupciones), pacífica (que no haya sido demandado previamente por el cónyuge no interviniente por la nulidad del acto), pública y como propietario. Presenta importancia tomar posición a favor de la anulabilidad, porque en este caso, a diferencia de la nulidad, puede ingresarse a la usucapión corta (por existir justo título), siempre que pruebe que actuó de buena fe (es decir, desconociendo que la persona con la cual contrataba era un cónyuge sujeto al régimen de sociedad de gananciales). Con relación a la prescripción extintiva, importa saber si el cónyuge no interviniente puede invocar la suspensión del plazo prescriptorio. Interpretado en sus justos alcances el Art. 1994° inciso 2 CC, éste sólo se refiere a las relaciones jurídicas entre los cónyuges, más no de éstos frente a terceros.

(iii) *Mecanismos compensatorios.* ¿Cómo se indemniza al cónyuge no interviniente en aquellos supuestos en los cuales el tercero mantiene la propiedad del bien transferido por su consorte sin su asentimiento?. Siguiendo la legislación comparada (Art. 1437° CC francés, Art. 1539° CC alemán, Art. 192° CC italiano, Arts. 1390° y 1391° español y Arts. 1742°, 1745°, 1747° y 1748° CC chileno), la respuesta se encuentra en la teoría del reembolso, a partir de la cual, el cónyuge no interviniente puede solicitar a su consorte la restitución del valor del bien dispuesto sin su asentimiento a favor de un tercero, ya sea al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales o durante su vigencia. Nuestro Código Civil no ha acogido esta Teoría, salvo para la deducción de las primas pagadas con bienes de la sociedad cuando se hace cobro de la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades (Art. 302° inc. 4 CC) y el abono del valor del suelo a favor del cónyuge propietario del mismo, cuando se haya construido sobre él una edificación a costa del caudal social (Art. 310° 2do párrafo CC). Esta deficiente regulación ha traído consigo que nuestra jurisprudencia nacional confunda el reembolso como una simple indemnización.

En aquellos supuestos en los cuales el cónyuge no interviniente haya logrado obtener la nulidad (o en nuestro caso, anulabilidad) del acto de disposición arbitrario del patrimonio social, éste no producirá efecto alguno y por lo tanto el tercero deberá devolver el bien a dicho patrimonio y el cónyuge interviniente debe reintegrar el precio cancelado (u otro bien enajenado) en contraprestación (si lo hubo). Adicionalmente, el tercero puede solicitar el saneamiento por evicción, como consecuencia de la desposesión del bien social, siempre que el acto de disposición se encuentre dentro del ámbito contractual, así haya sido celebrado a título gratuito. Antes de la entrega del bien social, procede la resolución en los contratos sinalagmáticos o la anulabilidad por dolo del cónyuge no interviniente (si el cónyuge no interviniente ocultó su verdadero estado civil o cuando la naturaleza del bien materia de disposición era privativa y no social).

b) La responsabilidad por deudas privativas del patrimonio social.

Supuestos en los cuales uno de los cónyuges (cónyuge deudor) contrae en solitario actos puramente obligatorios –deudas privativas- a favor de un tercero acreedor y luego éste, ante la insuficiencia del patrimonio privativo de aquél, persigue la agresión del patrimonio social. La doctrina diferencia entre cargas y deudas. Las primeras, derivan de aquellos gastos ocasionados para el sostenimiento de la familia y las deudas contraídas en la administración ordinaria de los bienes propios y sociales. Fuera de este ámbito, se encuentran las deudas (gestión extraordinaria del patrimonio social), que pueden ser sociales o privativas, dependiendo si fueron contraídas por los dos cónyuges o en solitario. El legislador no fue claro en la materia y a partir de esta confusa regulación, se han suscitado problemas en la práctica, derivados fundamentalmente de la intención de los terceros de atribuir a la deuda el carácter de social o de carga con el objeto que los fondos sociales respondan en primer orden de sus deudas. En todo caso, ha quedado claro que las deudas alimentarias a favor de hijos

extramatrimoniales y las reparaciones realizadas a bienes que conforman el patrimonio social son cargas (Art. 316° incs. 2 y 6 CC); mientras que el afianzamiento de uno de los cónyuges realizado a favor de un tercero y cuyo resultado no se ha acreditado que haya beneficiado a la familia es considerado como deuda privativa.

(i) *Argumentos a favor del cónyuge no interviniente.* Ante la imposibilidad de solicitar la nulidad de los actos obligatorios de su consorte – el Art. 315° CC sólo se refiere a los actos de disposición y de gravamen-, el cónyuge no interviniente utiliza mecanismos de defensa contra los argumentos ordinariamente presentados por el tercero acreedor para alcanzar la agresión directa del patrimonio social por deudas privativas. El primero de estos argumentos consiste en la admisión de la presunción de ganancialidad pasiva del patrimonio social y que vendría a ser el correlato de la presunción de ganancialidad activa establecida por el Art. 310° CC. La Corte Suprema de Justicia no tiene un criterio definido sobre el tema, sin embargo, existen dos pronunciamientos que proporcionan algunas pautas a favor de dicha presunción. Esta posición resulta inaceptable, porque llevaría a equiparar las deudas privativas a las cargas y a la absurda conclusión que el propósito del legislador al eliminar la autoridad marital fue entregar a ambos cónyuges la posibilidad de obligar indistinta y directamente por cualquier tipo de deudas. Un segundo argumento también rebatible del tercero acreedor se evidencia a partir de la interpretación sistemática de los Arts. 307° y 308° que aluden al interés familiar –“en beneficio de la futura sociedad de gananciales”, “en provecho de la familia”- como criterio para desencadenar la responsabilidad del patrimonio social o del patrimonio privativo del cónyuge no interviniente por deudas privativas. Este criterio jurídico por ser indeterminado, deja al arbitrio del juez la posibilidad de ordenar la agresión del patrimonio social por este tipo de deudas y no se justifica en nuestro ordenamiento jurídico, porque el interés familiar se encuentra consignado en los supuestos de cargas del Art. 316° CC, referidos como ya lo indicáramos al sostenimiento de la familia y a cubrir los gastos

ocasionados para el sostenimiento y conservación de los bienes sociales. Es preciso señalar que ninguna de estas normas se refiere a la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas contraídas durante el matrimonio, a pesar de los errados intentos de diversos autores.

En cambio, el Art. 309° CC sí se refiere a las deudas privativas contraídas durante el matrimonio, pero únicamente aquellas derivadas de responsabilidad civil extracontractual. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿quiso el legislador negar la realización de las deudas privativas de naturaleza contractual con el patrimonio social?. A nuestro juicio la respuesta es negativa y por ello, consideramos abierta la posibilidad de utilizar la analogía del Art. 309° CC para dichas deudas. Con ello, se lograría establecer como regla general que las deudas privativas deben ser canceladas con bienes propios del cónyuge deudor y ante la insuficiencia de ellos, con los gananciales de éste, luego de la liquidación de la sociedad de gananciales. Lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha arribado a esta conclusión, e incluso ha llegado a interpretar que el patrimonio social no responde de ninguna manera por deudas privativas extracontractuales. Esta interpretación debe rechazarse, no sólo por contradecir el espíritu del Art. 309° CC sino también por afectar el principio que inspira el moderno Derecho de daños, por el cual debe procurarse que las víctimas de los daños sean siempre indemnizadas. En una futura reforma del régimen patrimonial del matrimonio, somos de la opinión que la regla defendida en el presente trabajo, también debe ser aplicable a las deudas contraídas antes del matrimonio.

La doctrina y jurisprudencia nacionales se han ocupado con más detenimiento de la posibilidad de afectar por embargo el patrimonio social por deudas privativas. Por unanimidad, la doctrina nacional (CARREÓN, LAMA, ESTRADA e HINOSTROZA) ha optado por favorecer al cónyuge no interviniente, defendiendo la inembargabilidad del patrimonio social. La Corte Suprema de Justicia, esta vez con criterio saludable, ha desestimado esta posición

doctrinaria, afirmando la posibilidad de embargar el patrimonio social por deudas privativas; otra cosa señala, es el remate de dichos bienes, lo cual sólo se puede realizar una vez liquidado el régimen de sociedad de gananciales.

El procedimiento de integración del Art. 309° CC respecto de las deudas contractuales contraídas durante el matrimonio es compartido por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao, admitiendo las rogatorias de anotación de medidas cautelares, especialmente embargos, pero sólo sobre la parte que le correspondería al demandado al fenecimiento de la sociedad de gananciales. En algunos casos, para defender este criterio, los Registradores se han visto en la necesidad de enfrentarse contra los jueces. La calificación registral de estas resoluciones judiciales presenta un límite: el registrador puede solicitar las aclaraciones que estime convenientes, pero si el juez mantiene su criterio, la inscripción deberá realizarse, aunque bajo la responsabilidad de este último (Art. 2011° CC). Uno de los puntos que no ha dejado claro el Tribunal Registral es si el proceso ejecutivo o de condena deben ser citados ambos cónyuges. A nuestro parecer, a contracorriente de lo expuesto por la ex Junta de Vigilancia Registral, consideramos que en dichos procesos por haberse derivado de deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges, es suficiente que haya sido citado éste. Cosa distinta es el proceso cautelar, frente al cual el cónyuge no interviniente se encuentra legitimado a presentar una tercería de propiedad si la deuda fue privativa y se pretende afectar el patrimonio social.

(ii) *Argumentos a favor del tercero acreedor.* Cuenta con mecanismos para satisfacer su crédito frente al cónyuge deudor, que se circunscriben inicialmente a dos: emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado o procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro (Art. 1219° incs. 1 y 2 CC). La vía más utilizada es la primera, por la cual el tercero acreedor exige la prestación y el poder de

ejecución sobre los bienes del cónyuge deudor utilizando directamente la vía ejecutiva o logrando previamente una sentencia de condena. El problema se origina cuando agotado el patrimonio privativo del cónyuge deudor se dirige contra el patrimonio social, ya que de acuerdo al criterio jurisprudencial antes señalado, sólo es admisible la afectación mediante embargo de dicho patrimonio por deudas privativas, mas no su ejecución, lo cual se encuentra supeditado a la previa liquidación de la sociedad de gananciales. Esta condición que antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 845 sólo se encontraba a la voluntad de los cónyuges, se puede cumplir actualmente logrando la declaración de insolvencia del cónyuge deudor (Art. 330° CC) ante la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI.

La actual legislación concursal abre esta posibilidad en su procedimiento ordinario, al que se puede ingresar cuando el cónyuge deudor alega no poder afrontar el pago de sus obligaciones temporal o definitivamente o cuando el tercero acreedor aduce la cesación de pagos por parte de dicho cónyuge. A estas opciones se agrega una más, con mayor recurrencia en la práctica, a partir de la actual redacción del Art. 703° CPC: en todo proceso ejecutivo o lograda la condena del cónyuge deudor, el órgano jurisdiccional ordena a éste que señale bienes libres de gravamen, bajo apercibimiento de solicitar su insolvencia. Una vez declarada dicha insolvencia se activa el marco de protección de los créditos (no se puede ejecutar ninguna deuda sobre el patrimonio del cónyuge deudor), se pasa al procedimiento de reconocimiento de créditos y se instala la Junta General de Acreedores. Esta Junta puede decidir entre dos opciones: que una parte del patrimonio social se someta a un procedimiento de reestructuración patrimonial o de disolución y de liquidación, o que la totalidad de su patrimonio se someta a un concurso de acreedores. En el caso que no exista concurso, se devolverá los actuados al órgano jurisdiccional para que dicte la quiebra del cónyuge deudor.

Aunque la norma no lo señale, de optarse por la liquidación del patrimonio del cónyuge deudor, se deberá previamente liquidar la sociedad de gananciales. Esta operación generalmente repercutirá en la liquidación de la masa concursal, ya que en ésta se hará pago de las cargas sociales (entre ellas las deudas tributarias) y las obligaciones sociales.

Otros medios de protección que el tercero acreedor puede utilizar se encuentran dirigidos a conservar o lograr la solvencia del patrimonio del cónyuge deudor, y son fundamentalmente dos: la acción subrogatoria y la acción pauliana. Por la primera, el tercero acreedor puede ejercer los derechos que le corresponden al cónyuge deudor, en vía de acción o para asumir su defensa (Art. 1219° inc. 4 CC), siempre que éste actúe con negligencia (no ejercitando un derecho respecto del cual puede y debe accionar) y resulte insolvente (su patrimonio sea incapaz de soportar todas las deudas que sobre él pesan). El desincentivo para iniciar este tipo de acción radica en que su ejercicio no beneficia exclusivamente al tercero acreedor, sino por el contrario, debe compartirlo con los demás acreedores del cónyuge deudor, frente a los cuales a lo mucho, podrá solicitar que éstos contribuyan con los gastos ocasionados por la prosecución de la acción.

Por la acción pauliana, el tercero acreedor puede solicitar la ineficacia de los actos del cónyuge deudor que hayan tenido como propósito la disminución de su patrimonio, en cuanto afecten la garantía con la cual debe responder de su crédito, aunque se encuentre sujeto a condición o plazo (Art. 195° CC). En la práctica se observa que el cónyuge deudor muchas veces logra el concurso de su consorte para disponer bienes del patrimonio social con el objeto de librarlos de la agresión del tercero acreedor. Esto se hace patente en actos como el anticipo de herencia a favor de los hijos; pero resulta más discutible cuando nos referimos al cambio de régimen patrimonial del matrimonio o a la constitución del patrimonio familiar. En el primer caso, no es raro que el cónyuge deudor en la escritura de cambio de régimen patrimonial del matrimonio realice concesiones a favor de su

consorte; estos actos que pueden considerarse como renunciaciones, facultan al tercero acreedor para solicitar su ineficacia por acción pauliana. Respecto del patrimonio familiar, si bien éste no es propiamente un acto de disminución patrimonial, afecta la garantía del crédito del tercero acreedor, por lo que con acierto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la acción pauliana también resulta en estos casos procedente.

Además de estos mecanismos de defensa del crédito, las empresas del sistema financiero nacional presentan determinados “privilegios”, como el ya reseñado, por el cual se presume la voluntad del cónyuge no interviniente en las transferencias y otras operaciones bancarias realizadas por el titular de una cuenta corriente (Art. 227° de la Ley N° 26702). De tal manera que en estos casos, son demandados ambos cónyuges, como si se tratase de una deuda social, aunque fue contraída únicamente por uno de ellos. Asimismo, pueden iniciar la acción ejecutiva luego de la remisión de la comunicación al cliente de la existencia de saldos deudores, cuando éste no presenta observaciones dentro del plazo de 15 días (Art. 228° de la Ley N° 26702). La Corte Suprema de Justicia no sólo ha aceptado esta vía, sino que además ha desestimado las observaciones que han tenido por objeto solicitar documentación que acredite el origen de la obligación contenida en la cambial girada por el Banco. Por último, la garantía del crédito bancario es mayor que la ordinaria, como se hace patente en la hipoteca llamada “sábana”, la que una vez constituida por los cónyuges, puede responder por las deudas contraídas por cualquiera de ellos –incluso las privativas-, ya sea presentes o futuras.

En realidad, esta incongruente regulación, por la cual se privilegia a un solo acreedor (los Bancos) se debe a que nuestro ordenamiento jurídico no ha construido un verdadero sistema de protección de los créditos derivados de la actividad mercantil del cónyuge deudor. En atención al tráfico comercial, estas deudas deben ser respondidas por el patrimonio social. Sin embargo, en nuestro sistema, luego de la derogación de los Arts. 6° al 12°

del Código de Comercio, este tipo de deudas son respondidas como cualquier otra, es decir de acuerdo al derecho común. Frente a las opciones que plantea el Código de Comercio español (que siempre ha sido fuente de la legislación comercial peruana) y el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, elegimos el esquema propuesto por esta última, que permitirá a los cónyuges –juntos o separados- realizar actividades mercantiles; sin embargo, de su actividad empresarial sólo responderá el fondo empresarial, dentro del cual se pueden incluir bienes del patrimonio social siempre que se cuente con el asentimiento de ambos cónyuges. En todo caso, el tercero acreedor podrá dirigirse contra otros bienes propios o la parte que le corresponderá de gananciales al cónyuge deudor, si éste no limitó su responsabilidad al valor asignado a dicho fondo.

(iii) *Mecanismos compensatorios.* En aquellos supuestos en los cuales la deuda privativa fue cancelada con el patrimonio social, el cónyuge no interviniente tiene derecho a que se reembolse las sumas utilizadas de este fondo. Esta es una nueva aplicación de la teoría del reembolso, esta vez, para los actos puramente obligatorios. Nuestro ordenamiento jurídico, como lo dijéramos antes, no ha acogido esta teoría, que permitiría que el cónyuge no interviniente solicite a su consorte esta restitución durante la vigencia de la sociedad de gananciales o en su liquidación, momento que es auspiciado por la mayoría de la legislación comparada al haber optado por considerar este tipo de deudas como de valor, con el objeto que el cónyuge no interviniente no se vea compelido a incoar una acción contra su consorte, rompiendo aún más la armonía conyugal, y sin el peligro que la deuda se desactualice. Estos reembolsos deberán ser cancelados en el mismo nivel de prelación que las deudas sociales y luego del pago de las cargas.

El tercero acreedor además de los medios de defensa de su crédito anotados (ejecución forzada, acción subrogatoria y acción pauliana) puede solicitar la quiebra del cónyuge deudor, cuando una vez agotado su patrimonio privativo y la parte que le corresponde de gananciales, no haya

satisfecho su crédito. Esta sanción produce la inhabilitación del cónyuge no interviniente para ejercer el comercio (Art. 13° del Código de Comercio); sin embargo, consideramos que debe ser limitada a un plazo, que no ha sido establecido por nuestra legislación comercial y que concordamos con el Anteproyecto de la Ley General del Sistema Concursal (Art. 100°) debe ser de dos años. Si bien en la legislación comparada -e incluso en Códigos pasados- se permite la directa agresión del patrimonio social por deudas privativas, en mayor o menor medida; estos modelos seguidos a la letra en nuestro ordenamiento jurídico podrían traer el peligro de erosionar el interés familiar.

Quedan finalmente otros temas que podrán ser materia de futuras investigaciones, como las referidas a la asimetría de información que se produce en el régimen de sociedad de gananciales, la necesidad de modificar el régimen patrimonial de sociedad de gananciales o suplirlo por uno o más regímenes patrimoniales nuevos y la pertinencia de admitir las capitulaciones matrimoniales y los contratos entre cónyuges durante el régimen de sociedad de gananciales.



BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. ALBALADEJO, Manuel: **Curso de Derecho Civil**, Tomo IV: **Derecho de Familia**, Barcelona, Bosch, 1991, 5ta. ed., 341 págs.
2. ALIAGA HUARIPATA, Luis: **La publicidad registral y sus alcances, ¿hasta dónde se extiende la publicidad regulada por el Art. 2012° del Código Civil?**, en Revista **Diálogo con la Jurisprudencia**, Ed. Gaceta Jurídica, Año 7, N° 36, págs. 47-56.
3. ARATA SOLIS, Rómulo Moisés: **Cuidado con lo que gasta su cónyuge**, en **Diálogo con la Jurisprudencia**; Año IV, N° 8, 1998, págs.197-216.
4. ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max: **Exégesis**, Tomo VII: **Derecho de Familia**; Lima, Gaceta Jurídica, 1997, 318 págs.
5. -----: **Exégesis**, Tomo X: **Registros Públicos**, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 2001, 341 págs.
6. ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO: **El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria**, Tomo I, Lima, Ed. Legales, 2000, 660 págs.

7. -----: ***El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria***, Tomo II, Lima, Ed. Legales, 2000, 743 págs.
8. -----: ***El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria***, Tomo III, Lima, Ed. Legales, 2000, 752 págs.
9. ATIENZA, Manuel: ***Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico***; Madrid, Ariel, 1993, 267 págs.
10. AVENDAÑO VALDEZ y otros: ***¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?***, Lima, UPC, 2001, 364 págs.
11. BARCHI ROSPIGLIOSI, Luciano: ***Disposición de un bien social. Cónyuge que aparece como titular de un registro***; en ***Diálogo con la Jurisprudencia***; Año II, N° 3, 1996, págs. 55-64.
12. BELAUNDE MOREYRA, Martín: ***¿Nulidad o resolución de compraventa de un bien social?. De cómo una transacción simple terminó en un enredo jurídico***; en ***Diálogo con la Jurisprudencia***; Año 5, N° 13, Octubre, 1999, págs. 11-34.
13. BELLO JANEIRO, Domingo: ***La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales***; Barcelona, Bosch, 1993, 832 págs.
14. BELLUSCIO, Augusto César: ***Manual de Derecho de Familia***; Tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1979, 2da. ed., XXI-421 págs.
15. BIANCA, Massimo: ***Diritto Civile, Tomo II: La Famiglia- Le successioni***, Milano, Giuffrè Ed., 1985, págs. 676 págs.

16. -----: (a cura di): **La Comunione legale**, Tomo I, Milano, Giuffrè Ed., 1989, XXXVI-892 págs.
17. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo: **Derecho Civil**, Tomo I, Vol. 2: **Hechos y Actos Jurídicos**; (Diritto Civile, traducido por Fernando Hinestroza); Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 1992, XIII-564 al 1183 págs.
18. BORDA, Guillermo: **Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal**; en *La Ley*, 1983-A, págs. 836-843.
19. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo: **Manual de Derecho de Familia**; Buenos Aires, Astrea, 1996, 4ta. ed. act. y amp., XL-621 págs.
20. BULLARD GONZALES, Alfredo et alius: **El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales**; Lima, PUCP, 1994, 297 págs.
21. CALDERON RAMOS, Marco: **El embargo sobre los bienes de uno de los cónyuges. ¿Ilusión del acreedor o fraude del deudor?**, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año III, N° 5, 1997, págs. 123- 135.
22. CARREÓN ROMERO, Francisco: **Los problemas en la relación del acreedor con la sociedad de gananciales**; en *Themis*, Segunda Época, N° 32, 1995, págs. 177- 182
23. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: **Código Civil**, Tomo II, Lima, Villanueva, 1978, 387 págs.

24. CASTILLO FREYRE, Mario: **Tratado de la Venta**, Vol. XVIII, Tomo III, Biblioteca para leer el Código Civil, Lima, PUCP, 2000, 516 págs.
25. COMISION DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL (compiladora, Delia Revoredo de Debakey): **Código Civil**, Parte III: Exposición de motivos y comentarios, Tomo IV, Lima, Grafotécnica, 1988, 2da. ed., 614 págs
26. -----: **Código Civil**, Parte III: Exposición de motivos y comentarios, Tomo V, Lima, Grafotécnica, 1988, 2da. ed., 475 págs.
27. -----: **Código Civil**, Parte III: Exposición de motivos y comentarios, Tomo VI, Lima, Grafotécnica, 1988, 2da. ed., 879 págs.
28. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO: **Proyectos presentados a la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984**, publicados en el Diario Oficial “El Peruano”, del 07 de enero de 1995.
29. CONGRESO DE LA REPUBLICA: **Comisión de Reforma de Códigos. Legislatura 1998-1999**, Tomo I: Función Legislativa; Lima, s/ed., 1999, 2da. ed., 372 págs.
30. -----: **Comisión de Reforma de Códigos. Legislatura 1998-1999**, Tomo II: Difusión Legislativa; Lima, s/ed., 1999, 2da. ed., págs. 373-868.
31. -----: **El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)**, Tomo I, Lima, Ed. Jurídicas, 2000, 813 págs.
32. CORNEJO CHAVEZ, Héctor: **Derecho Familiar Peruano**, Tomo I: Sociedad conyugal; Lima, Studium, 1991, 8va. ed., 381 págs.

33. CORNEJO FAVA, María Teresa: **Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derecho**, Lima, 2000, 1008 págs.
34. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: **El Contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VIII del Código Civil**, Primera Parte, Tomo III, Lima, PUCP, 1993, 2da. ed., 510 págs.
35. -----: **El Contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VIII del Código Civil**, Segunda Parte, Tomo VI, Lima, PUCP, 1996, 2da. ed., 638 págs.
36. -----: **La sociedad de gananciales**; en **Ius et Veritas**, Año IX, N° 18, 1999, págs. 52-55.
37. DELGADO SCHEELJE, Alvaro: **Aplicación de los principios registrales en la calificación registral**; en **Ius et Veritas**, Año IX, N° 18, 1999, págs. 254-262.
38. DIAZ VALDIVIA, Héctor: **Derecho de Familia**; Arequipa, Edijsur, 1993, 332 págs.
39. DIEZ-PICAZO, Luis Y GULLON, Antonio: **Sistema de Derecho Civil**, Volumen I: Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada, Persona Jurídica, Madrid, Tecnos, 1998, 7ma. ed., 638 pags.
40. -----: **Sistema de Derecho Civil**, Volumen IV: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, Madrid, Tecnos, 1998, 7ma. ed., 638 pags.

41. DIEZ-PICAZO, Luis: ***Derecho de daños***, Madrid, Ed. Civitas, 1999, 367 págs.
42. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: ***Derecho Civil***. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez; México, Porrúa S.A., 1994, 4ta. ed., XXXII-703 págs.
43. ECHECOPAR GARCIA, Luis: ***Régimen legal de bienes en el matrimonio***; Lima, s/ed., 1952, 120 págs.
44. ENNECCERUS, Ludwig et alius: ***Tratado de Derecho Civil***. Tomo IV: ***Derecho de Familia***, Vol. I: El Matrimonio; (traducido Blas Pérez González y José Alguer); Barcelona, Bosch, 1941, 539 págs.
45. ESTRADA DIAZ, Juan José: ***Inembargabilidad de bienes de la sociedad de gananciales***; en *Revista Jurídica del Perú*; Año XLVI, N° 2, Abril-Junio, 1996, págs. 221-226.
46. FANZOLATO, Eduardo Ignacio: ***El asentimiento conyugal***; Córdova, Castillo Hnos., 1986, 249 págs.
47. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, María del Carmen: ***La cogestión de los bienes gananciales***; Madrid, Marcial Pons, 1997, 194 págs.
48. FINOCCHIARO, Alfio y FINOCCHIARO, Mario: ***Diritto di Famiglia: Comento sistematico della Legge 19 Maggio 1975 N° 175***, Vol. I: Arts. 1-89, Milano, Giuffré, 1984, 1428 págs.

49. GUEVARA MANRIQUE, Rubén: ***La fe pública registral: ¿Cómo nos beneficia?***, en **Homenaje a José León Barandiarán**, Tomo II, Lima, Congreso de la República, págs. 551-569 págs.
50. HARO SEIJAS, José Juan: Confusión de confusiones: ***La “Reestructuración empresarial” de las personas naturales***, en Revista **Themis**, 2da. época, 1995, N° 31, págs. 261-289.
51. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: ***Derecho de Familia*** ; Lima, Ed. San Marcos, 1999, 421 págs.
52. -----: ***Embargo y otras medidas cautelares***, Lima, Ed. San Marcos, 1999, 2da. ed., 543 págs.
53. INDEJ: ***Reforma del Código Civil peruano***, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1998, 318 págs.
54. LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: ***Elementos de Derecho Civil***; Tomo IV: ***Derecho de Familia***, Vol. I, Barcelona, Ed. Bosch, 1997, 669 págs.
55. LAMA MORE, Héctor: ***El bien social y el cónyuge deudor***, en **Revista Jurídica de los Magistrados del Poder Judicial**, Diciembre, 1998, Año I, Tomo I, págs. 42-65.
56. LARENZ, Karl: ***Metodología de la Ciencia del Derecho***; Barcelona, Ariel, 1966, 387 págs.
57. LIEBMAN, Enrico Tullio: ***Manuale di diritto processuale civile***, Milano, Giuffrè Ed., 1992, 420 págs.

58. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo: ***El Negocio Jurídico***; Lima, Grijley, 1994, 2da. ed., 629 págs.
59. LUCAR VILLAR, Milagritos: ***Los bienes propios y la causa de adquisición en la Sociedad de Gananciales***, en ***Diálogo con la Jurisprudencia***, Año III, N° 6, 1997, págs. 153-166.
60. MACIAS ARDITTO, Fernando Javier: ***Aspectos legales de la insolvencia conyugal***; en ***Revista Jurídica del Perú***, Trujillo, Normas Legales, Abril-Junio, 1997, Año XLVII, N° 11, pág. 59-62.
61. MALASPINA, José Rafael: ***La falta de asentimiento conyugal y sus efectos según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán***; en ***La Ley***, 1982-D, págs. 1019-1027.
62. MALLQUI REYNOSO, Max Y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy: ***Derecho de Familia***, Lima, Ed. San Marcos, 2001, 711 págs.
63. MARTINEZ VASQUEZ DE CASTRO, Luis: ***Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales***, Madrid, Civitas, 1995, 198 págs.
64. MAZEUD, Henry, Jean y León: ***Lecciones de Derecho Civil***, Parte Cuarta. Vol. I: ***La organización del patrimonio familiar***; (traducido por Luis ALCALA ZAMORA Y CASTILLO); Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1959, 784 págs.
65. MENDEZ COSTA, María Josefa: ***Estudios sobre Sociedad conyugal***; Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1981, 386 págs.

66. MESEGUER GUICH, Diego: ***Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedades gananciales frente a las deudas sociales***; en **Dialogo con la Jurisprudencia**, Año 6, N° 18, Marzo-2000, págs. 71-93.
67. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: ***Tratado de las Obligaciones***, en la Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, 1era. Parte, Tomo IV, Lima, PUCP, 1996, 542 págs.
68. OTTS Y CAPDEQUI, José María: ***Instituciones***, Barcelona, 1958, XII-546 págs.
69. PERALTA ANDIA, Javier Rolando: ***Derecho de Familia en el Código Civil***; Lima, Moreno, 1995, 2da. ed. 430 págs.
70. PIZARRO ARANGUREN, Luis: ***Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos***, en **Revista Thémis**, N° 30, Febrero-1998, págs. 221-229.
71. PODER JUDICIAL: ***Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil 1997***, elaborado por la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Civil, Trujillo, 1997, 14 págs.
72. -----: ***Conclusiones de Pleno Jurisdiccional 1998***, Lima, 1999, Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, 159 págs.
73. -----: ***Derecho de Familia. Criterios jurisdiccionales***, Lima, SECEPJ, 2000, 297 págs.
74. -----: ***Materiales de Trabajo para la Sala Plena de Jurisprudencia Vinculante***, elaborado por la Comisión de Alto

- Nivel de Jurisprudencia de la Corte Suprema; Lima, 1999, 266 págs.
75. -----: **Ponencias presentadas para la I Sala Plena de Jurisprudencia Vinculante**, elaborado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, 1999, 95 págs.
76. PLACIDO VILCACHUAGA, Alex: **Manual de Derecho de Familia**, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 2001, 470 págs.
77. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA: **Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil**, Tomo I, Lima, PUCP, 1980, 926 págs.
78. -----: **Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil**, Tomo II, Lima, PUCP, 1980, 718 págs.
79. PUIG BRUTAU, José: **Introducción al Derecho Civil**, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, 446 págs.
80. PUIG PEÑA, Federico: **Compendio de Derecho Civil Español**; Vol. I, Barcelona, Nauta, 1966, 648 págs.
81. REGGIARDO SAAVEDRA, Mario: **Cuando justos se casan con pecadores. De cómo el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales perjudica el acceso al crédito**, en *Revista Ius et Veritas*, Año VIII, 1998, N° 15, págs. 165-182.
82. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: **La comunidad postganancial**; Barcelona, Bosch, 1997, 205 págs.

83. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Ma.: **Ley y Derecho**, Madrid, Tecnos, 1976, 157 págs.
84. SALAZAR LUI LAM, Carla: **Importancia de los actos de administración y disposición de los bienes sociales**; en **Diálogo con la Jurisprudencia**, Lima, Gaceta Jurídica, Año III, 1997, N° 4, págs. 141-150.
85. SANTOS CIFUENTES: **Negocio Jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades**, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1986, 722 págs.
86. SCOGNAMIGLIO, Renato: **Responsabilidad contractual y extracontractual**, en Revista **Ius et Veritas**, Año XI, N° 22, 2001, págs. 55-56.
87. SERRANO GARCIA, José Antonio: **Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa**; Barcelona, Bosch, 1992, 638 págs.
88. SIERRA GIL DE LA CUEVA, Ignacio y otros: **Comentario del Código Civil**, Tomo 7, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, 1083 págs.
89. SPOTA, Alberto G.: **Tratado de Derecho Civil**; Tomo II, Vol. III, **Derecho de Familia**, Buenos Aires, Depalma, 1988, XV-434 págs.
90. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de: **La responsabilidad extracontractual**; Tomo I, Lima, PUCP, 1995, 587 págs.
91. -----: **La responsabilidad extracontractual**; Tomo II, Lima, PUCP, 1995, 659 págs.

92. VALVERDE, Emilio F.: ***El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano***; Tomo I, Lima, Imp. Min. de Guerra, 561 págs.
93. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro: ***Derecho Civil***, Tomo V: Derecho de Familia, Bogotá, Ed. Temis S.A., 1995, XXIX, 652 págs.
94. VIDAL TAQUINI, Carlos A.: ***Régimen de bienes en el matrimonio, con las modificaciones de la Ley 23264 y 23515***; Buenos Aires, Depalma, 1990, 3era. ed., XXXVI-433 págs.
95. VIDAL RAMÍREZ, Fernando: ***El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano***; Lima, Ed. Cuzco, 1990, 2da. ed., 473 págs.
96. -----: ***La representación en el ámbito del Derecho de Familia***, en ***La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez***, Lima, PUCP, 1992, págs. 288-299.
97. -----: ***Prescripción extintiva y caducidad***, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1999, 3ra. ed. 246 págs.
98. VIVAR MORALES, Elena: ***La inscripción registral de la propiedad inmueble en el Perú***, Tomo I, Lima, PUCP, 1998, 341 págs.
99. ZANNONI, Eduardo A.: ***Derecho de Familia***; Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1981, 1era. reimp., 763 págs.
100. ZUSMAN TINMAN, Shoschana: ***Teoría de la invalidez y la Ineficacia; en Ius et Veritas***, Año IV, N° 7, 1993, págs. 159-167.