

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

José Almeida Briceño



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ / FONDO EDITORIAL 2003

Índice

Abreviaturas y citas	9	2. La responsabilidad del patrimonio social por deudas privadas	157
Dedicatoria	11	El vínculo obligacional en la sociedad de gananciales	157
Prólogo	13	2.1. Argumentos a favor del cónyuge no interviniente	166
Agradecimientos	21	Los caminos errados del tercero	166
Preliminares	23	Reconstruyendo la responsabilidad por deudas privadas	176
El conflicto de dos intereses	23	Inejecutabilidad del patrimonio social antes de su liquidación	185
¿Por qué emprender esta investigación?	29	Calificación registral de las medidas cautelares sobre bienes sociales	196
Marco Teórico y Metodológico	33	2.2. Argumentos a favor del tercero de buena fe	206
Estructura del presente trabajo	38	Cónyuge sometido a procedimiento concursal ordinario	206
		Las acciones subrogatoria y pauliana	217
		Obligaciones derivadas de instrumentos financieros	228
		Tratamiento del cónyuge empresario y del profesional	237
1. La disposición arbitraria del patrimonio social	45	2.3. Mecanismos compensatorios	245
La regla de la actuación conjunta	45	Una aplicación más de la Teoría del reembolso	245
1.1. Argumentos a favor del cónyuge no interviniente	53	¿Qué otros mecanismos puede utilizar el tercero acreedor?	251
La absorción del principio de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio	53	3. Hacia el equilibrio de la balanza	261
La nulidad como solución jurisprudencial	63	Pautas para futuras investigaciones	261
Soluciones minoritarias	73	Conclusiones	267
Inconvenientes de estas soluciones	81	Bibliografía	283
¿Cuál es la sanción adecuada?	90	Índice de casaciones y de resoluciones administrativas	293
1.2. Argumentos a favor del tercero de buena fe	99		
La adquisición <i>a non domino</i>	99		
La fe pública registral	108		
Aceptación tácita del cónyuge no interviniente	118		
Los casos considerados en leyes especiales	124		
La prescripción adquisitiva y extintiva	132		
1.3. Mecanismos compensatorios	140		
La Teoría del reembolso	140		
A favor del tercero contratante	148		

Prólogo

Después de la claridad didáctica y conceptual de los Preliminares con los que comienza José Almeida Briceno este trabajo, me sienta en la misma condición vulnerable de Jorge Luis Borges quien debió aclarar a los lectores que su *Prólogo de Prólogos*¹ no era una locución superlativa, a la manera del *Cantar de los Cantares*, *Noche de las Noches* o *Rey de Reyes*. Se trata llanamente de unas cuantas páginas que anteceden a la introducción y al cuerpo mismo del estudio. En esa misma línea, estimo que un prólogo, antes que la presentación de una obra, es parte substancial del mismo. Las voces del autor y del prologuista se aúnan en un propósito común: dar vida a un texto, conferirle una partida de nacimiento, un código de barras, un estatuto legal, una voz. En efecto, no pretendo auspiciar a un autor, cuya obra esmeradamente analítica asume aquí un valor académico autónomo. El trabajo en sí se antepone por su contenido y método a cualquier valoración más o menos arbitraria. Y bien vale la aclaración, pues, el prólogo —como se quejaba escayador tan argentino como universal— en la triste mayoría de los casos linda con la oratoria de sobremesa o con los panegíricos de obituario y suele ser prólogo en hipérbolos irresponsables que —apunta Borges— la lectura incrédula admite como convenciones del género.

Antes de ceder a estas faltas, prefiero incurrir en el vicio histórico —que mi propio oficio de historiador del Derecho inspira— de explicar la aparición, el desarrollo y el fin de las normas e instituciones legales en el escenario social y cultural que les fue propio o adverso. Históricamente, en el derecho romano, germánico y castellano, el marido administraba y disponía los bienes que habían sido adquiridos en el marco de una fundación común: la sociedad de gananciales. De manera que el ordenamiento legal de liquidación de aquella sociedad patrimonial dependía sistemáticamente de un conjunto de causales que fueron estructurados a partir de tal premisa. Se partía de la idea —no

¹ BORGES, Jorge Luis. *Prólogos con un prólogo de prólogos*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, pág. 7.

siempre cierta, pero prevista por la legislación— de que el marido contribuía con la mayor parte de la masa económica que serviría de sustento a la familia, que el matrimonio era feliz y que la mujer no estaba urgida por preocupaciones de orden material, puesto que las cargas se atribuían al marido.

El diseño de las causales que disolvían la sociedad patrimonial se hallaba, por otro lado, estrechamente conectado con un modelo estructural que reposaba en la indisolubilidad del matrimonio o, cuando menos, en un sistema reactio a aceptar un divorcio rápido y sencillo. Las tesis antidivorcistas no solamente se reflejaban en la enumeración de causales de difícil y complicada probanza, sino también en el modo cómo las parejas organizaban y disolvían su patrimonio. Debe considerarse que para entonces la separación de bienes no se configuraba como una alternativa socialmente válida, sino como un epifenómeno aislado y raro. En ese marco cultural interesaba más custodiar el patrimonio de los cónyuges que pensar en el destino de los bienes derivados de una desavenencia conyugal.

De conformidad con el Código Civil de 1936, el fenecimiento de la sociedad ocurría por muerte de uno de los cónyuges, nulidad de matrimonio, divorcio, separación de cuerpos y por declaración de ausencia. Sin embargo, el sistema sancionador del divorcio que atribuía a uno de los cónyuges la culpa por haber quebrado algún deber matrimonial, se instaló con fuerza y lógica en los mecanismos de perecimiento de la sociedad de gananciales. En efecto, de acuerdo con dicho Código, en el contexto de un sistema patriarcal de la propiedad y de la familia, se consagró que la mujer (no el marido) estaba facultada a solicitar la separación de bienes si el marido desatendía sus obligaciones, si el marido no aseguraba los aportes de la mujer, si el marido abusaba de sus facultades de administración y de disposición y, finalmente, si la mujer rehusaba asumir la responsabilidad de la conducción del patrimonio por incapacidad del marido, ausencia o pena privativa de libertad en su contra. Como podrá observarse, la culpa y un aparente papel tutitivo de la ley (aparente, pues, el marido conservaba para sí la gestión y las facultades enajenatorias) presidía el horizonte legal de la separación de bienes, lo cual se vio reforzado al incluirse a la declaración de quiebra de uno de los cónyuges como causal de pleno derecho de dicha separación. Tardíamente, a través de la Ley N.º 15779, del 10

de diciembre de 1965, se admitió como otro mecanismo de separación de bienes, la solicitud conjunta de ambos consortes, siempre que se indicara la expresión de causa.

Pero, qué ocurría si la mujer no había tomado la precaución de solicitar oportunamente la separación de bienes, ya fuese por quiebra o por culpa del marido. En ese caso si el marido había dispuesto del patrimonio conyugal, restaba el recurso al enriquecimiento indebido de difícil y complicada acreditación probatoria. Por lo general, las Cortes resolvían de acuerdo con la voluntad del marido y abandonaban a las mujeres casadas a su suerte. Un cambio de tipo legislativo habría de producirse entre los años 1969 y 1971, cuando el general Velasco con el asesoramiento de un grupo de expertos (entre los que se hallaba Héctor Cornejo Chávez), mediante un conjunto de decretos leyes, dispuso la modificatoria del artículo 188º del Código Civil a fin de que la administración y la disposición de los bienes de la sociedad de gananciales descansaran en ambos cónyuges. Tal avance social fue recogido luego por el Código Civil de 1984. Sin embargo, la estructura básica del sistema de liquidación de los gananciales se mantuvo inólume desde que se reputó a la sociedad patrimonial como el sistema natural de organización de los bienes en el matrimonio.

En el entretanto, sin quererlo, la nueva normativa propició la emergencia de hábiles como defachados deudores o posibles sujetos de crédito que se sirvieron del andamiaje legal subsistente para hallar en él los resquicios que impugnaran la validez de sus créditos con un argumento inatacable: la falta de participación de sus cónyuges en el momento de celebrar un contrato de disposición económica. Los dispositivos del gobierno militar, recogidos luego en el Código Civil, si bien representaban un avance significativo en la progresiva nivelación, a nivel legal, entre hombres y mujeres, dejaban vacíos en el sistema por los que la ingenuidad, la ignorancia o la mala fe podían colarse.

En la década de los noventa, al amparo del manto ideológico del neoliberalismo, emergió en la vida financiera un fenómeno inusual: el préstamo masivo de consumo. De súbito los bancos —reactos hasta entonces al otorgamiento de préstamos a los segmentos medios y populares— conferían un número ilimitado de créditos sin otro requisito que la boleta de pagos o un defectuoso registro inmobiliario y sin otra garantía que una lacónica fianza, cuyo amparo no descansaba ni en un

fondo bancario ni en la hipoteca de una propiedad inmobiliaria, como tampoco en una prenda física o legal. Bastaban entonces las firmas del acreedor y su fiador y, cuando mucho, dos sendas constancias de abonos de remuneraciones para concretar la extensión del crédito. Por supuesto que las entidades financieras buscaban la garantía de la deuda a través de los sistemas registrales hoy vigentes, pero acostumbraban a subvaluar el *status* personal de sus deudores y no comprobaban su estado civil. En ese contexto poco importaba si los clientes eran solteros, casados o divorciados. Lo único que interesaba era que tuvieran un ingreso fijo, que la famosa boleta y una descuidada verificación garantizaban. ¿Qué ocurrió para que el receloso sistema bancario soltase inesperadamente los diques del embalse crediticio? La respuesta no constituye un arcano y, por el contrario, no podía ser más previsible: la posibilidad de un amplio margen de ganancias que descansaban en una alta tasa de interés que el propio préstamo generaba a la entidad bancaria.

Esta insólita práctica, que tenía la virtud de difundir el crédito, no solo obtuvo utilidades sino también propició el fraude, ya sea en agravio del cónyuge que no intervenía o en agravio de los terceros que suscribían los contratos. En ocasiones, los mismos cónyuges se coludían para conseguir judicialmente la ineficacia legal del negocio pactado. La avidez comercial de los bancos —moralmente cuestionable, pero jurídicamente legítima— encontró, pues, como contrapartida la deliberada sustracción a la cobranza y, más exactamente, a la ejecución del crédito, ya que desde su casi incuestionable postura, para la culminación del contrato originario de préstamo, se echaba de menos la injerencia de la pareja.

Un aspecto particularmente sensible (del que se ocupa con maestría el autor) habría de concitar el interés de todos los agentes legales: las deudas que en solitario contratan ciertos cónyuges en perjuicio o a favor de la sociedad de gananciales. Era obvio que tales transacciones afectaban no solo el derecho del otro cónyuge que no intervenía en el contrato, sino también a terceros que acordaban convenciones sin saber que el coestipulante era casado. Cualquier transacción entre particulares podía ser invalidada—incluyendo un simple contrato de compraventa entre individuos aislados e igualmente vulnerables— en

la medida que no se cumpliera con la participación en regla de ambos cónyuges.

El estudio de José Almeida Briceño, *La desprotección del cónyuge y del tercero en la sociedad de gananciales*, parte de una pregunta crucial: cómo tutela la sociedad de gananciales al cónyuge que no interviene en el negocio jurídico y al tercero de buena fe cuando uno de los consortes celebra un acto de disposición o pacta una deuda sin el asentimiento y en perjuicio del otro. El autor, tras cuestionar con lucidez el argumento de autoridad de célebres juriconsultos que acogen y proclaman las virtudes de la sociedad de gananciales, examina las perspectivas a partir de los dos posibles perjudicados: el cónyuge al que llamaremos «inocente» y el tercero que al convenir en el negocio bilateral ignora el estado civil de su contraparte. El cónyuge postergado en la generación del negocio pretenderá recusar la fuerza obligatoria del contrato, en cuya celebración estuvo ausente, e impedir la afectación del patrimonio social por una deuda que no reconoce, mientras que el acreedor intentará defenderse de la impugnación del cónyuge no interviniente para lograr que se ejecute el crédito particular con el patrimonio de la sociedad ante la ausencia de bienes propios del cónyuge deudor.

Debe considerarse —y el presente estudio bien lo señala— que cuando uno de los cónyuges pacta un crédito o cualquier otra operación de disposición del patrimonio social escondiendo su estado de casado, no solo daña a su consorte, lo hace también en agravio de aquel que de buena fe concertó en celebrar el contrato.

¿Acaso existe en el Perú un registro civil unitario y accesible instantáneamente? Pues no. Quien quiera averiguar el estado civil de su contratante tendrá que indagar en todas y cada una de las municipalidades distritales y provinciales del país, sin contar con los registros consulares que tampoco cuentan con una información verificable en tiempo real. En consecuencia, cualquier espíritu diligente de los coestipulantes tenderá al fracaso mientras no se organice en el país una entidad que pueda proporcionar dicha información, sea a nivel de la RENIEC, de los Registros Públicos o, de ser el caso, de un registro municipal único del estado civil. La RENIEC, por ejemplo, custodia celosamente cualquier información acerca de los sufragantes. En las actuales circunstancias no existe otra entidad más organizada que

aquella para la verificación del estado conyugal. Resulta por ello imprescindible que se diseñe un marco normativo conforme al cual, con- tratado todo matrimonio, el Concejo Provincial o Distrital comunique inmediatamente a la RENIEC el acto de la celebración y, del mismo modo que los Juzgados de Familia o de primera instancia, participen a dicho organismo del Estado de la disolución del vínculo. La RENIEC puede abstenerse de proporcionar a los particulares cualquier dato acerca de la edad, domicilio, lugar y mesa de votación de una persona, pero el carácter del estado civil constituye un asunto de dominio público que la seguridad jurídica torna obligatoria.

Dos son las grandes divisiones del estudio objeto de comentario: la disposición arbitraria del patrimonio social y la responsabilidad que las deudas privativas originan. En la primera parte, el autor expone en el estilo de la dialéctica aristotélica y medieval (de larga data en la tradición jurídica y, sobre todo, en un área tan sensible como el Derecho de Familia) argumentos a favor de los perjudicados, tanto del cónyuge no interviniente como del tercero de buena fe. El autor exhibe descarnadamente, a través del análisis legislativo y su confrontación con la casuística, las insuficiencias del artículo 315° del Código Civil. Dicha norma contiene un principio general y tres excepciones. Desde esta perspectiva, se declara que para disponer o gravar bienes sociales se necesita la intervención del marido y de la mujer. Las excepciones a la mencionada regla aluden a la delegación de uno de los cónyuges al otro de un poder especial, a la adquisición de bienes muebles (no ha previsto el legislador que los muebles tienen muchas veces en la sociedad moderna mayor valor que los inmuebles) y a los casos considerados por leyes especiales. Este laconismo legislativo gráfica con elocuencia no solo la escasa importancia concedida a la sociedad patrimonial, sino al entero Derecho de Familia. En efecto, como bien se anota en la presente obra, el tratamiento de la comunidad de gananciales ha sufrido paulatinos recortes en los sucesivos Códigos Civiles que ha tenido el Perú. A tal conclusión debe sumarse que el Código de 1984 introdujo cambios muy ligeros en el campo familiar. Ennececerus sostenía que la historia de la familia era la historia de su descomposición. Ahora podría decirse que la historia peruana de los gananciales es el recuento de su reducción normativa.

La técnica de los argumentos en pro y en contra persiste como línea discursiva del capítulo segundo. En este punto, el autor —de la mano con la jurisprudencia— ensaya una serie de opciones y se ocupa en detalle y a plenitud de un aspecto neurálgico: la inejecutabilidad del patrimonio social sin la previa liquidación de una comunidad de bienes ideal, integral e indivisible, en la que no existen porciones tangibles de atribución real. Qué podría hacer el tercero defraudado. La práctica registral, lo mismo que la doctrina académica y las resoluciones de las Cortes han proporcionado una serie de respuestas. Una de ellas por ejemplo es la que asigna ilegalidad a cualquier medida precautoria o definitiva de embargo sobre los bienes sociales, puesto que con ello se atentaría contra la naturaleza de la sociedad patrimonial, mientras no se produzcan en absoluta liquidación. Una tendencia distinta procura, por el contrario, favorecer los intereses de terceros y, en el fondo, la seguridad de las transacciones al aprobar la afectación de los bienes sociales. Esta última postura se divide a su vez en otras muchas, a las que el autor describe, analiza, juzga y rebate en toda su complejidad.

Conviene destacar la abundancia de material jurisprudencial que se expone y organiza y que es justamente en la doctrina de las Cortes en la que el autor descubre incoherencias y discontinuidades en la solución del problema. De allí que la orientación metodológica del libro, más allá del minucioso análisis del ordenamiento legal y la ponderación de sus vacíos e incertidumbres y de la solidez del marco conceptual-dogmático, tenga la virtud del funcionalismo que, como se sabe, apunta a explicar las reglas y las instituciones en su vida real o práctica. Por lo demás, no es únicamente la doctrina de los Tribunales, especialmente, en la forma de resoluciones casatorias y plenos jurisprudenciales la que en este trabajo se examina, sino incluso la jurisprudencia administrativa emitida por los Registros Públicos, INDECOPI y el Tribunal Fiscal en sus diversas instancias. El lector me permitirá una digresión: José Almeida dispone de una impresionante colección de sentencias casatorias de los últimos diez años. De allí que los casos que este libro presenta han sido extraídos directamente del Diario *El Peruano* y en escasa medida de otras colecciones, las mismas, que francamente, no obstante haberse organizado por equipos numerosos, empalidecen frente a la colección privada de José.

Si glosé a Borges al comenzar, terminaré ahora con una cita suya
«Que yo sepa, nadie ha formulado hasta ahora una teoría del prólogo.
La omisión —recalcaba— no debe afligirnos ya que todos sabemos de
qué se trata». El libro de Almeida ya tiene vida propia, a pesar de mis
palabras y a pesar de la voz de su artífice.

Carlos Augusto Ramos Núñez

Profesor de Historia de Derecho Civil en la
Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima

Preliminares

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 por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales; específicamente, cuando la actuación de uno de los cónyuges, en contravención al principio de cogensión (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 ignora que la persona con la cual contrató es 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 que ambos cónyuges no han participado 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?

No nos ocuparemos del régimen económico que generen aquellas personas que se encuentran en concubinato en estricto sentido (artículo 326° del CC) o en matrimonio putativo (artículo 284° del CC); sin embargo, las soluciones a las que se lleguen podrán ser aplicables a dichos casos por vía supletoria, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia nacional.¹ Tampoco se exami-

¹ Para el concubinato, en adición a las exigencias señaladas por el Art. 326° del CC, es necesario que se declare judicialmente la condición de convivencia. Así lo expresa una

nará 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 fallecimiento 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. 2078º del CC).⁴

Los objetivos del presente trabajo son fundamentalmente dos. El primero, desentrañar los verdaderos alcances que en nuestro régimen patrimonial de sociedad de gananciales posee la disposición arbitraria y la responsabilidad por deudas privadas de los bienes sociales a favor de uno u otro de los sujetos cuyos intereses están en juego. El segundo,

sólida tendencia jurisprudencial: CAS. N.º 688-95 LAMBAYEQUE del 12 de setiembre de 1996, publicada en la SIEP el 09 de diciembre de 1996, págs. 2471; CAS. N.º 1824-96 HUANURA del 04 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 04 de agosto de 1998, págs. 1510; CAS. N.º 1620-98 TACNA del 10 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 23 de abril de 1999, págs. 2925; CAS. N.º 2623-98 JAEN del 13 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 12 de octubre de 1999, págs. 3704-3705; CAS. N.º 2279-98 AREQUIPA del 12 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 08 de agosto de 2000, págs. 5778-5779; CAS. N.º 638-99 JAEN del 27 de junio de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8205-8206; CAS. N.º 3021-2001 LIMA del 04 de setiembre de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, págs. 9578 y CAS. N.º 1851-2001 LAMBAYEQUE del 24 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 2002, págs. 9705. Respecto del matrimonio putativo, véase: CAS. N.º 3760-2000 LIMA del 18 de abril de 2001, publicada en la SCEP el 31 de agosto de 2001, págs. 7613 y CAS. 3775-2000 AREQUIPA del 28 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de setiembre de 2002, págs. 9170-9171.

² La CAS. N.º 3375-97 PUNO del 19 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 14 de abril de 2000, págs. 5089-5090 ha señalado que los actos de disposición de bienes propios pertenecientes al otro cónyuge adolecen de nulidad, por falta de manifestación de voluntad (Art. 219º, inciso 1 del CC).

³ La CAS. N.º 2818-2000 LAMBAYEQUE del 19 de enero de 2001, publicada en la SCEP el 02 de julio de 2001, págs. 7338, señala, respecto de los actos de disposición arbitrarios 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. 219º, inciso 3 del CC). Además véase el interesante libro de RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. *La Comunidad Postganancial*. Barcelona: Ed. Bosch, 1997, 203 págs. y la CAS. N.º 1722-2001-CUZCO del 05 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 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 con la legislación vigente en el primer domicilio conyugal.

a partir de lo anterior, precisar los mecanismos compensatorios que permitan equilibrar la balanza del derecho cuando esta se inclina a favor de uno de los sujetos en desmedro del otro.

Desde luego, la principal dificultad que tiene cualquier cuestionamiento al régimen patrimonial de sociedad de gananciales estriba en su propia justificación. Existen elementos de juicio a tener en cuenta para no fracasar en el intento. En efecto, no debe perderse de vista que este 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 desde la Colonia y que tuvo como fuente el derecho castellano vigente en dicha época.⁵ De modo tal que actualmente la gran mayoría de parejas elige a la sociedad de gananciales como el régimen patrimonial de su matrimonio, mientras que un menor número lo hace por la separación de patrimonios. Ven en la primera el reflejo del 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, aun a pesar de algunos reparos que se pudiesen hacer a su elaboración (reparos que en mayor o menor medida toda institución jurídica tiene).

Sumado a lo anterior está la última modificación del Derecho de Familia gestada por el CC de 1984, además de otras novedades que en su momento hizo notar el legislador, adecuó el antiguo «régimen» de sociedad de gananciales (Artículos 176º al 239º del CC de 1936) al principio constitucional de igualdad entre varón y mujer (Artículo 2º, inciso 2 de la Constitución de 1979) eliminando cualquier resquicio de

⁵ Ante las diversas teorías que tratan de explicar el origen del régimen castellano, nos inclinamos por aquella que considera que este entrelaza la costumbre germánica, en la que el marido entrega a la mujer como dote la mitad de sus bienes no solo 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 Alguert). Barcelona: Salvat, 1953, págs. 319-322; PUG PENA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Vol. I. Barcelona: Nauva, 1966, págs. 269-270 y 288-289; ECHECOPAR GARCÍA, 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.

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. Actualmente, este gobierno y representación corresponde a ambos cónyuges (Arts. 290° y 292° del CC) y exige la actuación conjunta (principio de cogestión) en aquellos actos que recaigan sobre bienes sociales o que se pretendan hacer efectivos sobre los mismos (Arts. 315° y 317° del CC). La intervención de los dos es un principio rector que resulta precisamente como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de igualdad entre varón y mujer en el ámbito de la sociedad de gananciales.

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

Un hecho que haría a más de uno declinar en el intento de plantear modificaciones es la suma de «voces autorizadas» que preconizan las bondades 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 considera-

bles 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

⁶ En cuanto se refiere a los actos de disposición (y gravamen) arbitrarios del patrimonio social, sin embargo, el Decreto Ley N.º 17838 del 30 de setiembre de 1969 modificó el Art. 188° del CC de 1936 de modo tal que se requería la intervención de la mujer para dichos actos.

⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Sociedad Conyugal. Lima: Ed. Studium, 1991, págs. 284-285 y COMISION DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL. *Código Civil*. Tomo IV. Exposición de Motivos y Comentarios. Comp. Delia Revoredo de Debnkey. 2da. ed., Lima: Ed. Grafotécnica, 1988, págs. 454-455.

Arias-Schreibert, ponente de la Reforma del Libro de Derecho de Familia en la comisión que se encargó, por Ley N.º 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 separación 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

Estas opiniones han sido admitidas complacientemente por la mayoría de doctrinarios que en nuestro país estudian la sociedad de gananciales entre otros temas del Derecho de Familia. Da la impresión que dicho régimen patrimonial se encuentra formado por un estatuto de reglas apodfíticas establecidas por el legislador, las cuales nadie puede verse tentado de reformar.

⁸ ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max. *Exégesis CC Peruano de 1984*. Tomo VII. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1997, pág. 15.

⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Comisión de reforma de Códigos. Legislatura 1998-1999*. Tomo II. Difusión Legislativa. 2da. ed. Lima: Ed. Congreso de la República, 1999, pág. 515 y en INDEJ. *Reforma del Código Civil Peruano*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1998, págs. 142-143. También Lourdes FLORES NANO señala —en la propuesta de modificaciones al Libro de Derecho de Familia que planteó— que el régimen patrimonial no debe sufrir modificaciones sustantivas en relación con el Código vigente; al respecto, véase: COMISIÓN DE REFORMA DE CÓDIGOS. *El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)*. Tomo I. Lima: Ed. Jurídicas, 2000, pág. 300.

¿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 para connotados doctrinarios funciona satisfactoriamente y que cumple plenamente el principio consuetudinario 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 del problema planteado, son los que expongo a continuación:

a) La actual regulación de la sociedad de gananciales —y en general, del régimen patrimonial del matrimonio— es poco original y tiene 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.

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; aun cuando hubo figuras que nunca fueron asimiladas, como es el caso de las capitulaciones matrimoniales. De 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 privados). 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— ni su constante preocupación por

adecuar el régimen patrimonial del matrimonio al principio constitucional de igualdad entre los cónyuges; sin embargo, debemos anotar que precisamente esto 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 modernizar las que quedaban en 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 solo cuenta con 45 artículos (Arts. 287° al 331°) para regular el régimen patrimonial del matrimonio.

b) En la doctrina nacional se ha empezado a gestar 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 de las nuestras ya que está hecha de manera 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 cuestionar la aparente solidez de una institución, cuyo tratamiento por otra parte se expone de manera ordenada y simple en la mayoría de manuales de Derecho de Familia de nuestro medio,¹⁰ al objetar diversos aspectos de este régi-

men 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 solo tienen 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 caído en un círculo vicioso al repetir lo que dijo el legislador, como si la intención de este hubiese sido agotar las discusiones acerca del tema para siempre y le hacen 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.

c) Aún no se han investigado a plenitud los criterios jurisprudenciales que nuestra magistratura nacional ha ido formando frente a la extensa casuística que respecto del tema se le pone a su disposición, tanto a nivel de Plenos Jurisdiccionales como en las diversas instancias, especialmente en casación en la que 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 desorientados por el desorden en que han sido publicadas estas casaciones, la insuficiencia de sus compilaciones y la poca importancia que algunos le atribuyen han llevado a los doctores a no considerarlas en sus investigaciones académicas, mucho más si tenemos en cuenta que estas no representan en estricto jurisdicción vinculante y que en muchas oportunidades es incierto encontrar entre ellas pronunciamientos relacionados con una investigación académica.

¹⁰ Nos referimos a las siguientes obras que básicamente son repetición de lo ya dicho por el legislador y que no serán más citadas en el presente trabajo: PERALTA ANIDIA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. 2da. ed. Lima: Idemsa, 1995, 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 Eloy MOMETHIANO ZUMAETA. *Derecho de Familia*. Lima: Ed. San Marcos, 2001, págs. 381-450; DIAZ VALDIVIA, Héctor. *Derecho de Familia*. Arequipa: Edijur, 1993, págs. 87-115 e HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho de Familia*. Lima: Ed. San Marcos, 1999, 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 GARCÍA, Luis. *Régimen legal de bienes en el matrimonio*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1999, 158 págs.

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 manera de analizar 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 posibilitando el acercamiento a los pedidos de los interesados y a su vez huir de la aridez a la que conducen los conceptos a los que la doctrina nacional nos tiene habituados. De otro lado, nos preguntamos ¿cuántos trabajos en sistemas jurídicos similares a los nuestros se realizan sin tener en cuenta la jurisprudencia emitida por sus Tribunales? Los jueces no son meros operadores del derecho, sino los intérpretes de la ley al caso concreto; no tener en cuenta sus pronunciamientos es un gran error.

Asimismo, no debe perderse de vista que se trata de casos que han merecido mayor discusión en nuestros Tribunales de Justicia y por lo tanto, son más relevantes en cuanto a lo que al régimen patrimonial del matrimonio respecta. Otros temas, como la suspensión judicial del derecho de cohabitación (artículo 289° del CC), el abuso de representación de los cónyuges (artículo 292, tercer párrafo del CC), la autorización judicial para ejercer cualquier profesión (artículo 293° del CC), el cambio de régimen patrimonial por mandato judicial (artículo 329° del 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 estos resuelven el problema planteado, en cumplimiento de sus fines, estando próximos a los diez años de vigencia del CPC.

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 por ejemplo 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) y 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 incluir a la insolvencia como causal de cambio del régimen patrimonial de sociedad de gananciales (quinta disposición final del Decreto Supremo N.° 014-99-JTINCI del 01 de noviembre de 1999, TUO de la Ley de Reestructuración Patrimonial y actualmente por la primera disposición modificatoria de la Ley N.° 27809 del 08 de agosto de 2002).

Es de destacar, no obstante, que han existido dos principales intentos de modificación legislativa. La primera formaba parte de los Proyectos presentados a la Comisión de Reforma del CC de 1984 (publicados en la Separata del Diario Oficial *El Peruano* del 07 de enero de 1995) y la segunda, elaborada por la Comisión de Reforma del Código Civil constituida mediante Ley 26394 del 22 de noviembre de 1994. Estas propuestas, que a la fecha han sido desestimadas, serán reseñadas por ser relevantes para el desarrollo del presente trabajo.

Marco Teórico y Metodológico

El conjunto de datos que acabamos de exponer revela —como hipótesis de trabajo— una respuesta negativa al problema planteado.

Para verificar la validez de esta hipótesis acudiríamos necesariamente a diversas instituciones del Derecho Civil a las cuales acuden las partes involucradas —el cónyuge no interviniendo y el tercero de buena fe— para sustentar sus argumentos de defensa. Puede plantearse 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 contradictorias, permanecen irreconciliables frente a la problemática ofrecida en la presente investigación.

Por un lado, el cónyuge no interviniendo simboliza a la familia y su argumento es la protección del interés familiar. El Art. 4° de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia, promueven el matrimonio y reconocen a estos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. ¿Cómo la pueden proteger si se permite que cualquiera de los cónyuges dilapide o produzca la afec-

tación del patrimonio social, siendo este 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 negociables y contractuales (la nulidad, la rescisión, la resolución, la anulabilidad y la inoponibilidad) con el objetivo de determinar con cuál de ellas logrará 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 manera 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 feneamiento y liquidación.

Por 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, como la de los Derechos Reales o la de los Registros Públicos, que tienden fundamentalmente 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. Estas teorías explican figuras como la del adquirente a *non domino* o del tercero registral sin cuya existencia no existiría 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), 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 el presente libro garantiza el pluralismo metodológico y 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, lo que nos conducirá a la recreación de nuestra ley nacional a partir de diversos métodos de interpretación y de una apreciación valorativa de las distintas soluciones jurisprudenciales.

Es así que la presente investigación se desenvolverá en torno de casos jurídicos y de las diversas soluciones y argumentos jurídicos propuestos en el curso de su desarrollo judicial o legislativo. Esto será presentado en cinco etapas las mismas que a continuación presentamos debidamente explicadas:

a) *Presentación de casos.* Inicialmente se presentarán casos que cotidianamente son materia de los pronunciamientos judiciales y se orientará al lector a la solución de los mismos. Estos casos serán expuestos de manera clara, concisa y breve y se concluirá con la exposición de las posiciones de las partes en contienda.

b) *Marco conceptual.* La segunda etapa consiste en exponer cuáles serían las posibles soluciones a los casos planteados con la finalidad de entender aún más cada una de las posiciones en conflicto. Para ello, utilizaremos el método dogmático y definiremos cada uno de los recursos que podrán utilizarse a favor de una y otra parte, pero sin extender los límites del presente trabajo a áreas de las que la doctrina se ha ocupado con mayor detenimiento. Por lo tanto, nos remitiremos a ella y prescindiremos de un capítulo separado que explique con mayor amplitud estos conceptos.

c) *Soluciones jurisprudenciales.* Inciden en el valor de la Jurisprudencia como fuente del Derecho y en su función de elaboración de la norma legal al exponer 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. Para tal fin se han recopilado todas las sentencias en casación publicadas en el Diario Oficial *El Peruano* que, hasta el mes de diciembre de 2002, suman más de 35,000.¹¹

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*.

Como producto de la revisión de estas casaciones, se han seleccionado y fichado 225 que son las que guardan relación con los casos planteados y que serán 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 en la publicación de estas casaciones pues estas 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, con lo cual es frecuente 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 análisis sistemáticos de estas casaciones por lo que se limitan, 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 en nuestro medio no existen compilaciones confiables de estas casaciones. Todas ellas adolecen de inexactitud y no indican cuándo fueron publicadas en el Diario Oficial. Corroboro lo anterior el hecho que las sentencias clasificadas en el presente trabajo superan largamente cualquiera de estas compilaciones respecto del tema de investigación.¹³

Esta etapa se complementará con jurisprudencia administrativa en la medida que nos ayude a comprender en su integridad lo hecho por cada una de las partes en conflicto en defensa de sus intereses. Para

¹² Esta manera de publicar las casaciones demuestra irresponsabilidad por parte de las instituciones encargadas de su sistematización, en especial de la empresa estatal Editora Perú. Solo 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. Además, la Corte Suprema de Justicia no ha cumplido con ordenar la publicación de los principios jurisprudenciales a los que hace alusión el Art. 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni tampoco con los 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, al solicitar la participación de diversos autores en el comentario de sentencias emitidas en casación.

ello se han compilado 15 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 (INDECOP) relacionadas con la insolvencia conyugal; 55 resoluciones 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 y 03 resoluciones expedidas por el Tribunal Fiscal acerca de la ejecución del patrimonio social por deudas tributarias.¹⁴

Con este esquema aquellas instituciones que aparecían como entidades congeladas en la letra del Código, ahora pueden aparecer más dinámicas y ser apreciadas a plenitud. Por otro lado, se podrá determinar si existe o no uniformidad jurisprudencial en aspectos que son calificados como esenciales en la presente investigación.

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

Así, sin prescindir de ninguno de los métodos tradicionales de interpretación —literal, exegético, sistemático y lógico— ni del 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) a partir de los derechos que en el plano sustantivo y procesal se confieren a favor del cónyuge no interviniente y del tercero de buena fe.

No por ello se ha renunciado a los métodos histórico comparativos, si bien se los ha reducido a sus justos términos. Serán usados en cuanto nos permitan conocer datos precisos acerca del origen de la actual

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 INDECOP resuelve en última instancia todos los procedimientos de reestructuración patrimonial a nivel nacional, al igual que el Tribunal Fiscal respecto de las deudas tributarias.

regulación del régimen de sociedad de gananciales y de otras opciones que se cuentan como posibles soluciones en otros ordenamientos jurídicos. Debemos mencionar que luego de finalizada nuestra exploración bibliográfica, nos llamó la atención la diversidad de sistemas existentes en la legislación comparada. En esencia no existen dos sistemas idénticos, lo cual resulta singular en nuestro sistema romano germánico en el que es factible observar una estrecha semejanza en otros grandes problemas.

Lo anterior no acontece con relación a nuestro tema. Algunos países permiten la elección entre uno o más regímenes patrimoniales los que pueden estar 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 modificación de los efectuados 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 aun 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 estas ofrecen un interés relativo cuando se trata de interpretar las disposiciones de nuestra ley nacional.

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

Estructura del presente trabajo

El presente libro ha sido dividido en dos capítulos. El primero está referido a la disposición arbitraria del patrimonio social que se caracteriza porque la actuación del cónyuge culpable produce directamente un cambio en la situación preexistente de dicho patrimonio, ya sea por pérdida o por modificación de un derecho. Regularmente se incluyen en 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) de renuncia, que importa el abandono de un derecho mediante declaración de voluntad.¹⁵

El segundo, se refiere 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 tienen 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 presentarán 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 el Derecho se inclina a favor de uno de ellos en desmedro del otro.

Esta estructura puede presentar más de un reparo. A muchos el alcance de la presente investigación les puede parecer original, mientras que a 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, pese a que la doctrina especializada —aunque minoritaria, citada en el presente trabajo— nos ha habituado a un manejo segmentado del tema, seguramente guiada por los diferentes artículos que el CC utiliza para su regulación y por la particular problemática que surge de su interpretación aislada; basta leer por separado el artículo 315° (disposición arbitraria) y los artículos 307°, 308° y 309° del CC (responsabilidad por deudas privativas). Por lo mencionado vale preguntarse: ¿qué relación existe entre ambos temas que justifique su tratamiento en conjunto y que no los convierta en una mezcla sin orden, semejanza ni armonía?, por cierto, al margen de

¹⁵ Confronte estas categorías, la RES. N.º 248-2000-ORLCT/TR del 21 de agosto de 2000, publicada en la ORLCT, vol. XI, tomo I, págs. 70-72.

que se hallen en un mismo capítulo del CC (Capítulo II, Título III, Libro III).

La principal razón del establecimiento de la relación mencionada radica en que ambas partes del trabajo poseen 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 al 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 obra. Nuestro propósito, como es evidente, consiste en avanzar más allá de lo ya planteado. Solo hemos considerado conveniente definir tres conceptos que, a nuestro parecer, no han recibido una adecuada definición teórica y que serán capitales para el desarrollo de la presente investigación: sociedad conyugal, sociedad de gananciales y patrimonio común.

El concepto de sociedad conyugal es importante porque de su definición se 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 dependerá de la misma contra quién lidiará el tercero de buena fe: si 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 por la redacción del primer párrafo del artículo 292° del CC «la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges (...)». 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 supondría—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 y resultaría 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 con una sociedad civil porque, a diferencia de esta, no posee ánimo de lucro (*affectio societatis*) ni tampoco se encuentra en 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 sinónimo de pareja matrimonial, es decir de 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 con la clásica definición de Portalis. Por lo tanto, cuando uno de los cónyuges otorga al otro poder para practicar un acto de disposición no lo hace a nombre de la sociedad conyugal, sino a nombre propio.¹⁶ Esta sociedad conyugal puede organizarse, de acuerdo con las opciones establecidas por el Art. 295° del CC, al amparo del régimen patrimonial de sociedad de gananciales o al de separación de patrimonios, ya sea antes de la celebración del matrimonio o durante el mismo. Siendo así, la sociedad conyugal puede subsistir aun cuando se liquide la sociedad de gananciales, por ejemplo en el caso 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 estos y los terceros. Se caracteriza porque durante su vigencia se conforman tres patrimonios: los privativos de cada cónyuge y el patrimonio común.

Los bienes que conforman los patrimonios privativos son aquellos que los cónyuges tenían antes del matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Estos bienes—según reza el Art. 303° del CC—son administrados por el cónyuge a quien pertenecen, el que a su vez podrá disponer de ellos o gravarlos. Sin perjuicio de esta amplia

¹⁶ En el ámbito registral tampoco se considera a la sociedad conyugal como una entidad distinta de los cónyuges, como se puede apreciar en los Arts. 44°, inciso 7 y 61° del Reglamento de Inscripciones que señalan que los bienes son inscritos con los nombres de los dos cónyuges y no de una supuesta entidad denominada sociedad conyugal.

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° del CC) por lo que estos bienes también se encuentran afectos al levantamiento de las cargas matrimoniales, ante la insuficiencia del patrimonio social (Art. 317° del CC).

El patrimonio común, en cambio, está integrado por las adquisiciones a título oneroso realizadas por los cónyuges durante el matrimonio y por 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° del CC) por lo tanto, pertenece globalmente a los cónyuges en común, de acuerdo con una naturaleza jurídica que se aproxima al patrón ideal de comunidad germánica (o en mano común). Esto quiere decir que ninguno de los cónyuges puede disponer, como bienes privativos suyos, de las mitades indivisas de los bienes comunes. En consecuencia, 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, en la que los codueños poseen cuotas ideales sobre el bien indiviso las mismas que forman parte de su patrimonio personal. En este caso las cuotas ideales y la de los respectivos frutos pueden ser dispuestas o gravadas (Arts. 969° y 977° del CC).

Un aspecto que el legislador deja en la sombra, acaso por pensar que está suficientemente aclarado, es qué relación tiene la sociedad conyugal con el patrimonio autónomo. Sobre esto parece haber tomado partido, como puede leerse curiosamente no en el CC, sino en la actual redacción del segundo párrafo del Artículo 65° del CPC (restaurado 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

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 el 27 de setiembre de 1999, págs. 3582-3583 y CAS. N.° 2150-98 LIMA del 20 de

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. En estricto aquellos tienen un derecho o interés común respecto de los bienes que conforman dicho patrimonio, sin constituir una persona jurídica. Esto no se refiere, aclarando los vacíos dejados por la ley procesal, al caso en el que los cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios ni a los bienes propios bajo el régimen de sociedad de gananciales.

enero de 1999, publicada en la SCEP el 19 de marzo de 1999, págs. 2834-2835. Un segundo grupo considera que el patrimonio común es la sociedad conyugal: CAS. N.° 938-99 LIMA del 03 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, pág. 3908; CAS. N.° 1718-99 LIMA del 09 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4967-4968; CAS. N.° 2490-00 CAJAMARCA del 09 de enero de 2001, publicada en la SCEP el 30 de abril de 2001, págs. 7188-7189 y CAS. N.° 1211-00 LIMA del 09 de noviembre de 2000, publicada en la SCEP el 02 de enero de 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 el 22 de febrero de 2000, págs. 4684-4685; CAS. N.° 1895-98 CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104; CAS. N.° 158-00 SAN MARTIN del 09 de mayo de 2000, publicada en la SCEP el 30 de octubre de 2000, págs. 6369-6370 y CAS. N.° 342-00 LIMA del 04 de mayo de 2000, publicada en la SCEP el 25 de agosto de 2000, págs. 6101-6102. En la CAS. N.° 1071-97 LAMBAYEQUE del 05 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 2000, págs. 6206-6207 se comete un craso error al confundir la sociedad de gananciales con la copropiedad. El tema merece ser resuelto en un Pleno Casatorio.