

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

José Almeida Briceño



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ / FONDO EDITORIAL 2003

José Almeida Briceño,
abogado por la
Universidad Nacional
de Trujillo, y Magíster
en Derecho con
mención en Derecho
Civil por la Pontificia
Universidad Católica
del Perú. Su tesis de
Maestría fue aprobada
con la mención de
sobresaliente por el
Jurado calificador y ha
servido de base para la
elaboración del
presente libro.

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

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



IMPRESIÓN Y DISTRIBUCIÓN EN LA CIUDAD DE MADRID

José Almeida Briceño

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



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ / FONDO EDITORIAL 2003

José Almeida Briceño

La desprotección del cónyuge y del tercero en la sociedad de gananciales

Primera edición: octubre 2003

Tiraje: 500 ejemplares

© 2003, José Almeida Briceño

© 2003 de esta edición por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú

Telefax: 330-7405; 330-7410; 330-7411

Email: feditor@pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Erik Chiri

Corrección de estilo: Pilar Vivas Bravo

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos Reservados

ISBN: 9972-42-589-4

Hecho el Depósito Legal N.º 1501052003-4030

Impreso en el Perú – Printed in Peru



Índice

Abreviaturas y citas	9
Dedicatoria	11
Prólogo	13
Agradecimientos	21
Preliminares	23
El conflicto de dos intereses	23
¿Por qué emprender esta investigación?	29
Marco Teórico y Metodológico	33
Estructura del presente trabajo	38
1. La disposición arbitraria del patrimonio social	45
La regla de la actuación conjunta	45
1.1. Argumentos a favor del cónyuge no interviniente	53
La absorción del principio de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio	53
La nulidad como solución jurisprudencial	63
Soluciones minoritarias	73
Inconvenientes de estas soluciones	81
¿Cuál es la sanción adecuada?	90
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

2. La responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas	157
El vínculo obligacional en la sociedad de gananciales	157
2.1. Argumentos a favor del cónyuge no interviniente	166
Los caminos errados del tercero	166
Reconstruyendo la responsabilidad por deudas privativas	176
Inejecutabilidad del patrimonio social antes de su liquidación	185
Calificación registral de las medidas cautelares sobre bienes sociales	196
2.2 Argumentos a favor del tercero de buena fe	206
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
2.3 Mecanismos compensatorios	245
Una aplicación más de la Teoría del reembolso	245
¿Qué otros mecanismos puede utilizar el tercero acreedor?	251
3. Hacia el equilibrio de la balanza	261
Pautas para futuras investigaciones	261
Conclusiones	267
Bibliografía	283
Índice de casaciones y de resoluciones administrativas	293

Abreviaturas y citas

AELE	Biblioteca AELE (Resoluciones del Tribunal Fiscal)
CAS.	Casación
CC	Código Civil
CCJC	El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria
CJSDC	Compendio de Jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia
CPC	Código Procesal Civil
LGSC	Ley General del Sistema Concursal
LRP	Ley de Reestructuración Patrimonial
ORLC	Oficina Registral de Lima y Callao - Jurisprudencia Registral
RES.	Resolución
RTF	Resolución del Tribunal Fiscal
SCEP	Separata de Casación del Diario Oficial <i>El Peruano</i>
SJEP	Separata de Jurisprudencia del Diario Oficial <i>El Peruano</i>
TUO	Texto Único Ordenado

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 a la página en la que aparecen registradas las casaciones y resoluciones administrativas. Algunos ejemplos:

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

RES. N.º 039-96-ORLC/TR del 02 de febrero de 1996, publicada en la ORLC, año I, volumen II, págs. 125-127.

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

RTF N.º 41-1-99 del 22 de enero de 1999, publicada en AELE, Código Tributario, Vol. III, Resoluciones del Tribunal Fiscal, págs. 231-232.

2. Las resoluciones aparecen tal como fueron publicadas, salvo aquello escrito entre corchetes [...], que es un agregado 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.

Prologo

A mis padres, por enseñarme que
la perseverancia supera cualquier
adversidad en la vida.

... de la vida...
... de la vida...
... de la vida...

Prólogo

Después de la claridad didáctica y conceptual de los Preliminares con los que comienza José Almeida Briceño este trabajo, me siento 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 ese payador 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 pródigo en hipérboles 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 propicio 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 reacio 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 matrimonio 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 tuitivo 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 188° 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 incólume desde que se reputó a la sociedad patrimonial como el sistema natural de organización de los bienes en el matrimonio.

En el entretiem po, sin quererlo, la nueva normativa propició la emergencia de hábiles como desfachatados 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 —reacios 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 contraían 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 jurisconsultos 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 llamáramos «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, contraído 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 grafica 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. Enneccerus 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

Agradecimientos

Este libro se basa en la tesis que sustenté el 7 de mayo de 2002 para obtener el grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y que obtuvo por unanimidad la calificación de sobresaliente.

En el camino a su publicación, la posición defendida en dicha tesis se ha visto fortalecida con una revisión adicional de las casaciones publicadas durante todo el año 2002 y que, en suma, constituyen un indicio doctrinal de que la casación no está cumpliendo los fines que le fueron encomendados por el artículo 384° del Código Procesal Civil. Frente a casos similares las diversas Salas —y en algunos casos la misma Sala— de la Corte Suprema de Justicia resuelven en sentidos diferentes e interpretando incorrectamente el Derecho objetivo.

Esta labor jamás hubiese sido posible, si no hubiese contado con la grata colaboración de mi familia y de mis amigos. Así, quiero manifestar mi más sincero agradecimiento a Rómulo Morales Hervias, quien tuvo a cargo la asesoría de la investigación de mi tesis y brindó importantes consejos en su desarrollo y a Armando Guevara Gil, quien propuso valiosas sugerencias para el diseño metodológico utilizado en el presente libro. Asimismo, a Mariella Rivera Godos y a mis hermanos Antonio y Vanessa quienes atenuaron en parte la fatigosa labor de recolección de las casaciones y otras resoluciones administrativas. Todos ellos aportaron algo más: su entusiasmo y gozo por el trabajo intelectual.

Lima, enero de 2003

José Almeida Briceño

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 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 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

ará 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° 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 privativas 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 SJEP el 09 de diciembre de 1996, pág. 2471; CAS. N.º 1824-96 HUAURA del 04 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 04 de agosto de 1998, pág. 1510; CAS. N.º 1620-98 TACNA del 10 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 23 de abril de 1999, pág. 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, pág. 9578 y CAS. N.º 1851-2001 LAMBAYEQUE del 24 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 2002, pág. 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, pág. 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. 219°, 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, pág. 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. 219°, 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 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

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 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 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 unilateral 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-

⁶ En cuanto se refiere a los actos de disposición (y gravamen) arbitrarios del patrimonio social, sin embargo, el Decreto Ley N.° 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.

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

⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Sociedad Conyugal. Lima: Ed. Studium, 1991, págs. 284-285 y COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil*. Tomo IV. Exposición de Motivos y Comentarios. Comp. Delia Revoredo de Debakey. 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 apodícticas 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 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 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 plantharemos 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 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— 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-

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 ANDÍA, 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: Edijsur, 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

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 jurisprudencia vinculante y que en muchas oportunidades es incierto encontrar entre ellas pronunciamientos relacionados con una investigación académica.

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-ITINCI 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 acudiremos necesariamente a 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 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 interviniente 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 negociales 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 fenecimiento 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 (INDECOPI) 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 INDECOPI 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 desprenderán 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 Comparte estas categorías, la RES. N.º 248-2000-ORLC/TR del 21 de agosto de 2000, publicada en la ORLC, 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 (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

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.º 938-99 LIMA del 03 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, pág. 3908; CAS. N.º 1718-99 LIMA del 09 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4967-4968; CAS. N.º 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.º 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.º 911-99 ICA del 07 de diciembre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de febrero de 2000, págs. 4684-4685; CAS. N.º 1895-98 CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104; CAS. N.º 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.º 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.º 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.

1. La disposición arbitraria del patrimonio social

La regla de la actuación conjunta

El Art. 315° del 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 en el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales, especialmente cuando uno de los cónyuges infringiendo la regla contenida en 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 casos, la disposición arbitraria recae sobre inmuebles que conforman el patrimonio social. Rosa Obregón y Juan Rojas contrajeron matrimonio al amparo del régimen de sociedad de gananciales y adquirieron durante su vigencia dos inmuebles. Uno de ellos está ubicado en la calle San José N.º 322 y el otro en la avenida Santa Victoria N.º 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 Rosa Obregón tomó conocimiento de estos hechos pretendió la reivindicación de los bienes sociales arguyendo que su consorte simuló dichos actos a favor de sus hijos y que por lo tanto estaban viciados de nulidad. Los compradores de los inmuebles, por su parte, señalaron que actuaron bajo la fe del registro, ya que en este 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 al amparo del 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; a su vez 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 solo 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 para lo cual afectó la propiedad predial urbana y las edificaciones de la calle Alonso de Molina N.º 110, Monterrico, Santiago de Surco de la ciudad de Lima así como la Colección de Armas del Perú y Oro del Mundo que adquirió durante su matrimonio, al amparo del régimen de sociedad de gananciales, con Aída 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 estos se realizaron sin su consentimiento. El esposo señaló que la mayoría de dichos bienes ingresaron a su patrimonio propio por haber sido adquiridos antes del matrimonio y que estos 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° del CC. La elección se circunscribirá a 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° del 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° del CC) que si bien teleológicamente es idéntica a la nulidad, se diferencia de esta 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° del 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° del CC) ya que el cónyuge interviniente actuó como seudo representante de su consorte preterido y por consiguiente, el acto resulta ineficaz frente a este.

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° del 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 —aun 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° del CC) 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 a las excepciones establecidas por el Art. 315° del CC, específicamente en aquellos casos que se intentarán descifrar como «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 manera en que las normas del CC sirven en la defensa de los intereses de una y otra parte en conflicto serán presentadas en el presente capítulo para lo cual se tratarán 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 el Derecho no se incline a su favor.

Es importante tener presente que, aun cuando el CC no lo exprese claramente, la regla de la actuación conjunta presenta una excepción más en la medida que esta 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»— en las que se encuentran las necesidades ordinarias del hogar a que hace alusión el Art. 292° del CC (asistemáticamente

ubicado en el Capítulo Único del Título II del Libro de Familia) o de manera análoga la contribución al sostenimiento del hogar, según las posibilidades y rentas de los cónyuges que menciona el Art. 300° del CC. En estos casos, los cónyuges se encuentran autorizados para actuar indistintamente (potestad doméstica).

En 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 del CC). Para las primeras debe tenerse presente que las necesidades inmediatas de la familia deben encontrarse en proporción con la condición social y económica de esta y que los gastos que tengan por meta el cuidado de la familia, incluidas las necesidades urgentes, aun cuando sean de carácter extraordinario son parte de dichas necesidades.¹

Por lo tanto, los alcances del Art. 315° del 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, en el caso del arrendamiento de un bien, cuando uno de los cónyuges actúa como arrendatario ¿puede considerarse como un acto dirigido a atender las necesidades ordinarias del hogar o como un acto de administración o disposición? En un proceso de desalojo por vencimiento del contrato de arrendamiento, el demandado (cónyuge no interviniente), con el fin de evitar el lanzamiento del inmueble que ocupaba, argumentó que dicho contrato fue suscrito únicamente por su esposa y por lo tanto, ante la falta de su

¹ Comparten esta posición: PLÁCIDO, 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, 5ta. ed., Barcelona: Bosch, 1991, págs. 149-151 y DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 7ma. ed., Madrid: Tecnos, 1998, págs. 153-154 y 201.

asentimiento, requería declararse previamente la nulidad del mismo. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 3053-98 CALLAO, resolvió la controversia interpretando los alcances del artículo 292º del CC² señalando que el acto de administración es aquel que tiene por objeto conservar y obtener el normal rendimiento de los bienes sobre los que recae. 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. Situación 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, consideró que sí porque el arrendamiento del bien tuvo por objeto proveer un domicilio conyugal en el que los cónyuges hicieron vida en común, obligación establecida por el Art. 289º del CC. En consecuencia, para dicho acto bastaba la intervención de uno solo de los cónyuges.³

² CAS. N.º 3053-98 CALLAO del 19 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 18 de agosto de 1999, págs. 3220-3221. El Artículo 292º del 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», citada en dicho artículo, debe entenderse íntimamente ligada a los actos de conservación con el objeto de diferenciarla de los actos de «administración del patrimonio social» (Art. 313º del CC) y en los que sí se requiere la actuación conjunta de ambos cónyuges.

³ A contracorriente de lo expuesto, la Oficina Registral de Lima y Callao considera como única regla la actuación conjunta cuando uno o ambos cónyuges son arrendatarios del bien. Así, la RES. N.º 172-98-ORLC/TR del 28 de abril de 1998, en ORLC, vol. VI, págs. 125-128. PLÁCIDO, Alex. Ob. cit., 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 esta. 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». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 4, año III, 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.

Con mayor claridad, el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao distingue los actos de administración, 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 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; (ii) la cancelación o levantamiento de la hipoteca, que requiere la intervención del cónyuge del acreedor hipotecario; y (iii) la renovación de la hipoteca que exige la intervención del garante hipotecario y de su consorte.⁴

Otro supuesto discutible es el referido a la defensa del patrimonio conyugal: ¿requiere la actuación conjunta o indistinta de los cónyuges? El Art. 65° del CPC (modificado por el Decreto Legislativo 861 del 22 de octubre de 1996 y luego restituido en su texto original por la Ley N.º 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

⁴ RES. N.º 445-2000-ORLC/TR del 15 de diciembre de 2000, en ORLC, vol. XI, tomo I, págs. 65-69; RES. N.º 248-2000-ORLC/TR del 21 de agosto de 2000, en ORLC, vol. XI, tomo I, págs. 70-72; RES. N.º 174-2001-ORLC/TR del 20 de abril de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I, págs. 37-41 y RES. N.º 403-2001-ORLC/TR del 13 de setiembre de 2001, en ORLC, vol. XIII, tomo I, págs. 399-402.

extraordinaria). Así lo ha establecido una profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.⁵

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 si es que 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 cónyuges⁶ y además por los múltiples problemas que acarrearía en el ámbito procesal, la fórmula actual debe mantenerse.

Esta regla 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

⁵ Por ejemplo en las siguientes casaciones: CAS. N.º 01-94 LA LIBERTAD del 02 de mayo de 1994, publicada en la SJEP el 25 de marzo de 1995, pág. 1907; CAS. N.º 81-94 AREQUIPA del 21 de diciembre de 1995, publicada en la SJEP el 26 de abril de 1996, pág. 2189; CAS. N.º 201-95 CAÑETE del 13 de mayo de 1996 publicada en la SJEP el 07 de agosto de 1996, pág. 2226; CAS. N.º 772-92 [sic] AREQUIPA del 07 de setiembre de 1992 [sic] publicada en la SJEP el 29 de diciembre de 1996, págs. 2755-2756; CAS. N.º 254-98 HUÁNUCO del 01 de setiembre de 1998, publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, pág. 2210; CAS. N.º 1450-98 CHINCHA del 02 de noviembre de 1998, publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, pág. 2213; CAS. N.º 2846-98 CUSCO del 26 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 27 de setiembre de 1999, pág. 3588; CAS. N.º 891-99 LIMA del 04 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de noviembre de 1999, pág. 4097; CAS. N.º 2150-99 LAMBAYEQUE del 23 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 08 de enero de 2000, pág. 4520; CAS. N.º 514-99 LAMBAYEQUE del 29 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8814-8815 y CAS. N.º 2227-2001 JUNIN del 12 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 31 de octubre de 2002, pág. 9427. La CAS. N.º 1211-2000 LIMA del 09 de noviembre de 2000, publicada en la SCEP el 02 de enero de 2001, págs. 6691-6692 y la CAS. N.º 1231-99 AREQUIPA del 03 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, pág. 8648, afirman que los cónyuges solo requieren presentar una tasa judicial, por constituir una sola parte.

⁶ DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Ob. cit., págs. 199-200.

otro que retardar la emisión del fallo mediante la declaración de nulidad del proceso que volvería a la etapa de notificación de la demanda. Para evitar estos casos la Corte Suprema de Justicia ha establecido como criterio que si el cónyuge demandado no formula denuncia civil, conforme lo señala el Art. 102° del CPC, en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, la nulidad en la que se haya incurrido queda convalidada (Art. 172° del CPC).⁷ En otros casos, específicamente en los procesos de desalojo, ha señalado que los demandados no necesariamente son los cónyuges, sino aquellos que ocupen el predio.⁸

1.1. Argumentos a favor del cónyuge no interviniente

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

⁷ CAS. N.º 388-95 LAMBAYEQUE del 05 de junio de 1996, publicada en la SJEP el 22 de noviembre de 1996, págs. 2411-2412; CAS. N.º 34-95 LIMA del 22 de enero de 1997, publicada en la SCEP el 31 de diciembre de 1997, pág. 232; CAS. N.º 561-97 ANCASH del 07 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 1998, págs. 1697-1698; CAS. N.º 1152-98 LA LIBERTAD del 15 de marzo de 2000, publicada en la SCEP el 01 de diciembre de 2000, págs. 6633-6634 y CAS. N.º 499-99 HUAURA del 03 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8683-8684. No obstante, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en su CAS. N.º 2717-2001 LA LIBERTAD del 16 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 31 de octubre de 2002, pág. 9418 señaló que aun cuando se invoque oportunamente la nulidad por estos motivos, son necesarias la presentación de la partida de matrimonio —no es suficiente la inscripción en los Registros Públicos— y la inexistencia de mala fe.

⁸ CAS. N.º 33-95 LAMBAYEQUE del 06 de noviembre de 1996, publicada en la SJEP el 23 de diciembre de 1996, pág. 2605 y CAS. N.º 06-96 LIMA del 20 de diciembre de 1996, publicada en la SCEP el 01 de diciembre de 1997, pág. 80. Sin embargo, la CAS. N.º 824-2002 LIMA del 09 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, pág. 9320-9321 dice lo contrario. Hace falta un Pleno Casatorio respecto del tema.

su pretensión de recuperar el bien dispuesto por su consorte. Esto no le será difícil teniendo en cuenta que el actual CC al regular los bienes existentes en el matrimonio —entiéndase aquellos que los cónyuges tenían antes de entrar al régimen patrimonial en vigor así como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia (Art. 299° del CC)— diferencia qué bienes tienen la calidad de propios mediante un *numerus clausus* (Artículo 302° del CC) y luego señala que los demás tienen la calidad de sociales (Artículo 310° del CC) y por lo tanto estos últimos forman parte del patrimonio social de ambos cónyuges.⁹

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 del CC). El legislador se refería a «aportaciones en formas de derechos que se hacen efectivos en fecha posterior».¹⁰ En la realidad, no es raro que los novios por separado adquieran inmuebles a título oneroso que luego cancelan mediante el pago de cuotas periódicas que se inician antes de la vigencia de la sociedad de gananciales y terminan durante esta con sus 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 al amparo del régimen de sociedad de gananciales con Nancy Godoy. Con posterioridad, el esposo vendió el inmueble a favor de un tercero al considerar que el bien era propio por haber sido adquirido antes del matrimonio. La esposa solicitó la nulidad del acto aduciendo que se habían realizado aportes durante el matrimonio. ¿Qué calidad tiene dicho inmueble?

La doctrina presenta tres posiciones acerca del tema. La primera, se sustenta en que antes del matrimonio rigen las normas del derecho

⁹ Con exceso de cuidado estipuló que dentro de este patrimonio 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.

¹⁰ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pág. 289.

común: de acuerdo con 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 de 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.¹¹ La segunda, estima más racional la indivisión del bien antes 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.¹² La tercera, señala que el bien tendrá la calidad que corresponda al aporte mayor, sea desembolsado del patrimonio privativo o social.¹³

Para el caso propuesto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 1715-96 PIURA, razonó que el término «causa» contenido en el Art. 302º, inciso 2 del 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

¹¹ En ese sentido están por ejemplo: LUCAR, Milagritos. «Los bienes propios y la causa de adquisición en la sociedad de gananciales». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 6, año III, 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 PLÁCIDO, Alex. Ob. cit., págs. 145-146. Sin embargo, este último propone modificar el artículo 311º inciso 2 del 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., pág. 30 reclamó una enunciación más precisa de los bienes que se comprenden como propios bajo este concepto, recogiendo lo establecido en el Art. 1736º del CC chileno.

¹² Al respecto, véase: VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ. *Derecho Civil*. Tomo V. Derecho de Familia. 7ma. ed., 1995, pág. 316-317 y BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. *Manual de Derecho de Familia*. 4ta. ed., Buenos Aires: Ed. Astrea, 1996, págs. 237-238. Existe una sentencia que considera este criterio aunque en aplicación del artículo 184º, inciso 2 del 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.º 2316-98 LIMA del 19 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 07 de junio de 1999, págs. 2965-2966.

¹³ Véase BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1981, págs. 55-56.

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 bienes considerados en el inciso 1 del Art. 302° del CC. Estos 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. Para la Corte Suprema de Justicia el bien en discusión, entonces, tiene la condición de social y no reconoce ninguna compensación a favor del cónyuge interviniente.¹⁴

Nosotros nos inclinamos por la primera de las posiciones doctrinales expuestas, con una limitación: los aportes efectuados con cargo a fondos sociales, de acuerdo con una correcta aplicación del principio de subrogación, deben ser reembolsados con su valor al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales (véase acápite La Teoría del reembolso).¹⁵

Otro caso más lo constituyen los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges. Para este caso 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 del 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

¹⁴ CAS. N.º 1715-96 PIURA del 11 de mayo de 1998, publicada en la SCEP el 08 de junio de 1998, págs. 1267-1268. Con aplicación del CC de 1936, cuyo artículo 177°, inciso 3 guarda similitud con la actual normativa, véanse las siguientes sentencias: CAS. N.º 838-96 LIMA del 05 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 03 de mayo de 1998, págs. 861-862 y CAS. N.º 2201-99 LIMA del 28 de junio de 2000, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 2000, págs. 6198-6199. El término «causa» se asimila al concepto de título material y no formal, conforme lo establece la RES. N.º 300-98-ORLC/TR del 10 de agosto de 1998, en ORLC, vol. VII, Año IV págs. 17-22.

¹⁵ Esta solución coincide con la establecida por los Arts. 1357°, primer párrafo y 1358° del 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° del CC español) y con la del Art. 1736°, inciso 7 del CC chileno.

artículo 302°, inciso 2 del 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.¹⁶

Siguiendo la misma orientación, la Oficina Registral de Lima y Callao rechaza las rogatorias de inscripción o de rectificación que tengan por objeto inscribir a nombre de solo uno 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.¹⁷

También sucede con las adquisiciones realizadas durante la vigencia del régimen a título gratuito (Art. 302°, inc. 3 del CC). En este ámbito se incluyen todas las adquisiciones realizadas por uno de los cónyuges sin que estos 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.¹⁸ Este cri-

¹⁶ CAS. N.° 1818-96 LIMA del 04 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 04 de agosto de 1998, págs. 1512, con aplicación del artículo 177, inciso 3 del 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° del CC). Se trata de la CAS. N.° 102-98 PUNO del 17 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 06 de agosto de 1998, pág. 1532.

¹⁷ RES. N.° 312-2000-ORLC/TR del 03 de octubre de 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.

¹⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., 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. (Traducido por Fernando Hinestroza),

terio ha sido seguido al pie de la letra por la magistratura nacional, como veremos a continuación con los siguientes casos.

Primero: ¿qué condición tienen aquellos bienes adquiridos por prescripción adquisitiva? En la CAS. N.º 2176-99 LAMBAYEQUE¹⁹, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia resolvió la demanda de nulidad de acto jurídico presentada por Rosa Flores contra su esposo Juan Durand. El demandado adquirió mediante prescripción adquisitiva, declarada por sentencia del 31 de agosto de 1990, el predio rústico de 10 Hectáreas El Cerro durante la vigencia del matrimonio que celebró con Rosa Elvira el 30 de abril de 1973. Él argumentó que el bien pertenecía a su patrimonio privativo 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 tanto, dicho bien está comprendido dentro del patrimonio social de ambos cónyuges.

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 en calidad de adjudicatarios de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural del Ministerio de

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.

¹⁹ CAS. N.º 2176-99 LAMBAYEQUE del 07 de diciembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4976-4977. En igual sentido: RES. N.º 106-2001-ORLC/TR, del 09 de marzo de 2001, en la ORLC, vol. XII, tomo I, págs. 230-234. En el derecho argentino, BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Ob. cit., pág. 236 y BORDA, Guillermo. «Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal». *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° del CC chileno.

Agricultura. Las adquisiciones se hicieron durante sus respectivas vidas matrimoniales sujetas 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 en dicho concepto solo se incluyen los bienes que se obtienen por herencia, legado o donación.²⁰ 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 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.²¹

²⁰ Las sentencias son las siguientes: CAS. N.º 106-95 UCAYALI del 12 de diciembre de 1995, publicada en la SCEP el 27 de febrero de 1996, pág. 46; CAS. N.º 220-96 JUNÍN del 26 de mayo de 1997, publicada en la SCEP el 04 de diciembre de 1997, pág. 162 y CAS. N.º 762-96 LA LIBERTAD del 03 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 31 de diciembre de 1998, págs. 2321-2322. En la CAS. N.º 514-99 LAMBAYEQUE del 29 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8814-8815. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia señaló que «el Decreto Ley 17716 se dio con fines eminentemente sociales, por lo que estableció una serie de requisitos para la adjudicación de las tierras con fines de Reforma Agraria (...); así tenemos que el inciso c) del Artículo 84º del mencionado Decreto Ley, dispuso que para ser admitido como postulante para la adjudicación de Unidades Agrícolas Familiares, se requería, entre otros requisitos, ser 'Jefe de Familia', lo que evidencia que el objetivo de la adjudicación de tierras, no era que éstas pasen a manos de personas que no tuvieran carga familiar, sino que muy por el contrario, que pasaran a convertirse en bienes sociales».

²¹ CAS. N.º 251-95 LAMBAYEQUE, publicada en la SJEP el 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 le fue adjudicado un predio rural denominado El Huaral, cuando estaba casado con Ana Salgado. Tiempo después, debido a desavenencias matrimoniales, esta 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

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 práctica²², 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° del 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?

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 de dichos bienes o la resolución judicial que les asigne esta calidad.²³

Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.° 1304-98 LAMBAYEQUE, publicada en la SCEP el 27 de marzo de 2000, pág. 6208 desestimó la demanda porque consideró que ese tipo de liberalidad sí se encontraba incluido en lo que el artículo 302°, inciso 3 del CC establece. El tema merece ser tratado en un Pleno Casatorio.

²² El resto de supuestos considerados en el Art. 302° del 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).

²³ 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

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 inserto a la 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 señaló 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 declaración efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa»,²⁴ lo cual implica que el origen de los fondos sea acreditado mediante instrumento público, conforme lo señala el Art. 245° del CPC.²⁵ Los mismos requisitos se solicitan en los Registros Públicos para

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».

²⁴ RES. N.° 003-2002-ORLC/TR del 04 de enero de 2002, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de enero de 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.

²⁵ 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; RES. N.° 019-2000-ORLC/TR del 28 de enero de 2000, en ORLC, vol. X,

rectificar la calidad de un bien social como un bien propio²⁶ o para acreditar la calidad de bienes propios por subrogación (Art. 311° incisos 2 y 3 CC).²⁷

En aquellos supuestos en los cuales ambos cónyuges están de acuerdo en que el bien pertenece al patrimonio privativo de uno de ellos, esta exigencia nos parece demasiado drástica para acreditar dicha calidad, lo que rigurosamente será imposible si se trata de dinero; hecho distinto es que por este medio se pretenda causar perjuicio a acreedores de buena fe, supuesto en el cual estos podrán iniciar la acción revocatoria (Art. 195° del CC) o la de nulidad por simulación (Art. 219°, inc. 5 del CC). En todo caso, aciertan más aquellas legislaciones, como el CC español (Art. 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, para impugnar dicho acto si así lo consideran conveniente.²⁸

En cambio, consideramos aplicable esta regla a aquellas controversias en las cuales se discuta entre los cónyuges la naturaleza privativa o

págs. 61-63; RES. N.º 29-2001-ORLC/TR del 22 de enero de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I, págs. 366-368 y RES. N.º 220-2001-ORLC/TR del 24 de mayo de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I, págs. 320-323.

²⁶ RES. N.º 255-96-ORLC/TR del 30 de julio de 1996, en ORLC, vol. III, págs. 71-72; RES. N.º 286-96-ORLC/TR del 12 de agosto de 1996, en ORLC, vol. III, págs. 73-75 y RES. N.º 384-96-ORLC/TR del 11 de noviembre de 1996, en ORLC, vol. III, págs. 76-77.

²⁷ RES. N.º 053-96-ORLC/TR del 09 de febrero de 1996, en ORLC, vol. II, págs. 101-103; RES. N.º 087-96-ORLC/TR del 01 de marzo de 1996, en ORLC, vol. II, págs. 110-112; RES. N.º 001-96-ORLC/TR del 01 de enero de 1996, en ORLC, vol. II, págs. 204-206; RES. N.º 420-96-ORLC/TR del 29 de noviembre de 1996, en ORLC, vol. III, págs. 101-103 y RES. N.º 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 del CC de 1936 se efectúen sin la necesaria intervención de la mujer, otorgándosele a dichos bienes la calidad de comunes: RES. N.º 195-98-ORLC/TR del 07 de mayo de 1998, en ORLC, vol. VI, págs. 122-124; RES. N.º 215-98-ORLC/TR del 29 de mayo de 1998, en ORLC, vol. VI, págs. 151-153; RES. N.º 001-96-ORLC/TR del 01 de enero de 1996, en ORLC, vol. II, págs. 204-206; RES. N.º 628-2001-ORLC/TR del 28 de diciembre de 2001, en ORLC, vol. XIII, tomo I, págs. 223-226 y RES. N.º 352-2001-ORLC/TR del 15 de agosto de 2001, en ORLC, vol. XIII, tomo I, págs. 303-306.

²⁸ Coincide DIEZ PICAZO, Luis. Ob. cit., pág. 227.

social del bien. A manera de ejemplo: Felipe Arteaga demandó la declaración de bien propio del inmueble ubicado en la avenida España N.º 2424 de la ciudad de Trujillo señalando que fue adquirido por subrogación (Art. 311º inciso 3 del CC) con el dinero obtenido por la venta previa de tres lotes de terreno y una camioneta pick up marca NISSAN, todos ellos —de acuerdo con su versión— adquiridos antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, según aparecía de las minutas de compraventa. Su esposa, Yolanda Pinillos, no estaba conforme con esta pretensión ni con el parecer de la Sala de vista e interpuso recurso de casación. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 2631-2001 LA LIBERTAD,²⁹ amparó dicho recurso, por la causal de afectación al debido proceso, al haberse otorgado a minutas de compraventa plena eficacia probatoria para determinar un hecho que no se advierte directamente de dicha prueba, ya que las fechas ciertas de las enajenaciones son las consignadas en las escrituras públicas, siguiendo lo dispuesto por el artículo 245º CPC, siendo estas posteriores a la adquisición del inmueble materia del proceso.

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 abarcando verdaderas «zonas grises» que se han constituido en los casos más frecuentes (Art. 302º, incs. 2 y 3 del CC) que en la práctica propone la dicotomía entre bienes propios y bienes sociales y se han convertido en un principio muchas veces infranqueable que admite solo como excepción la probanza fehaciente mediante instrumento público a fin de acreditar que la titularidad del bien corresponde al patrimonio privativo de uno de los cónyuges o que subroga a otro bien propio.

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

²⁹ CAS. N.º 2631-2001 LA LIBERTAD del 14 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, págs. 9573-9574.

especificada en el Art. 315° del 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 este viene a ser un supuesto generalmente insospechado al inicio del matrimonio, pero adquiere importancia conforme van pasando los años y acrecentándose el patrimonio común al amparo del régimen de sociedad de gananciales.

El legislador soslayó este problema y presentó argumentos insatisfactorios y de verdadera resignación, como puede apreciarse de sus propias 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.³⁰

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, la revisión de diversas sentencias emitidas en casación con relación a los casos propuestos al inicio del presente capítulo (véase acápite La regla de la actuación conjunta), nos lleva a la conclusión que la Corte Suprema

³⁰ Extraído de CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *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., 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 adelante examinaremos los inconvenientes de esta solución.

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.º 2273-97 LAMBAYEQUE, respecto del CASO 1 al declarar a favor de la pretensión de Rosa Obregón la nulidad de los actos 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. 219º, incisos 1, 5 y 7 del 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 315º del mismo Código, porque no intervino la cónyuge».³¹

También hizo lo propio la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 1634-99 PUNO, en el proceso seguido por Guillermina Carhua contra los esposos Carmela Toro y Mauro Ildefonso respecto del 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. 219º 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]».³²

Igualmente lo hizo la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, en su CAS. N.º 398-97 CHINCHA, 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 de que se concrete el contrato de compraventa, el esposo Tasayco sin el asentimiento de su esposa dispuso el bien a favor de la empresa Agropecuaria El Refugio. Los esposos

³¹ CAS. N.º 2273-97 LAMBAYEQUE del 04 de noviembre de 1998, publicada en la SCEP el 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 La fe pública registral).

³² CAS. N.º 1634-99 PUNO del 12 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 1999, págs. 4197-4198.

Flores solicitaron la nulidad basándose en que la esposa Tasayco no intervino en la disposición del inmueble social. La Sala reafirmó la nulidad de dicho acto, señalando que se llevó «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».³³

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, Juli (Puno) el mismo que ingresó al patrimonio social de ambos; sin embargo, la inscripción registral señalaba que el bien se encontraba inscrito a nombre de Juan Canahua dejando constancia que su estado civil era casado. Más tarde, este adquiere un vehículo de la empresa Volvo y en garantía hipotecaria gravó el inmueble social. La esposa solicitó la nulidad del gravamen. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 2492-98 PUNO, señaló que el acto adolecía de nulidad por no haber participado ambos cónyuges.³⁴

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 Aída Diez Canseco contra su esposo Miguel Mujica, en el cual se discutieron los actos de disposición a título gratuito del patrimonio realizados por este, mediante la constitución de la fundación que lleva su nombre —para lo cual se afectó la propiedad predial urbana y las edificaciones del inmueble ubicado en la calle Alonso de Molina N.º 110, Monterrico, Santiago de Surco de la ciudad de Lima y de la Colección de Armas del Perú y Oro

³³ CAS. N.º 398-97 CHINCHA del 11 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 11 de marzo de 1999, pág. 2753.

³⁴ CAS. N.º 2942-98 PUNO del 28 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 26 de octubre de 1999, pág. 3806-3808. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, respecto del gravamen arbitrario del patrimonio social, emitió un fallo mal motivado que finalmente no dice nada: CAS. N.º 1491-99 LAMBAYEQUE del 17 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 16 de noviembre de 1999, págs. 3991-3992.

del Mundo— y se constituyó 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 estos se realizaron sin su consentimiento. Por su parte, el esposo señaló que la mayoría de dichos bienes ingresaron a su patrimonio propio, por haber sido adquiridos antes del matrimonio, y que estos por ser una colección cultural constituían una sola unidad. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 2242-99 LIMA, resolvió que el usufructo dispuesto a título gratuito por el esposo es nulo por contravenir el artículo 315º del CC; sin embargo, la constitución de la fundación, por referirse a bienes propios, no constituye un acto de disposición arbitrario.³⁵

Sumado a lo anterior, la Comisión de Magistrados reunida en el Pleno Jurisdiccional Civil 1997 opinó que «de conformidad con el artículo 219º, 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 tanto, acordó 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».³⁶

En consecuencia, podemos afirmar que nuestra magistratura nacional considera mayoritariamente que la causal de nulidad que afecta al acto de disposición arbitrario del patrimonio social es la establecida por el Art. 219º, inciso 1 del CC a partir del 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 onero-

³⁵ CAS. N.º 2242-99 LIMA del 05 de abril de 2000, publicada en la SCEP el 24 de agosto de 2000, pág. 6087-6088.

³⁶ PODER JUDICIAL. *Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil 1997*. Documento elaborado por la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional, 1997, págs. 4-5. Sigue la misma orientación, aun cuando no señale la causal de nulidad aplicable, la CAS. N.º 941-95 LA LIBERTAD del 12 de octubre de 1996, publicada en la SJEP el 12 de marzo de 1997, pág. 2903 y PODER JUDICIAL. *Materiales de Trabajo para la Sala Plena de Jurisprudencia Vinculante*. Documento elaborado por la Comisión de Alto Nivel de Jurisprudencia de la Corte Suprema, Lima, 1999, págs. 119-123.

so, 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° del CC).

La doctrina nacional, en cambio, no es unánime en cuanto a la causal de nulidad a emplearse. Así, Belaúnde 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°, inciso 4 del 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 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.³⁷

En cambio, Plácido, que coincide en que el acto es nulo por falta de manifestación de voluntad (Art. 219, inciso 1 del CC), considera que en función del 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 nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende del arbitrio del cónyuge no interviniente.³⁸

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

Por un lado, es importante tener en cuenta que para nuestra magistratura nacional solo 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

³⁷ BELAÚNDE MOREYRA, Martín. «¿Nulidad o resolución de compraventa de un bien social? De cómo una transacción simple terminó en un enredo jurídico». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 13, año 5, octubre, 1999, págs. 20-21.

³⁸ PLÁCIDO, Alex. Ob. cit., pág. 161. Esto supone que previamente se sancione en el Código Civil la anulabilidad del acto de disposición arbitrario, como veremos más adelante (véase acápite ¿Cuál es la sanción adecuada?).

su esposo Juan Arévalo y que fue materia de ejecución en el proceso seguido contra este por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de Cajamarca. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 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.³⁹

La nulidad también puede utilizarse para aquellos actos en los que, aun 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.º 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.º 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 y ordenó la devolución de dichos bienes al patrimonio social.⁴⁰

³⁹ CAS. N.º 781-99 CAJAMARCA del 24 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 16 de noviembre de 1999, pág. 3992.

⁴⁰ CAS. N.º 964-99 LIMA del 25 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, pág. 3911.

De acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, la nulidad solo puede invocarse por el cónyuge no interviniente en vía de acción, mas no mediante contradicción en proceso ejecutivo o de ejecución. Así lo establece la CAS. N.º 05-99 HUÁNUCO.⁴¹ Tampoco nuestro ordenamiento procesal admite deducir como excepción procesal la nulidad del acto, conforme lo manifiesta el Art. 446º del 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. 315º del 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 del CC elaborado por la Comisión Reformadora menciona que tal excepción serviría para atenuar los rigores de la actuación conjunta de ambos cónyuges en los actos de disposición arbitraria de los bienes sociales, en el entendido que los actos de adquisición de bienes importan necesariamente una contraprestación.⁴² 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 puedan ser o no del patrimonio social y si bien los primeros no aparejan mayor peligro, por no importar ningún

⁴¹ CAS. N.º 05-99 HUÁNUCO del 24 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 28 de setiembre de 1999, págs. 3605-3606.

⁴² «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.º 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». CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pág. 300. Antes, el mismo autor opinó totalmente a favor de la redacción de la Comisión Revisora. Véase: COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. Ob. cit. Comp. Delia Revoredo de Debaquey. pág. 467.

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°, inciso 2 del CC. La Comisión Revisora no logró una solución cuando limitó el texto del Proyecto del 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° del CC.

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 La regla de la actuación conjunta). Esta fórmula legal no cumple su finalidad y más bien se ha convertido en fuente de equívocos y confusiones.⁴³

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 adqui-

⁴³ También incurrir en el mismo error: PLÁCIDO, Alex. Ob. cit., 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., págs. 235-236. La Sub Comisión de Derecho de Familia del Congreso de la República propone modificar el segundo párrafo del Art. 315° del 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». Extraído de MUÑIZ ZICHES, Jorge y otros. Ob. cit., pág. 342. Otros intentos fallidos fueron los Proyectos de Ley N.° 1666/96-CR y 2774/96-CR.

sición de un bien mueble social» y por lo tanto, estaba exceptuado de la regla de la actuación conjunta. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 951-2000 LIMA, interpretó los alcances del segundo párrafo del Art. 315º del CC señalando que dicha norma solo se refiere a la adquisición de bienes muebles, mas no a los actos de disposición de un mueble social en el que es «necesaria la intervención de ambos cónyuges en la celebración del acto jurídico».⁴⁴

Soluciones minoritarias

Barchi, analiza el acto de disposición arbitrario de un inmueble social, específicamente mediante compraventa, señalando que este 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

⁴⁴ CAS. N.º 951-2000 LIMA del 23 de octubre de 2000, publicada en la SCEP el 30 de enero de 2001, pág. 6842. En similar sentido está la CAS. N.º 513-96 PIURA del 16 de octubre de 1997, en el CCJC, tomo II, págs. 312-313.

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 «expropie» 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.⁴⁵

⁴⁵ BARCHI, Luciano. «Disposición de bien social. Cónyuge que aparece como titular en el registro». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 3, año II, 1996, págs. 56-64. La posi-

Se trata de una posición por la que han optado algunos abogados defensores e incluso a algunos jueces,⁴⁶ pero que no ha sido recogida por la Corte Suprema de Justicia, como puede verse de casaciones recientes. Así resolvió en la CAS. N.º 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) respecto de la 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. 1539º y 1409º, inciso 2 del CC. La Sala señaló que:

El artículo 315º 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 1º y 6º del artículo 219º 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 1539º 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

ción 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. En principio consideramos inapropiada la cita de artículos del CC de 1984 al no detallar de qué manera se relacionan ambos cuerpos normativos.

⁴⁶ La Dra. Valcárcel Saldaña, en su voto en minoría en la sentencia expedida por la Sala de Familia de Lima (Expediente N.º 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. 1539º 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 respecto, véase: PODER JUDICIAL. *Derecho de Familia. Criterios Jurisprudenciales*. Lima: Secretaría Ejecutiva de la Comisión Ejecutiva, 2000, pág. 166.

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 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.⁴⁷

En igual sentido, en el proceso seguido por Esperanza Delza y Aleidia Aragón contra Isidro Novario, respecto del 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 reconvenición 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 tanto, su aplicación es indebida.⁴⁸

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° del CC al realizar precisiones a la compraventa de bien ajeno: la primera, que el vendedor no debe informar al comprador que el bien al momento de celebrarse la compraventa es ajeno —supuesto del Art. 1537° del

⁴⁷ CAS. N.° 238-96 TACNA del 02 de junio de 1997, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 1997, págs. 133-134.

⁴⁸ CAS. N.° 1316-96 LIMA del 04 de julio de 2000, publicada en la SCEP el 17 de setiembre de 2000, pág. 6222.

CC—, pero tampoco que es propio, en cuyo caso el vendedor actuaría con dolo y el acto sería anulable (Art. 210° del 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. La tercera, que la rescisión opera como un mecanismo de defensa del comprador cuando se percata que el bien no pertenece al vendedor y en el plazo establecido por ambas partes. A ello, ha agregado Castillo una limitación adicional que nos parece razonable: la figura solo 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 este no es dueño del bien cierto materia del contrato.⁴⁹

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 los que se verían perjudicados de no disponerse tal limitación. En ese sentido, se hace referencia a la ineficacia relativa cuando la eficacia del acto jurídico no

⁴⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1999, págs. 81-85; COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil*. Parte III. Tomo VI. Exposición de motivos y comentarios. Comp. Delia Revoredo de Debakey. 2da ed., Lima: Grafotécnica, 1988, págs. 210-211; CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. Volumen XVIII. Tomo III. Lima: PUCP, 2000, págs. 30-33. Nótese la diferencia entre lo expuesto por el autor de la propuesta y la exposición de motivos del Código Civil.

es total respecto de las personas, pues ciertos terceros pueden desconocerlo como si no existiera.⁵⁰

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 es como si no existiese el acto. 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, debido al incumplimiento de su prestación (transferencia del bien).

En nuestro ordenamiento legal, esta situación se asemeja a la descrita por el Art. 161° del CC para los actos celebrados por el representante sin poder. Como se sabe, para que exista representación en rigor 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 requisito adicional 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° del CC).

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 en sus facultades o las viola. En estos casos, señala el Art. 161° del CC, el

⁵⁰ Respecto del concepto de ineficacia relativa, véase: CIFUENTES, Santos. Ob. cit., pág. 576-580 y ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. 1era. reimp., Buenos Aires: Ed. Astrea, págs. 135-138. De acuerdo con este último autor, en este caso nos encontramos ante la inoponibilidad positiva —no se puede oponer la eficacia frente a determinados terceros— y no, ante la negativa, no se puede oponer la ineficacia del acto frente determinados terceros.

acto jurídico es ineficaz con relación al representado; no obstante, puede ser ratificado por el representado al observar la forma prescrita para su celebración (Art. 162° del CC).⁵¹

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 con los límites establecidos por nuestro CC. Favorece dicha tesis, la posición de Vidal que considera que la representación de la sociedad conyugal constituye un caso especial de representación legal; de acuerdo con una singular interpretación que realiza del Art. 292° del CC.⁵² 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, aun llevada a sus últimos extremos, no tiene un verdadero sustento: la sociedad conyugal no es una entequeia distinta de ambos cónyuges (como lo expresáramos anteriormente, véase acápite Estructura del presente trabajo); por lo tanto, estos no resultan representantes por mandato legal de la misma.

En realidad, la representación de los cónyuges se encuentra en el ámbito de la representación voluntaria, conforme lo señala el Art. 146° del CC con una fórmula breve y precisa «se permite la representación entre cónyuges». Este dispositivo tiene relación con el primer párrafo del Art. 315° del 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 en sus facultades. En este caso, el cónyuge no interviniente puede ratificar el acto o de lo contrario, el

⁵¹ Respecto del tema véanse: BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Ob. cit., págs. 728-731 y DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica. 9na. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1998, págs. 565-574.

⁵² VIDAL RAMÍREZ, Fernando: «La representación en el ámbito del Derecho de Familia». En: TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de y otros. *La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Lima: PUCP, 1992, págs. 288-289.

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° del 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 este se refiere a la disposición o gravamen del bien del representado, debe manifestarse su voluntad al amparo de la forma establecida por la ley, o sea al amparo de la sanción de nulidad.⁵³

Para entender el origen de esta confusa regulación debemos retrotraernos al momento de la elaboración del Título Tercero del Libro Segundo del 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 en sus Arts. 147°, 148°, 149°, 151°, 152°, 154°, 155°, 156°, 157°, 158°, 159° y 164°,⁵⁴ y las fusionó con normas recogidas del CC italiano, las mismas que actualmente pueden ser encontradas en los Arts. 145°, 160°, 161°, 162°, 163° y 166°.⁵⁵ La unión de ambas normas trajo consigo la actual antinomia existente entre los Arts. 156° y 161° del CC, ya que el primero reclama la nulidad del apoderamiento y en consecuencia del acto realizado en base a este (cuando se refiere a la disposición y gravamen de un bien

⁵³ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2da. ed., Lima: Grijley, 1994, págs. 192-194. Coincide igualmente que la formalidad establecida por el Art. 156° del CC se contraponen a la del Art. 161° del CC, además de los Arts. 164° y 165° del CC.

⁵⁴ Estos artículos corresponden respectivamente a los Arts. 1642°, 1643°, 1650°, 1652°, 1651°, 1653°, 1632°, 1633°, 1638°, 1639°, 1641° y 1640° del CC de 1936 contenidos en el Título X (Mandato) de la Sección V de dicho Código.

⁵⁵ Los artículos citados corresponden a los Arts. 1387°, 1388°, 1398°, 1399°, 1390° y 1395° del CC italiano (Capítulo VI de la Sección IV del Libro Cuarto). Curiosamente en nuestro CC, en la Exposición de Motivos, no se revela la verdadera fuente de la actual regulación del Título referido a la Representación.

de propiedad del representado) y el segundo, señala que el acto es ineficaz relativo frente al seudo representado sin importar que se haya realizado o no el apoderamiento.

Inconvenientes de estas soluciones

Comencemos por las dos últimas soluciones propuestas: la rescisión y la ineficacia relativa. Esta última, como ha quedado establecido, solo 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 en sus facultades o las viola.

De otro lado, es de destacar que ante la confusa regulación en nuestro CC respecto 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.º 100-95 LIMA, se establecieron los alcances del Art. 161º del CC señalando que «al establecer el Art. 220º del Código sustantivo que la nulidad del acto jurídico no puede subsanarse por la confirmación, resulta que en los casos previstos en el Art. 161º 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. 172º del mismo Código, por lo que no puede tratarse de la nulidad del acto jurídico, sino de su anulabilidad».⁵⁶ Este es un error gravísimo de nuestra jurisprudencia nacional al confundir la ineficacia relativa (o

⁵⁶ CAS. N.º 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.º 560-97 ANCASH del 26 de febrero de 1998, publicada en la SCEP el 28 de mayo de 1998, pág. 1188-1189; CAS. N.º 2192-97 CHIMBOTE del 05 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 06 de agosto de 1998, pág. 1527; CAS. N.º 738-99 CAÑETE del 13 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 19 de octubre de 1999, págs. 3778-3779; CAS. N.º 2064-99 LIMA del 26 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, pág. 4973; CAS. N.º 926-2000 LIMA del 18 de julio de 2000, publicada en la SCEP el 30 de octubre de 2000, pág. 6377 y CAS. N.º 1021-96 HUAURA del 25 de noviembre de 1996, publicada en la SCEP el 11 de mayo de 1998, pág. 979.

inoponibilidad) con la anulabilidad en su intento por 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. Esta 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 solo existen tres sentencias que han interpretado correctamente el sentir del legislador;⁵⁷ por su parte 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 se encuentra ligado a la comisión de un delito.⁵⁸ En estos casos coincidimos que por tratarse de un acto contrario al orden público es nulo (Art. 219°, inciso 8 del 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, sin indicar que es casado.

En cuanto se refiere a la rescisión, si bien ha sido establecida por el Art. 1539° del 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

⁵⁷ CAS. N.º 818-98 CUSCO del 10 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 16 de octubre de 1998, págs. 1936-1937; CAS. N.º 2021-97 LIMA del 12 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 05 de diciembre de 1998, págs. 2148-2149 y CAS. N.º 1626-2001 LIMA del 14 de diciembre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, págs. 8564-8565. El tema merece ser materia de un Pleno Casatorio.

⁵⁸ CAS. N.º 1354-99 LIMA del 07 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 18 de diciembre de 1999, págs. 4327-4328 y CAS. N.º 2792-00 LAMBAYEQUE del 26 de enero de 2001, publicada en la SCEP el 02 de julio de 2001, págs. 7337-7338.

vitalicia).⁵⁹ Por lo tanto, 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 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 vez por ello, aunque basado en otros argumentos, Castillo es de la opinión que el actual Art. 1539° CC debe derogarse.⁶⁰

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».⁶¹

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° del 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°, inciso 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 del CC). Así lo ha establecido la Sala Civil Transitoria, en la CAS. N.° 354-T-97 CUSCO,⁶² con los siguientes argumentos que pasamos a exponer:

⁵⁹ En este tema coinciden 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. 2da. ed., Lima: PUCP, 1993, págs. 436-439 y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., págs. 35-36.

⁶⁰ CASTILLO FREYRE, Mario. Ídem, págs. 27-157.

⁶¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., pág. 82.

⁶² CAS. N.° 354-T-97 CUSCO del 05 de diciembre de 1997, publicada en la SCEP el 10 de abril de 1998, pág. 648. En igual sentido tenemos: la CAS. N.° 1017-97 PUNO del 19 de octubre de 1998 publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, pág.

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 adquiera 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 con 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».⁶³ En todo caso, debemos señalar que al

2207; la CAS. N.° 1376-99 HUÁNUCO del 28 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de noviembre de 1999, págs. 4071-4072; la CAS. N.° 2988-99 LIMA del 12 de abril de 2000 publicada en la SCEP el 17 de setiembre de 2000, pág. 6293; la CAS. N.° 0718-99 LAMBAYEQUE del 27 de junio de 2001, publicada en la SCEP el 02 de enero de 2002, págs. 8211-8212 y la CAS. N.° 1942-2001 AREQUIPA del 15 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8295. Una sola sentencia ha seguido señalando que la venta de bien ajeno es rescindible: la CAS. N.° 1135-96 CHIMBOTE del 09 de diciembre de 1997, publicada en la SCEP el 03 de mayo de 1998, pág. 867. El tema merece ser materia de un Pleno Casatorio.

⁶³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., págs. 447-449.

considerarse que la compraventa de bien ajeno está afectada por nulidad, se debe tener en cuenta que esta suprime a la rescisión, debido a que produce una ineficacia *erga omnes*.

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 este 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° del CC) y la rescisión como solución al problema solo puede ser invocada 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° del 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° del 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 APURÍMAC, 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.⁶⁴

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 esta no existe. En ese sentido, con relación al Art. 219°, inciso 1 del CC, es suficiente —como elemento esencial del acto jurídico— la manifestación de voluntad del cónyuge interviniente en el acto de disposición arbitrario. Este 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, lo cual contradice abiertamente a la doctrina especializada en el tema.⁶⁵ Nos explicamos: si la

⁶⁴ CAS. N.º 1772-98 APURÍMAC del 28 de enero de 1999, publicada en la SCEP el 16 de abril de 1999, págs. 2904-2905.

⁶⁵ Véase: BIGLIAZZI GERI y otros. Ob. cit., págs. 738-743; CIFUENTES, Santos. Ob. cit., págs. 58-71; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. Ob. cit., págs. 101-109, 530-532; DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, nota 67, págs. 479-482; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. 4ta. ed., México: Porrúa S.A., 1994, págs. 523-526 y VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*. 2da. ed., Lima: Ed. Cuzco, 1990, págs. 80-88 y 412-413.

manifestación de voluntad del cónyuge no interviniente es nula, lo es para todo efecto; no solo 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 del CC corre la suerte de toda generalización y abstracción y se pierde en la penumbra. Tampoco puede argüirse, como lo hizo Belaúnde (véase acápite La nulidad como solución jurisprudencial), 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. Distinto es el hecho que su disposición esté supeditada al asentimiento conjunto de los cónyuges por mandato del Art. 315° del CC.

Desde nuestro punto de vista, 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, esta se configura cuando dicho acto es contrario a una norma imperativa que por oposición de las normas dispositivas no puede ser sustituida 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 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.⁶⁶

⁶⁶ CAS. N.° 1021-96 HUAURA del 25 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 11 de mayo de 1998, pág. 979. Sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en su CAS. N.° 3702-2000 MOQUEGUA del 08 de junio de

El Art. 315° del 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 Arts. V del T.P. y 219°, inciso 8 del CC.⁶⁷

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

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

2001, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 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 solo para las personas que se encuentran dentro del supuesto de hecho de las mismas. Luego ubica 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», y señala que por esta razón su incumplimiento no genera nulidad virtual, ya que esta solo está destinada al incumplimiento de normas de orden público (Art. V del Título Preliminar del CC). 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., págs. 55-57 y 417-418 y PLÁCIDO, Alex. Ob. cit., págs. 115-117.

⁶⁷ En un reciente pronunciamiento, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia consideró que el acto de disposición arbitrario del patrimonio social es nulo por falta de manifestación de voluntad (Art. 219°, inciso 1 del CC) y por ser contrario a las normas que interesan al orden público (Art. V del Título Preliminar del CC). Se trata de la CAS. N.º 3156-2001 LORETO del 13 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 01 de julio de 2002, págs. 8941-8942. De modo contrario, de acuerdo con el razonamiento expuesto por nosotros, se pronunció la Sala Civil Permanente, en su CAS. N.º 2117-2001 LIMA del 08 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, págs. 9284-9285, aunque acepta en un extremo —con el objeto de desechar su imposibilidad jurídica (Art. 219°, inciso 3 del CC)— que el acto de disposición arbitrario se equipara a la venta de un bien ajeno.

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).⁶⁸

Conforme a este pronunciamiento, la nulidad produce una ineficacia que importa una sanción irrestricta e ilimitada, debido a que el vicio que la aqueja desde su nacimiento es muy grave, dado que no contiene uno de los elementos esenciales del acto jurídico —señalado por el Art. 140° del CC— o es contrario al orden público o a las buenas costumbres, de acuerdo con el Art. V del Título Preliminar del CC. En coherencia con esto, 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: el cónyuge interviniente no puede solicitar la nulidad del acto, en razón que «repugna a la moral y al Derecho que alguien pueda prevalerse o beneficiarse de su propio dolo».⁶⁹

Sumado a lo anterior está el hecho que la nulidad es insubsanable mediante confirmación. Por esto se la presenta como una solución de-

⁶⁸ CAS. N.° 505-97 LIMA del 14 de mayo de 1998, publicada en la SCEP el 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 el 12 de mayo de 1998, págs. 1002-1003.

⁶⁹ CAS. N.° 62-T-97 HUAURA del 23 de setiembre de 1997, publicada en la SCEP el 27 de febrero de 1998, pág. 460. Asimismo, CAS. N.° 1094-99 LA LIBERTAD del 08 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 28 de noviembre de 1999, pág. 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° del CC.

masiado severa para el ámbito familiar y 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 con 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 a 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° del CC, respecto del instrumento legal a utilizarse frente al acto de disposición arbitrario del patrimonio social.

¿Cuál es la sanción 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.º 17838 del 30 de setiembre de 1969, dicho artículo señaló como regla que se requería la intervención de la mujer para la disposición del patrimonio social, ya sea a título gratuito u oneroso. A pesar de esto, 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 administración.⁷⁰ Nunca se estableció en este sistema cuál vendría a ser la sanción aplicable en caso se

⁷⁰ El Art. 206° del CC de 1936 establecía como bienes reservados: el producto del trabajo de la mujer y lo que esta 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).

infrinja el Art. 188° del CC de 1936. Aún así 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. Esto 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 al señalar como única vía la nulidad.⁷¹

En todo caso, la mujer podía solicitar judicialmente el cambio del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, cuando el marido abusaba de sus facultades respecto del patrimonio social. Esta posibilidad que la estableció el Art. 241°, inciso 3 del CC de 1936 también aparece en los Arts. 297° y 329° del actual CC, a favor de ambos cónyuges⁷² y se agrega que también opera cuando cualquiera de ellos actúa con dolo o culpa. Además, el Art. 292° del CC señala que si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos que le confiere dicho artículo —se refiere entre ellos, al de representar a la sociedad conyugal individualmente en 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 la legislación comparada 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.

⁷¹ 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*. 6ta. ed., Lima: Talleres Villanueva, 1978, 88-91 y la CAS. N.° 366-95 LAMBAYEQUE del 25 de febrero de 1997, publicada en la SCEP el 01 de diciembre de 1997, pág. 107 (repetido en la pág. 389). Por su parte, VALVERDE, Emilio. Ob. cit., págs. 492-501, señaló que el Art. 189° del CC de 1936 solo era aplicable cuando el acto ilícito del marido que afecta el patrimonio social esté en ejecución, mas no en el supuesto que este se hubiere consumado.

⁷² Respecto de esta opción, véase CAS. N.° 2148-2001 CAJAMARCA del 12 de noviembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8344-8345.

Así, el CC español ha considerado a la sociedad de gananciales como el régimen patrimonial del matrimonio a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando estas 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 nulidad.⁷³

Tratando de encontrar la lógica a esta distinción, Díez Picazo y Gullón 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.

⁷³ «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.

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».

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.⁷⁴

Este modelo fue recogido por el Art. 315-B de la Propuesta de enmiendas al Libro de Derecho de Familia.⁷⁵ No obstante, debemos anotar que en nuestro sistema no existiría justificación para esta doble regulación, en función de que se traten 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 (véase acápite La regla de la actuación conjunta), 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 confirmar 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

⁷⁴ DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Ob. cit., págs. 204 y 205.

⁷⁵ La propuesta aparece en CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Proyectos presentados a la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984. Separata Especial publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 07 de enero de 1995 y en PLÁCIDO, Alex. Ob. cit., 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».

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°). En el caso de arrendamiento o tenencia, estas se reducirán a los plazos máximos establecidos por el Art. 1749°.⁷⁶

En el CC argentino, con posterioridad a las modificaciones realizadas principalmente por las Leyes 11357, 17711 y 23515, 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, con una reducida concesión a las capitulaciones matrimoniales que únicamente pueden servir para designar los bienes que cada cónyuge lleva al matrimonio y las donaciones que el esposo hiciera a la esposa (Art. 1217°). 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

⁷⁶ «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°».

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 estas. Respecto de estos supuestos el Art. 1277° 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,⁷⁷ lo cual ha abierto una polémica en la doctrina de dicho país.

Lo que sí ha quedado claro es la manifestación de voluntad del cónyuge: aquel que tiene a cargo los bienes gananciales tiene el carácter de asentimiento, mas no de consentimiento. Para algunos autores, este asentimiento es un elemento de eficacia del acto de disposición y acarrea la inoponibilidad;⁷⁸ 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.⁷⁹

⁷⁷ «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 sociedades, 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.

(...).

⁷⁸ A favor de esta posición están, VIDAL TAQUINI, Carlos. *Régimen de bienes en el matrimonio, con las modificaciones de la Ley 23264 y 23515*. 3ra. ed., Buenos Aires: Depalma, 1990, págs. 362-371 y SPOTA. Ob. cit., 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.

⁷⁹ Comparten esta posición, BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. Ob. cit., págs. 266-267; MALASPINA, José Rafael. «La falta de asentimiento conyugal y sus efectos

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.⁸⁰

El CC italiano, con las modificaciones realizadas por la Ley N.º 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 en 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. 180º del CC italiano).

El Art. 184º 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 este 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

según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán». *La Ley*, 1982-D, págs. 1019-1027; BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma, págs. 85-98; FANZOLATO, Eduardo. *El asentimiento conyugal*. Córdoba: Castillo Hnos., 1986, págs. 67-80 y MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Estudios sobre la Sociedad Conyugal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1981, págs. 143-174.

⁸⁰ Según nos informa, FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel y Eduardo ROVEDA. *Régimen de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2001, págs. 109-110. El problema vuelve a tener vigencia, a partir del Proyecto de CC de 1998, en el cual se considera, en su Art. 466º, como sanción a la inoponibilidad. El texto de este Proyecto, se puede ver en <http://www.alterini.org>.

de cualquier otra índole, el acto realizado por el cónyuge interviniente es válido, pero este 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.⁸¹

La doctrina italiana ha señalado con acierto que dentro de la gestión extraordinaria de los bienes se encuentran no solo aquellos actos de eficacia real, sino también obligatoria siempre que tengan por objeto la enajenación, constitución o adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles o bienes muebles registrados.⁸² 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°

⁸¹ «Art. 184°.- Actos realizados sin el consentimiento necesario

Los actos realizados por un cónyuge sin el consentimiento necesario de su consorte y por éste no convalidados son anulables si se refieren a bienes inmuebles o a bienes muebles enumerados en el Artículo 2683°.

La acción puede ser propuesta por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario dentro de un año desde la fecha en que ha tenido conocimiento del acto y en todo caso dentro de un año desde la fecha de inscripción. Si el acto no ha sido inscrito y el cónyuge no ha tenido conocimiento antes de la disolución de la comunidad, la acción no podrá ser propuesta más allá del año computado desde dicha disolución.

Si los actos consideran bienes muebles distintos a los mencionados en el primer párrafo, el cónyuge que los ha realizado sin el consentimiento del otro está obligado, a instancia de este último, a restituir la comunidad en el estado en el que estaba antes de la realización del acto o, en caso que ello no sea posible, al pago del equivalente según los valores corrientes a la época de la restitución de la comunidad».

⁸² BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo II. La Famiglia-Le Successioni. Milano: Giuffré Ed., 1985, pág. 86-87.

CC italiano) para no violarlo nunca o que —como es preferible sostener— los cónyuges sujetos al régimen legal son ya muy pocos.⁸³

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 por otro, 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 con este (véase acápite Inconvenientes de estas soluciones) 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° del CC sería nulo (Art. 219°, inciso 8 del CC).⁸⁴

Para evitar esta interpretación, se hace necesario incluir 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 solo tiene carácter expreso y no puede ser invocada de manera virtual. De este modo, no se negará al cónyuge no interviniente la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional a solicitar la anulación del acto realizado por su consorte, la misma que tendrá efecto a partir de la sentencia que lo declare ni tampoco se le impedirá otorgar su asentimiento con posterioridad a la celebración del acto de disposición arbitrario del patrimonio social, mediante la confirmación (Art. 230° del CC), como mecanismo sanatorio del mismo. Es pertinente indicar que el acto también quedará confirmado si el cónyuge no interviniente, conociendo la causal, lo

⁸³ A esta conclusión arriban FINOCCHIARO, Alfio y Mario FINOCCHIARO. *Diritto di Famiglia*. Comento sistematico della Legge 19 Maggio 1975 N.° 175. Vol. I, arts. 1-89. Milano: Giuffrè Ed., 1984, págs. 1077-1078.

⁸⁴ En nuestra doctrina, comparte esta posición: PLÁCIDO, Alex. Ob. cit., págs. 160-163. Aunque como lo indicáramos (véase acápite La nulidad como solución jurisprudencial), 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.

hubiese ejecutado total o parcialmente o si existiesen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad (Art. 231° del 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°, inciso 4 del 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 en 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 con los argumentos expuestos en acápites anteriores del presente libro 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 de manera más ventajosa para la misma.

1.2. Argumentos a favor del tercero de buena fe

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 ende, algunos autores consideran que no puede servir de fundamento de ningún efecto negocial y origina una reacción en cadena de nulidades que arrastra titularidades, derechos, transmisiones de derechos, obliga-

ciones 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 tanto, 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 solo han sido protegidos frente a la nulidad por simulación absoluta (Art. 194° del 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.⁸⁵

Hay razones para desmentir esta posición doctrinal, por su abierta contradicción con las normas de protección a terceros adquirentes (Arts. 948° y 2014° del CC) que nuestro CC provee. En efecto, los terceros que adquieren, guiados por los signos de reconocibilidad que

⁸⁵ ZUSMAN TINMAN, Shoshchana. «Teoría de la Invalidez y la Ineficacia». *Ius et Veritas*, n.º 7, año IV, 1993, pág. 163.

nuestro ordenamiento jurídico reconoce (la posesión y el registro), mantienen a su favor la propiedad del bien, aunque este 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 con la Teoría del Título y del 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 para que el futuro transmitente le transfiera el derecho real de que se trate. Hasta aquí 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 la cual 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° del 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° del CC) porque esta supone que el bien es entregado por aquel que es poseedor del bien. A manera de ejemplo, el tercero solo 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 esta se obligó a transferirle la propiedad de un televisor y dos parlantes; una vez pagado el precio, se dispuso a recoger los bienes muebles y se dio con la sorpresa que estos habían sido embargados a modo de depósito a solicitud de René Diaz, para garantizar el cumplimiento de una obligación de dar una 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 ICA,⁸⁶ rechazó dicha pretensión aduciendo los siguientes argumentos:

⁸⁶ CAS. N.° 3202-98 ICA del 02 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 1999, págs. 3625-3626.

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° del CC) —título—, la misma que se efectivizará mediante su tradición (Art. 947° del CC) —modo—, al tercero comprador. Esta regla permite otorgar fluidez a las transacciones de bienes muebles, ya que el tercero solo necesitará asegurarse de 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 esto 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 y se afectaría el tráfico comercial. Por ello, el Art. 948° del CC señala en qué supuestos los terceros se encuentran protegidos frente a la protección del verdadero propietario, al establecer 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 penal. Este supuesto es conocido en doctrina como la adquisición *a non domino*.

Aun 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 en el supuesto de hecho del Art. 948° del 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 nuevos soles y entregado a Luis en el mismo acto. María, enterada de lo sucedido, reclama a Luis la devolución del bien. Este 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 a pesar de que el enajenante (el cónyuge interviniente) carecía de facultades para transferirlo, ya que requería el asentimiento de su consorte (Art. 315° del CC).

Examinemos a continuación los requisitos que exige la adquisición *a non domino*. En principio debemos indicar que esta figura solo se refiere exclusivamente a la transferencia del derecho de propiedad. Esto se aprecia del hecho que en el Art. 948° del CC se denomine a quien recibe la posesión del bien mueble «como propietario» y luego en consecuencia «adquiere el dominio» y se corrobora con la interpretación sistemática, ya que el artículo antes citado se encuentra comprendido en el Sub Capítulo IV (Transmisión de la propiedad), del Capítulo II (Adquisición de la propiedad), con lo cual se excluye de su ámbito de protección 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* solo atañe a la enajenación de bienes muebles. El Art. 948° del CC no puede hacerse extensivo a los bienes inmuebles. Así lo estableció la Sala Civil de la Corte Suprema en la CAS. N.° 953-96 LAMBAYEQUE,⁸⁷ al señalar que «el Art. 948° CC regula la transmisión de la propiedad de

⁸⁷ CAS. N.° 953-96 LAMBAYEQUE del 17 de noviembre de 1997. CCJC, tomo II, págs. 616-618.

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 en el ámbito de la adquisición *a non domino*.

Por 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, en el Art. 948° del CC se encuentra claramente mencionada la tradición real la cual ha sido definida en el Art. 901° del CC, al señalarse que esta 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 esta 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 oculto 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 en el supuesto del Art. 948° del CC. Esta figura se encuentra comprendida en el Art. 902°, inciso 1 del 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 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° del 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 del 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 era una posesión inmediata se transforma en una posesión absoluta, satisfaciéndose así el efecto de publicidad requerido por la adquisición *a non domino*.

Por esta razón queda delimitado el alcance del Art. 948° del CC, el cual tiene como apoyo el Art. 912° del 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 tanto 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 acerca de su falta de derecho o de facultades para transferirle la titularidad. Es el caso de Luis, en el ejemplo presentado líneas arriba, quien guiado por la posesión del bien y por el silencio de Juan, adquiere el mueble social creyendo que se trata de un bien que tiene como único propietario a su enajenante y desconociendo que este se encontraba casado con María al amparo del régimen de la sociedad de gananciales.

Creemos que resulta pertinente exponer la problemática que deja abierta nuestro CC respecto de los bienes muebles registrados, con relación a los cuales no queda claro si se encuentran en el ámbito del Art. 948° o 2014° del CC (que será materia de mayor examen en el siguiente acápite). Al respecto, consideramos que la adquisición a non domino solo 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: toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (Art. 2013° del CC). De esta manera 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 solo a partir de su inscripción. Antes de ello, puede haberse adquirido mediante un contrato seguido de la tradición, pero esta 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, este no podría argüir a su favor que recibió la posesión del bien de acuerdo con los requisitos establecidos por la adquisición a non domino, ya que tratándose de un bien registrado, debería previamente hacer una búsqueda para determinar la titularidad del mismo.

Lamentablemente, la Corte Suprema de Justicia no ha definido claramente un criterio respecto del tema. Por un lado, la Sala Civil Permanente, en la CAS. N.º 415-99 LIMA,⁸⁸ 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. 947º del Código Civil ni tampoco una inaplicación del Reglamento de Inscripciones del Registro de la Propiedad Vehicular.

Por su parte la Sala Civil Transitoria, en la CAS. N.º 1518-2000 MOYOBAMBA,⁸⁹ ha establecido el criterio contrario al señalar que en los muebles registrables prima la inscripción registral:

⁸⁸ CAS. N.º 415-99 LIMA del 12 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 1999, págs. 3409-3410.

⁸⁹ CAS. N.º 1518-2000 MOYOBAMBA del 13 de setiembre de 2000, publicada en la SCEP el 30 de abril de 2001, págs. 7158-7159. En la CAS. N.º 3290-01 CONO NORTE del 19 de abril de 2002, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2002, pág. 9023 y en la CAS. N.º 3372-2001 LIMA del 15 de abril de 2002, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2002, pág. 9023, la Sala Civil Transitoria cambia de criterio señalando que «la transferencia de propiedad de un vehículo automotor se efectúa con la tradición, en virtud del Art. 947º CC».

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.

(...)

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 aquel 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 están comprendidos en 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° del CC).⁹⁰

Las excepciones a la adquisición *a non domino* son las consignadas en el Art. 948° del CC: los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. Respecto de los primeros, el Art. 932° del CC señala que quien halle un bien perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio

⁹⁰ Un caso particular representó el Art. 32° de la Ley N.° 16900 (Ley de Reordenamiento y Reorganización Tributarios) que durante su vigencia estableció 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 en la SCEP el 30 de setiembre de 1998, págs. 1695-1696.

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

La fe pública registral

En nuestro sistema jurídico la transferencia de los bienes inmuebles 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 que 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° del CC). Suprimida la necesidad de la tradición, el contrato es por sí solo un 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 anula 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 recuperarlo porque el acto se realizó sin su consentimiento. Se comprende que de esta manera el tráfico comercial se convierte en inseguro y la propiedad en relativa. Por lo tanto, 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.º 1783-96 LIMA,⁹¹ 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. 2013º del Código Civil, norma que contiene el principio de legitimación registral.

(...)

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. 2012º del CC) se complementa

⁹¹ CAS. N.º 1783-96 LIMA del 18 de mayo de 1998, publicada en la SCEP el 05 de julio de 1998, págs. 1393-1394.

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° del 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 haberet* (nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga) y representa una limitación a la producción de ineficacia derivada de la anulabilidad del acto.

En condiciones normales y de acuerdo con el 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 de manera 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 que una situación jurídica existe, tiene que dejarla valer contra sí mismo y que quien de buena fe confía en la situación aparente, merezca ser protegido.

Incluso la Sala Civil Permanente, en la CAS. N.° 1617-97 LAMBAYEQUE,⁹² 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.

Por ende, en algunos casos el bien que en la realidad de las cosas (realidad extraregistral) pertenece al patrimonio social puede aparecer inscrito en los Registros Públicos como bien perteneciente al patrimonio de uno de los cónyuges, por haber declarado este ante el registrador tener el estado civil de soltero; situación que por cierto evade el principio general de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio (véase acápite referido al tema). 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

⁹² CAS. N.° 1617-97 LAMBAYEQUE del 29 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, págs. 2205-2206.

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° del 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, aun 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,⁹³ en la cual afirmó la preferencia del derecho del tercero registral frente al del cónyuge no interviniente, con los siguientes argumentos:

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 adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en

⁹³ CAS. N.° 398-97 CHINCHA del 11 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 11 de marzo de 1999, pág. 2753. En igual sentido, la CAS. N.° 2837-2000 LIMA del 23 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 05 de noviembre de 2001, pág. 7976.

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 adquiera a título oneroso, (iii) posibilidad de discordancia entre el registro y la realidad civil, (iv) que se adquiera de buena fe y (v) que el adquirente inscriba su derecho en el Registro.

Este, que vendría a ser un saludable criterio a favor de los terceros que se encuentran amparados por la fe pública registral, no obstante se ve ensombrecido por otros pronunciamientos jurisdiccionales. La Comisión de Magistrados reunidos en el Pleno Jurisdiccional de Familia 1998⁹⁴, en su Acuerdo N.° 6.1, concluyó que «los actos de disposición unilateral de los bienes sociales, inmuebles o muebles registrables o de derechos y acciones, que pueda hacer uno de los cónyuges sin la inter-

⁹⁴ PODER JUDICIAL. *Conclusiones Plenos Jurisdiccionales* 1998. Lima. Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, 1999, pág. 114.

vinción del otro es un acto jurídico nulo [sic]» y la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la reciente CAS. N.º 2023-2001 LIMA,⁹⁵ ha sostenido que la acción de nulidad es un derecho personal del cónyuge no interviniente y que prevalece frente al derecho real derivado de la información que provee los registros públicos al tercero, con lo cual ha aplicado indebidamente lo dispuesto por el segundo párrafo del Art. 2022º del CC porque en el presente caso no se trata de un conflicto de derechos de distinta naturaleza. Todas estas razones obligan a la realización de un Pleno casatorio que aclare cuál es el criterio jurisprudencial a seguir.

Siguiendo el criterio general expuesto, 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 esta no puede invocarse por aquel que conocía que el cónyuge con el cual contrataba tenía en realidad el estado civil de casado.⁹⁶ Asimismo, 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 demás indicar que el asiento registral solo es un resumen del título que lo origina y que este se encuentra a disposición de toda persona, de conformidad con el principio de publicidad registral (Art. 2012º del CC, Art. 184º del Reglamento General de los Registros

⁹⁵ CAS. N.º 2023-2001 LIMA del 01 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 02 de setiembre de 2002, págs. 9117-9118.

⁹⁶ CAS. N.º 265-T-97 LA LIBERTAD del 21 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 03 de abril de 1998, pág. 605; CAS. N.º 1046-2001 CAÑETE del 18 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8277-8279; CAS. N.º 2125-99 LAMBAYEQUE del 19 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8816-8817 y CAS. N.º 2023-2001 LIMA del 01 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 02 de setiembre de 2002, págs. 9117-9118. En general, nadie puede invocar la buena fe si conocía la inexactitud del registro, véase CAS. N.º 1433-96 LA LIBERTAD del 28 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 04 de mayo de 1998, pág. 876; CAS. N.º 3017-2000 LIMA del 30 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 05 de noviembre de 2001, pág. 7959 y CAS. N.º 4396-2001 LIMA del 21 de mayo de 2002, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 2002, págs. 9227-9228.

Públicos anterior y Art. II del T.P. del actual Reglamento).⁹⁷ Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que la buena fe del tercero solo se sustenta en los asientos registrales, mas no en anotaciones preventivas;⁹⁸ en todo caso, estas advierten al tercero de la posible existencia de un derecho preterido⁹⁹ (como puede ser el caso de una anotación de demanda que ha de producir efecto sobre el bien inscrito, según el Art. 79°, inciso 2 del Reglamento de las Inscripciones). Sin embargo, no puede obligarse al tercero a conocer lo inscrito en otra partida abierta de manera irregular.¹⁰⁰

Respecto del momento en que debe exigirse la buena fe al tercero, no hay duda que esta debe aparecer en el momento de adquisición del tercero, así 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 con el Art. 67° del Reglamento de las Inscripciones, 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 en el ámbito de la fe pública registral a la hipoteca y otros actos de gravamen. Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia, con criterio saludable, estableció que la hipoteca concede un derecho real sobre el bien gravado y es sin duda un contra-

⁹⁷ CAS. N.º 2356-98 LIMA del 13 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, págs. 3899-3900. De acuerdo con esta interpretación están: 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 REPÚBLICA. *Homenaje a José León Barandiarán*. Tomo II. Lima: Congreso de la República, 2000, págs. 558-559. En contra, ALIAGA HUARIPATA, Luis. «La publicidad registral y sus alcances ¿hasta dónde se extiende la publicidad regulada en el Art. 2012° del Código Civil?». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 36, año 7, setiembre, 2001, págs. 47-56.

⁹⁸ CAS. N.º 2374-98 SAN ROMÁN-JULIACA del 17 de marzo de 1999, publicada el 23 de abril de 1999 en la SCEP el 23 de abril de 1999, pág. 2929.

⁹⁹ CAS. N.º 291-99 HUAURA del 30 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 1999, pág. 3406.

¹⁰⁰ Así lo han señalado la CAS. N.º 1418-99 LAMBAYEQUE del 05 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 1999, págs. 4194-4195 y la CAS. N.º 2556-98 LAMBAYEQUE del 16 de abril de 1999, publicada en la SCEP el 03 de setiembre de 1999, pág. 3417.

to oneroso. A manera de ejemplo, en el CASO 2 (véase acápite La regla de la actuación conjunta), la Sala Civil Permanente señaló en la CAS. N.º 2299-98 LAMBAYEQUE¹⁰¹ 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 hipotecado 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. 310º 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. 2013º y 2014º del 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

¹⁰¹ CAS. N.º 2299-98 LAMBAYEQUE del 05 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 17 de agosto de 1999, pág. 3216. Este criterio ha sido seguido en otras sentencias: CAS. N.º 1337-98 LAMBAYEQUE del 02 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 08 de enero de 1999, págs. 2442-2443; CAS. N.º 1845-2000 JUNÍN del 28 de noviembre de 2000, publicada en la SCEP el 30 de enero de 2001, págs. 6811-6812 y CAS. N.º 2942-98 PUNO del 28 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 26 de octubre de 1999, págs. 3806-3808. Asimismo, corroboran el criterio antes expuesto, para otros casos similares: CAS. N.º 691-97 LIMA del 20 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 15 de octubre de 1998, págs. 1922-1923; CAS. N.º 3186-98 LA LIBERTAD del 09 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 21 de setiembre de 1999, pág. 3568; CAS. N.º 2250-2001 CAMANÁ-AREQUIPA del 22 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8299 y CAS. N.º 793-2001 TACNA del 08 de noviembre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de marzo de 2002, pág. 8484.

la actora, se tiene protegido su derecho por los 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.

Sin embargo, recientes casaciones entran en contradicción: la CAS. N.º 1666-2001 JUNIN y la CAS. N.º 1245-99 LAMBAYEQUE argumentan que la hipoteca adolece de nulidad y esta prevalece sobre la fe pública registral; mientras que la CAS. N.º 2714-2001 LA LIBERTAD y la CAS. N.º 4148-2001 LA LIBERTAD prosiguen el criterio general expuesto.¹⁰² Nuevamente urge la realización de un Pleno casatorio para determinar cuál es el criterio correcto.

En cambio, el supuesto descrito en el CASO 3 (véase acápite La regla de la actuación conjunta) por tratarse de la disposición del patrimonio social a título gratuito, se encuentra claramente 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. 34º de la Ley Hipotecaria española —que es el antecedente del Art. 2014º CC— no se haya detenido

¹⁰² CAS. N.º 1666-2001 JUNÍN del 10 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8289; CAS. N.º 1245-99 LAMBAYEQUE del 07 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8700; CAS. N.º 2714-2001 LA LIBERTAD del 07 de diciembre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, pág. 8523 y CAS. N.º 4148-2001 LA LIBERTAD del 24 de mayo de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, págs. 9399-9400. En la CAS. N.º 3273-2001 LIMA del 16 de setiembre de 2002, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 2002, pág. 9688, se recoge un caso interesante: el recurrente —uno de los demandados— no invocó ser tercero registral en la apelación de la resolución de primera instancia que le era desfavorable; la Sala Civil Permanente señaló que tal argumento ya no podía hacerse valer en casación.

a analizar este aspecto.¹⁰³ ¿Por qué se restringe la fe pública registral en función de la onerosidad del título y se excluye 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 La regla de la actuación conjunta) 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 a título oneroso que contrataron con los hijos sí se encuentran protegidos por la fe pública registral, según 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.

¹⁰³ PIZARRO ARANGUREN, Luis. «Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos». *Themis*, n.º 30, febrero, 1998, págs. 221-229.

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 de manera tácita.

Es cierto que el Art. 141° del CC admite que la manifestación de la voluntad sea expresa o tácita, produciéndose esta última, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. Sin embargo, este tipo de manifestación resulta discutible para lo establecido por el Art. 315° del 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 Belaúnde:¹⁰⁴ 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 este fue adquirido durante su matrimonio con Lotty Burckhardt al amparo del 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, US \$ 13,750, fue pagada antes de la celebración del contrato 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.º

¹⁰⁴ BELAÚNDE MOREYRA, Martín. Ob. cit., págs. 11-16.

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 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, Belaúnde¹⁰⁵ 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 con lo establecido por el Art. 231° CC, el

¹⁰⁵ Idem, pág. 30.

mismo que 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 del inmueble social que le correspondía. Para tal efecto, señaló que si bien la esposa del vendedor no intervino en el contrato de compraventa, esta 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.º 2792-98 LIMA,¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁶ CAS. N.º 2792-98 LIMA del 01 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 14 de setiembre de 1999, págs. 3522-3523.

Este último argumento de carácter procesal también es válido para el tercero que afirmó en su demanda o reconvención —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, esta producirá a favor del tercero una presunción relativa respecto de lo afirmado en sus actos postulatorios. Así lo establece el Art. 461° del 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, este no fue acompañado a la demanda o (iv) el Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción. De esta manera, 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 al amparo del régimen de sociedad de gananciales debe contar con su asentimiento, por lo que Pajares 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 contestó oportunamente la demanda y fueron declarados rebeldes; sin embargo, la esposa del vendedor interpuso casación y argumentó que el acto de disposición del 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° del CC y señaló, en la CAS. N.° 1034-98 CAJAMARCA,¹⁰⁷ 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

¹⁰⁷ CAS. N.° 1034-98 CAJAMARCA del 07 de abril de 1999, publicada en la SCEP el 29 de agosto de 1999, págs. 3363-3364.

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 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.º 430-98-ORLC/TR,¹⁰⁸ superó los vacíos existentes en el tracto sucesivo de ambas transferencias, señalando lo siguiente:

¹⁰⁸ RES. N.º 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.º 155-98-ORLC/TR del 14 de abril de 1998, en ORLC, vol. VI, págs. 168-170. En la CAS. N.º 1116-2001 LIMA del 18 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8332-8333 y la CAS. N.º 2964-2001 AREQUIPA del 22 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 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 distinto en la firma— no enervan su eficacia jurídica. Dicha declaración debe ser interpretada en función de la buena fe (Art. 178º del CC).

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 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 de que contradictoriamente 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 esta se infiera indubitablemente 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.

Presentamos 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 con el 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. Pero además, la posible adquirente se percató de 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,¹⁰⁹ la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 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.

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. Asimismo, señala 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 de 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.

¹⁰⁹ CAS. N.° 2950-98 LIMA del 07 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 17 de setiembre de 1999, págs. 3551-3552.

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) por el cual «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 como finalidad atenuar el rigor de la actuación conjunta establecida primigeniamente en el Art. 188° del CC de 1936 (modificado por el Decreto Ley N.° 17838 del 01 de octubre de 1969) al señalar que el requisito establecido 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, fue favorecer el rápido desarrollo de las actividades, mediante la simplificación de trámites, a través del crédito oportuno que las Instituciones Bancarias otorgan. 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 mencionadas instituciones.

Queda claro con la actual norma 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 esta manera en esta clase de actos el cónyuge no interviniente ni siquiera puede alegar su anulabilidad (o nulidad de acuerdo con el criterio jurisprudencial). La ley permite la intervención unilateral del cónyuge titular de una cuenta corriente con el objetivo —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 puede en la práctica prestarse a arbitrariedades, mucho

más si se lo une con otros mecanismos establecidos por la Ley N.º 26702, como podrá apreciarse en el ámbito de los actos puramente obligatorios (véase acápite Obligaciones derivadas de instrumentos financieros).

En igual sentido, el Decreto Supremo N.º 093-2002-EF (Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores) del 15 de junio de 2002, en su Art. 113º, 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.º 27287 (Ley de Títulos Valores) publicada el 19 de junio de 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 requerirá la intervención de su cónyuge. Así, cuando un cheque girado a la orden de uno de los cónyuges sea endosado por alguno de ellos, no requerirá que intervenga su consorte, a pesar de 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 solo 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 tuviese a su nombre en una sociedad anónima. En estricto, se

trata 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. 302º, incisos 1, 3 y 7 del CC). Sin embargo, a pesar de que el Art. 37º del Reglamento General del Registro de Sociedades (RES. N.º 200-2001-SUNARP/SN del 27 de julio de 2001) 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», los Arts. 91º y 92º de la Ley General de Sociedades (Ley N.º 26887 del 09 de diciembre de 1997) 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 anota la titularidad de las acciones y sus transferencias; abriendo la posibilidad, por lo tanto, de inscribir en dicha matrícula fondos sociales como aportes privativos de uno de los cónyuges.

La Corte Suprema de Justicia ha atendido a las normas societarias, para negar la posibilidad que uno de los cónyuges defienda el patrimonio social cuando este 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 estas formen parte del patrimonio social de ambos cónyuges. Así, en la CAS N.º 2499-98 LIMA,¹¹⁰ emitida por la Sala Civil Permanente en el proceso

¹¹⁰ CAS. N.º 2499-98 LIMA del 03 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 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

de impugnación de acuerdos seguido por Noemí Schartz contra la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión Sociedad Anónima, se desestimó la pretensión de la demandante por no tener legitimidad para obrar señalando que de acuerdo con la Ley General de Sociedades no es a 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.

(...)

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 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.

En igual sentido resolvió la Sala Civil Transitoria en la CAS. N.° 3600-01 CUSCO.¹¹¹ La demandante, Sandra Thombsen, pretendió evitar el remate —vía tercería de propiedad— del inmueble de propiedad de la empresa Haffner Empresa de Desarrollo Internacional Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, de la cual su esposo, Jarry Haffner, era titular del 50% de las acciones, arguyendo que le correspondía la cotitularidad de dichas acciones porque estas habían sido adquiridas durante la vigencia de la sociedad de gananciales y sin embargo, se hipotecó el inmueble sin su consentimiento. La Sala desestimó esta argumentación señalando que la empresa de la cual era accionista su esposo era una persona jurídica y por lo tanto, era distinta de sus miembros; asimismo, agregó que el hecho de ser cónyuge de un accionista no implica que se adquiriera la calidad de propietario de dicha empresa:

Cabe mencionar que el inmueble materia de discusión al momento de constituirse la hipoteca era de propiedad de la Empresa Desarrollo Internacional Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, según consta del certificado positivo de gravámenes de fojas 77.

Estando a lo antes expuesto y a los fundamentos del escrito de demanda, es de observarse que la demandante pretende se haga extensivo el patrimonio de la empresa co-demandada a su persona por el hecho de ser cónyuge de don Jarry Lane Haffner, quién [sic] es

¹¹¹ CAS. N.° 3600-01 CUSCO del 26 de abril de 2002, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2002, págs. 9029-9030. Posteriormente, la Sala Civil Permanente, en su CAS. N.° 2687-2001 LIMA del 14 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, págs. 9595, afirmó claramente que la ley otorga la calidad de accionista solo a la persona que aparece inscrita en el registro de matrícula de acciones.

accionista del 50% de las acciones de dicha empresa; sin embargo, tal alegación carece de todo sustento legal, puesto que de conformidad con el artículo 78° del Código Civil la persona jurídica tiene existencia jurídica distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas, lo que nos lleva a determinar que el hecho de ser cónyuge de un accionista no implica que se adquiera la calidad de propietario de los bienes de la empresa.

Al haberse declarado fundada la demanda bajo el errado sustento expuesto en la demanda se ha incurrido en una contravención de la norma sustantiva antes acostada y por tanto se ha afectado el debido proceso.

Consecuentemente esta Suprema Sala considera que la impugnada ha incurrido en la causal de contravención que garantizan el derecho al debido proceso.

Con el objeto de solucionar los problemas que origina la actividad empresarial de uno de los cónyuges, consideramos que se debe adoptar la figura del «fondo empresarial», propuesta por el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado y que será analizada posteriormente (véase acápite Tratamiento del cónyuge empresario y del profesional).

Mucho más particular en nuestra legislación nacional, en todo caso, 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*: el trabajador casado al amparo del 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 solo admitirá que el trabajador retire parcial o totalmente 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 en cuenta la legisla-

ción comparada, como la española, que con mayor certeza ha logrado sintetizar las excepciones a dicha regla. Albaladejo¹¹² considera cinco hipótesis en 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°, inciso 4 del CC recoge en parte la segunda de las hipótesis antes mencionadas al establecer que son de cargo de la socie-

¹¹² ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit., págs. 179-182.

dad 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, en una futura reforma, por la misma razón. 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 La regla de la actuación conjunta), 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 la que uno de los cónyuges puede producir un desmedro en el patrimonio social.¹¹³

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 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

¹¹³ En BELLO JANEIRO, Domingo. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. Barcelona: Bosch, 1993, págs. 276-277, se señala que esta regla se «contradice y se compadece mal con el resto de preceptos que se dedican a 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 resulta coherente con la orientación general de la reforma entender que tal limitación únicamente puede operar en el orden interno».

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° del CC señalan distintos requisitos para la declaración de la usucapión, dependiendo de si se trata de bienes inmuebles o muebles y si el usucapiente actúa con justo título y buena fe. De acuerdo con 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. Por su parte 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 SANTA,¹¹⁴ 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, 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 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 esta, si antes de solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva el tercero

¹¹⁴ CAS. N.° 887-99 SANTA del 29 de setiembre de 1999, CCJC, tomo III, págs. 687-688.

poseedor no ha sido demandado con el objeto que desocupe o restituya el bien o ha iniciado una acción que finalmente resultó infructuosa.¹¹⁵

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 del 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 poseedor precario o simple tenedor de un bien social. Criterio que ha sido acogido igualmente por la Corte Suprema de Justicia¹¹⁶.

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 de que se solicite la declaración de prescripción adquisitiva, el cónyuge no interviniente solicite la anulabilidad del acto realizado sin su consentimiento.¹¹⁷ Este es un

¹¹⁵ CAS. N.º 431-96 ICA del 14 de octubre de 1997, CAS. N.º 1676-96 LIMA del 30 de abril de 1998, CAS. N.º 770-97 HUAURA del 09 de diciembre de 1998, CAS. N.º 1686-98 del 10 de marzo de 1999, CAS. N.º 2206-98 CHINCHA del 17 de marzo de 1999 y CAS. N.º 2092-99 LAMBAYEQUE del 13 de enero de 2000, CCJC, tomo II, págs. 629-630, 633-638 y 645-649 y tomo III, págs. 717-719; CAS. N.º 647-99 DEL SANTA del 12 de julio de 2001, publicada en la SCEP el 02 de enero de 2002, págs. 8200-8201; CAS. N.º 1298-2001 UCAYALI del 04 de diciembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8657 y CAS. N.º 1583-2000 CAJAMARCA del 15 de marzo de 2002, publicada en la SCEP el 31 de octubre de 2002, pág. 9473.

¹¹⁶ Véase: CAS. N.º 551-96 CONO NORTE del 27 de agosto de 1997, CAS. N.º 1288-97 PIURA del 01 de julio de 1998 y CAS. N.º 1012-98 CALLAO del 24 de mayo de 1999, CCJC, tomo II, págs. 463-465 y 639-642.

¹¹⁷ Comparten esta opinión: DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 6ma. ed., Madrid: Tecnos, 1998, págs. 149-150 y ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIROS. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo V. Derechos Reales. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1998, págs. 17-18.

argumento adicional para considerar que el acto de disposición arbitrario, desde el ámbito funcional, 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 N.° 27157 del 20 de julio de 1999, ampliada por el Art. 5° de la Ley N.° 27333 del 30 de julio de 2000 y los Arts. 36, 38 y 39 de su Reglamento (D.S. N.° 008-2000-MTC del 17 de febrero de 2000)

El requisito de la buena fe consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña 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 que la persona con la cual contrataba tenía el estado civil de casado, supuesto en el cual se presumiría 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 en que en la primera se requiere como factor determinante la posesión del usucapiente (hecho positivo) que se refiere únicamente a los derechos reales que pueden ser materia de posesión y se hace valer mediante proceso abreviado (Art. 486°, inciso 2 del CPC); mientras que en la segunda, se requiere la inacción del titular del derecho que está en la posibilidad de accionar (hecho negativo) que 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°, inciso 12 del 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° del 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 estos son establecidos por la ley (Art. 2000° del 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°, inciso 1 del CC señala el plazo prescriptorio más largo: 10 años; mientras que para la segunda opción, el mismo artículo en su inciso 4, establece el plazo prescriptorio más corto: 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 de la Corte Suprema de Justicia, en la CAS. N.º 345-97 HUAURA¹¹⁸ emitida en el proceso sobre Desalojo seguido por Rafael Copara contra Teresa Mendoza viuda de Aponte. El demandante pretendió el desalojo por ocupación precaria. La demandada señaló que poseía 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 alegó que dicho acto era nulo, tal como fue declarado uno anterior por el Tribunal Agrario, por no haber participado su consorte (cónyuge no interviniente). La Sala razonó de acuerdo con el 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 este fue declarado judicialmente nulo, aquel 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 [sic], al año siguiente este mismo señor Rafael Copara nuevamente transfiere la totalidad del bien, vía contrato de cesión de fecha 28 de

¹¹⁸ CAS. N.º 345-97 HUAURA del 23 de abril de 1998, publicada en la SCEP el 19 de octubre de 1998, pág. 1990.

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 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. 2001º, inciso 1 CC, concordado con el Art. 2122º 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. 188º 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 solo podrá reiniciarse a partir de la desaparición de la causa que produjo la interrupción y sin que pueda

computarse el tiempo anteriormente transcurrido. Las causales de interrupción del plazo prescriptorio se encuentran señaladas en el Art. 1996° del 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° del 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 estas causales destaca la establecida en el inciso 2 del Art. 1994° del CC, por la cual se señala que el plazo de prescripción 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 aquel, María, demanda la nulidad del acto por haberse realizado sin su consentimiento. El 11 de febrero de 2000 se realiza el emplazamiento judicial a Antonio por lo que este 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.

Siguiendo el razonamiento de María se comprende que 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 solo opera cuando estrictamente se trata de relaciones patrimoniales entre los cónyuges, mas no de estos con terceros. En efecto,

como todo régimen patrimonial, la sociedad de gananciales regula un doble juego de relaciones: entre los cónyuges y entre estos con los terceros. De acuerdo con una interpretación literal del Art. 1994, inciso 2 del CC este solo se refiere únicamente a la primera de las relaciones antes indicadas al suponer 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,¹¹⁹ 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 prescripto-

¹¹⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad*. 3ra. ed., Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1999, págs. 109-110. La suspensión del plazo prescriptorio establecida por el Art. 1994°, inciso 2 del CC solo resulta aplicable a las acciones *in rem*, mas no a las acciones personales (por ejemplo, el divorcio) derivadas del matrimonio. Véase CAS. N.º 145-2001 HUÁNUCO del 17 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, pág. 8832.

rio 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).

1.3 Mecanismos compensatorios

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 y esto constituye 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 por 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 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° del CC francés establece que cuantas veces uno de los esposos haya obtenido un provecho personal de los bienes de la comunidad, debe recompensar al otro. Los Mazeud¹²⁰ nos relatan el origen de esta norma:

¹²⁰ MAZEUD, Jean, Henry y León. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, Vol. I. La organización del patrimonio familiar. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América,

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.º 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 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. 1437º). 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. 1539º del CC alemán, el Art. 192º del CC italiano y los Arts. 1390º y

1965, pág. 533. El Art. 1437º del 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».

1391° del CC español.¹²¹ Al comentar este último ordenamiento jurídico, Díez Picazo¹²² señala que las recompensas operan frente a actos de administración o de disposición anómalos e irregulares:

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 entonces cabe la acción para su impugnación si

¹²¹ 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 comunidad 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».

¹²² DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Ob. cit., págs. 207-208.

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 patri-

monio social con dolo o culpa grave (Art. 1748°).¹²³ Estas normas fueron recogidas por los Arts. 1798° y 1801° del CC colombiano que también fue elaborado por Andrés Bello.

En nuestro ordenamiento jurídico, solo se ha considerado a 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 del 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 del CC). En el primer caso, nos encontramos ante un supuesto de recompensa a favor del patrimonio social y en el segundo, ante un supuesto de recompensa a favor del patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

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 La regla de la actuación conjunta), en el cual por acción de los hijos del esposo (cónyuge inter-

¹²³ 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».

viniente) 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 al declarar 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 que el reembolso implica una indemnización derivada de un supuesto distinto de la responsabilidad contractual —porque no puede admitirse que el matrimonio es un contrato— no podemos afirmar que se encuentra en 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 en el ámbito familiar. Por eso 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, entre los Proyectos presentados a la Comisión de la Reforma del CC de 1984 ¹²⁴ 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.

¹²⁴ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Ob. cit., pág. 8. También aparece como propuesta en COMISIÓN DE REFORMA DE CÓDIGOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ob. cit., págs. 340-341.

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 ganancialidad o cuando ha dispuesto unilateralmente un bien social a favor de un tercero y no existe modo de recuperarlo por tener este un interés tutelado de manera 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 privativo o social, según el caso, con el valor que este 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 (como en los casos reseñados en el acápite Aceptación tácita del cónyuge no interviniente) o cuando este actuó con negligencia dejando transcurrir los plazos de la prescripción extintiva o adquisitiva.

Debe tenerse presente que este reembolso solo opera cuando el acto realizado por uno de los cónyuges ha traído consigo el empobrecimiento del patrimonio social y este 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 La regla de la actuación conjunta) 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°, inciso 2 del 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 La regla de la actuación conjunta) o al pasar al patrimonio común, haya sido realizado de manera 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. 1994º, inciso 2 del CC. Por lo tanto, 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 armonía conyugal.

Además 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.º 746-97 LA LIBERTAD,¹²⁵ 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.

La actora persigue la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionó el demandado al privarle del disfrute de los bienes conyuga-

¹²⁵ CAS. N.º 746-97 LA LIBERTAD del 26 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 05 de octubre de 1998, págs. 1773-1774.

les 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, de uno de ellos con los sucesores del otro o mediante proceso judicial.

Es de destacar en la legislación comparada el Art. 1301° del CC español que señala que la acción de nulidad solo 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».

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° del 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° del 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.¹²⁶

Con relación a la posibilidad que el cónyuge no interviniente solicite una indemnización al tercero que contrató con su consorte, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto en contra de dicha pretensión en la CAS. N.º 226-99 ICA,¹²⁷ emitida en el proceso seguido por Carmen Ruiz contra la Cooperativa de Vivienda Bancarios de Ica, por 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 que era bien social y que la 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.

¹²⁶ Por ejemplo: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., págs. 428-429 y LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., págs. 577-579.

¹²⁷ CAS. N.º 226-99 ICA del 06 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 18 de octubre de 1999, pág. 3766.

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 que entonces se plantean son dos: ¿merece el tercero una protección más amplia que la simplemente establecida como efecto de la anulabilidad? y ¿esta protección opera también cuando el acto de disposición arbitrario del patrimonio social ha sido celebrado a título gratuito?

Respecto de estas cuestiones es importante analizar si resulta aplicable a favor del tercero el saneamiento por evicción que procede conforme lo señala el artículo 1491° del 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 atingencia que esta figura solo es aplicable al ámbito contractual, consideramos que puede ser invocada por el tercero en el plazo establecido por la ley (de un año, Art. 1500°, inciso 5 del 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.¹²⁸

El primer requisito necesario para el saneamiento por evicción consiste entonces en que la propiedad del bien social haya sido transferida a favor del tercero; lo cual requiere, como lo indicáramos anteriormente (Véase acápite «La adquisición *a non domino*»), 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°, inciso 1 del CPC por el cual la resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada, cuando no proceden 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 con una interpretación contrario sensu del Art. 1391° del 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. Por 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, por 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 (que analizamos en acápite anterior).

¹²⁸ En la CAS. N.º 837-97 LAMBAYEQUE del 05 de noviembre de 1998, publicada en la SCEP el 04 de diciembre de 1998, págs. 2137-2138, se señala que la sociedad conyugal —entendida como una entelequia— no puede ser la obligada al saneamiento, sino los propios cónyuges.

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° del CC; supuesto que se configuraría si el tercero conociese el estado civil del cónyuge interviniente y dolosamente contratase con su consorte a sabiendas que con dicho acto produciría un desmedro del patrimonio social.

De conformidad con el Art. 1495° del 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 hacen alusión los 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 inciso 7 del Art. 1495° del 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.¹²⁹

Con relación a la segunda de las preguntas planteadas, la Exposición de Motivos del Art. 1494° del CC señala 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 eli-

¹²⁹ 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: PUCP, 1996, pág. 338.

minado 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.

Aun 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.

¿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?

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 Aceptación tácita del cónyuge no interviniente), es aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, conforme lo señala Bello,¹³⁰ 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

¹³⁰ BELLO JANEIRO, Domingo. Ob. cit., págs. 205-207.

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 inconsistentes.

Asimismo, el tercero puede solicitar la anulabilidad del acto invocando que su contraparte, el cónyuge interviniente, actuó con dolo (Art. 210° del CC) al ocultar su estado civil de casado o al afirmar 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.¹³¹

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.

¹³¹ Idem, págs. 184-186.

(...) 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.

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° del CC, el tercero puede solicitar alternatively: (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) o (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° del 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 al tercero la prestación más sus intereses, 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, este y otros interrogantes más son materia del siguiente capítulo.

2. La responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas

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° del 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° del 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 corresponderían en caso de liquidación (Art. 309° del CC).

Las citadas normas serán analizadas en el presente capítulo, siguiendo el esquema antes anunciado, con la finalidad de determinar si nuestro ordenamiento jurídico admite la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas; es decir, la posibilidad que se realice o ejecute dicho patrimonio 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. 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.º 346 de la ciudad de Sullana que aparecía registrado a nombre de este y de su esposa María Sernaqué; entonces procedió a solicitar el embargo de dicho inmueble y el órgano jurisdiccional lo admitió hasta en un 50% de las acciones y derechos que el deudor tenía 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 trataba de un bien social y por lo tanto —a su parecer— inembargable. Por su parte, la entidad bancaria solicitó 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, 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. 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 al amparo del régimen de copropiedad y por consiguiente, las deudas privativas deben ser respondidas inicialmente con el patrimonio privativo del cónyuge deudor y de ser este 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 la finalidad 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 resultaba 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 esta interrogante solo 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 que el cónyuge deudor le procure aquello a que está obligado —conforme lo señala el Art. 1219°, inciso 1 del CC—, al igual que otras acciones que tengan por finalidad 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 este tenga 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 por 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 esta 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, esta presenta algunas peculiaridades a los cónyuges que se encuentran al amparo de su ámbito y que se resumen en las siguientes: (i) las obligaciones pueden ser contraídas por uno de los cónyuges o por ambos —pero solo por ellos porque actualmente se encuentra descartada la Teoría de la personalidad jurídica de la sociedad conyugal (véase acápite Estructura del presente trabajo)— 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 a las deudas contraídas en la administración ordinaria de los bienes propios y sociales; ambos han sido consignados en los incisos 1, 2, 4, 6, 8 y 9 del Art. 316°

del CC. Por estas cargas, al estar vinculadas directamente con el interés familiar y encontrarse dentro de la potestad doméstica (véase acápite La regla de la actuación conjunta), 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° del CC—, aun cuando hayan sido contraídas por uno de los cónyuges.

Las deudas, en cambio, son aquellas que no se encuentran comprendidas en el ámbito del Art. 316° del CC antes mencionado; por lo tanto, forman parte de la gestión extraordinaria del patrimonio social y pueden contraerse de manera 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 solo en virtud de la exposición de motivos,¹ sino también a partir de la lectura del Art. 322° del 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° del CC español señala de manera 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 española² al definir las deudas sociales ha convenido que el asentimiento conjunto de ambos cónyuges

¹ 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 CHÁVEZ, Hector. Ob. cit., págs. 307.

² En ese sentido tenemos a: DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Ob. cit., págs. 191-192; ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit., pág. 172 y MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Madrid: Civitas, 1995, págs. 18-22. En la CAS. N.º 911-99 ICA del 07 de diciembre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de febrero de 2000, págs. 4684-4685, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia 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 proviene de actos que exceden la administración ordinaria.

no requiere ser simultáneo, pudiéndose dar el caso que el asentimiento de uno de ellos sea posterior, pero de modo expreso o se haya contraído por uno de los cónyuges con poder de su consorte; criterio que es plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. Por 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 estas coexisten, el patrimonio social y subsidiariamente los patrimonios privativos de los cónyuges deben responder preferentemente por las primeras antes que por las segundas.³

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. Por estas deudas responde, sin duda, el patrimonio privativo del cónyuge deudor. A esta conclusión se llega en nuestro ordenamiento jurídico interpretando sistemáticamente los Arts. 307° y 308° contrario sensu del CC, resultado que se condice con el hecho que dentro de la garantía de las deudas contraídas únicamente por uno de los cónyuges, en el régimen de sociedad de gananciales, se encuentran necesariamente la integridad de sus bienes propios. En la legislación comparada, así lo establece el Art. 1373° del 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 que entraña— consiste en determinar si el patrimonio social debe responder de manera subsidiaria⁴ por las deudas privativas ante la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor.

³ Concuera con esta opinión PLÁCIDO V., Alex. Ob. cit., pág. 157.

⁴ La doctrina nacional no se ha detenido en este punto, pero queda claro que el patrimonio social no puede responder de manera solidaria —porque requeriría ser establecida por ley o en el título de la obligación en forma expresa, de acuerdo con el Art. 1183° del CC— o mancomunada —porque en este caso respondería a prorrata con el patrimonio privativo del deudor— por las deudas privativas. Solo se puede tratar de una responsabilidad subsidiaria, es decir, dicho patrimonio responde solamente cuando se agote el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

Al respecto volveremos más adelante (véanse los siguientes acápi-tes). 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° del CC) con las deudas comunes, bajo el epígrafe de «deudas de la sociedad», lo cual es técnicamente incorrecto porque, como lo hemos indicado, no se puede atribuir a una entelequia distinta de los cónyuges el carácter de deudora.⁵ Asimismo, ha considerado un tipo especial de deudas privativas cuando estas han beneficiado de alguna manera al futuro hogar (Art. 307° del CC), aunque no hayan atendido las cargas del Art. 316° del 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° del CC (el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges y las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en los bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este), ya que estos hacen alusión a auténticas deudas comunes en la medida que necesariamente requieren el asentimiento de ambos cónyuges; sin embargo, en razón de esta condición son respondidas preferentemente con el patrimonio social y a falta de este con los patrimonios privativos de los cónyuges al haber sido consignadas como cargas. En igual sentido se encuentra 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. Este será analizado conjuntamente con el Art. 307° del CC (véase el siguiente acápite).

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

⁵ El Art. 316° CC también alude a «deudas que son de cargo de la sociedad». En ambos casos, dichas frases solo 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 en COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Ob. cit., pág. 464.

deuda el carácter de social o de carga, con el objetivo 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 esta 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.º 1052-98 SULLANA,⁶ la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia al resolver la litis, acogió este último criterio en razón que «el inciso sexto del Artículo 316º 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. 316º y 317º 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. Así lo estableció la CAS. N.º 3109-98 CUSCO-MADRE DE DIOS⁷ emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia 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 embargo sobre el 50% de las acciones y derechos del inmueble social era precedente porque se trataba de una deuda social. En el presente caso la Sala señaló que «la obligación insoluta que determinó que, primero, se trabara embargo

⁶ CAS. N.º 1052-98 SULLANA del 09 de setiembre de 1998, publicada en la SCEP el 25 de noviembre de 1998, págs. 2097-2098.

⁷ CAS. N.º 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.

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: los hijos de su primer matrimonio, por ejemplo. ¿Qué naturaleza presenta este tipo de deuda? Los magistrados reunidos en el Pleno Jurisdiccional de Familia 1998, en el Acuerdo N.º 7, votaron por unanimidad a favor del carácter de carga de dicha deuda en aplicación del Art. 316º, inciso 2 del CC; por lo tanto, los bienes sociales, y a falta o insuficiencia de estos, 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.⁸

⁸ 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. 1362º 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». Por su parte el Art. 1740º, inciso 5 del 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».

2.1. Argumentos a favor del cónyuge no interviniente

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— y por tanto es discutible que pueda servir para responder por las deudas contraídas por este 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.

Los hechos, en cambio, se presentan de una manera radicalmente distinta si nos detenemos en la posición del tercero que en muchas oportunidades solo 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 disminución o al menos congelación 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° del CC).

En el 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 estrategias que le permitan lograr la satisfacción de su crédito.

La primera de estas consiste en la admisión, en nuestro ordenamiento jurídico, de la presunción de ganancialidad pasiva del patrimonio social 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—, existe igual-

mente 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 de no haber sido manifestada por ningún abogado defensor, 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 recogida 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 que esta norma no ha sido recogida por nuestro CC, tampoco ha sido sustituida por otra que estipule lo contrario. Por ende, algunos podrían argüir que esta presunción se condice con nuestra tradición legislativa.⁹

La Corte Suprema de Justicia no tiene un criterio definido acerca del tema; sin embargo, existen dos pronunciamientos que proporcionan algunas pautas a favor de este principio de ganancialidad pasiva. El primero es el que la CAS. N.º 04-95 ICA¹⁰ emitió 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

⁹ 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° del 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 (...)».

¹⁰ CAS. N.º 04-95 ICA del 08 de julio de 1996, publicada en la SJEP el 25 de octubre de 1996, págs. 2363-2364.

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 Díaz Arboleda, contra don Juan Antonio Briceño Muñante fue para el cobro de arrendamientos del Hotel Díaz.

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.

El segundo, de fecha más reciente, es el que se muestra en la CAS. N.º 2088-2000 CAJAMARCA,¹¹ 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

¹¹ CAS. N.º 2088-2000 CAJAMARCA del 27 de octubre de 2000, publicada en la SCEP el 01 de marzo de 2001, págs. 7011-7012. En igual sentido, aunque con defectos en su fundamentación, la misma Sala, en la CAS. N.º 2094-98 ICA del 29 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 18 de noviembre de 1998, págs. 2291-2292, resolvió que aun cuando la deuda contraída por el esposo de la demandante Rosario Espinoza (cónyuge no interviniente) se sustentaba en un contrato de arrendamiento que únicamente fue suscrito por su consorte, Arturo Silva, con el Colegio Nacional San Luis Gonzaga de Ica (tercero), «se trata de una deuda social que compromete el patrimonio autónomo».

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 con 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.

Consideramos —con excepción de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio del comercio o en el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (que será materia del acápite Tratamiento del cónyuge empresario y del profesional)— que esta presunción de ganancialidad pasiva debe rechazarse por no tener apoyo en ningún precepto del actual CC (a diferencia del Art. 310° del CC que sustenta el principio de ganancialidad activa) y que sería inaceptable que el órgano jurisdiccional la establezca como presunción judicial,¹² tal como lo hacen las sentencias que reseñamos porque esto

¹² De acuerdo con 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° del CPC). La presunción puede ser legal y, en este caso, operar de manera absoluta (Art. 278° del CPC), relativa (Art. 279° del CPC) o judicial, entendida 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.

conduciría a dos resultados no deseables. El primero: que 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 al amparo del ámbito del Art. 316° del 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 deudas contraídas en solitario también lo sean. En ese sentido, consideramos plenamente acertada a 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.¹³

Es de resaltar que entre los argumentos expuestos en los considerandos de la CAS. N.º 04-95 ICA, la Sala Civil Permanente interpreta que los alcances del Art. 315° del 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° del CC son solo aquellos por los cuales se dispone o grava bienes sociales, mas no aquellos simplemente obligatorios en los que 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 plena de obrar y no dispone de ninguno de los bienes del patrimonio social, aunque queden 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

¹³ En ese sentido están: BELLO JANEIRO, Domingo. Ob. cit., págs. 456-464 y MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. Ob. cit., págs. 97-100.

ello, se ha estipulado el necesario concurso de ambos cónyuges. Es por este motivo que tampoco 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.¹⁴

La segunda estrategia propuesta por el tercero se origina de la interpretación sistemática de los Arts. 307° y 308° del CC. En efecto, existe un elemento común que se deduce de las frases «en beneficio del futuro hogar» —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° del CC) o la del patrimonio privativo del cónyuge no interviniente (Art. 308° del CC) por deudas contraídas en solitario por uno de los cónyuges.¹⁵

Todo ello plantea en primer término: ¿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.

¹⁴ El mismo error se comete en la CAS. N.° 447-99 LAMBAYEQUE del 24 de julio de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, págs. 8651-8652.

¹⁵ La autoría del Art. 307° CC corresponde a CORNEJO CHÁVEZ 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 las deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales para la adquisición del hogar debían ser canceladas 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, señalaba que «las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que los contrajo». El Art. 308° del CC fue obra de la Comisión Revisora. CORNEJO CHÁVEZ 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: COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. Ob. cit., pág. 464.

En segundo término, cabe preguntarse ¿fue acertado incluir este criterio en nuestro ordenamiento legal? Algunos argumentarán que sí, si toman como referencia el Art. 186° inciso c) del Codice Civile que ha considerado en los supuestos de cargas a «toda obligación contraída por los cónyuges, incluso separadamente, en el interés de la familia»; sin embargo, Bianca,¹⁶ al comentar dicha norma señala que dicho criterio debe entenderse como «las normales exigencias de la familia», las cuales en nuestro ordenamiento legal se encuentran consignadas en el Art. 316° del CC, norma que fue construida tomando en cuenta la idea del interés familiar, pero con una casuística expresamente dispuesta por el legislador, como la del sostenimiento del hogar y la del mantenimiento y conservación de los bienes sociales que señalan 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, la mencionada norma 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 estas no tengan por finalidad la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar —los supuestos de los Arts. 307° y 308° del CC se encuentran en la gestión extraordinaria del patrimonio social—¹⁷ en las que ciertamente resulta más discutible el criterio del interés familiar. Por lo demás, aunque dicho criterio ha sido bastante invocado por la defensa de los terceros, no ha tenido mayor efectividad en los órganos jurisdiccionales ni tampoco apoyo en la doctrina comparada.¹⁸ Con lo cual concluimos

¹⁶ BIANCA, Massimo. Ob. cit., pág. 93.

¹⁷ Esta afirmación es corroborada por el propio legislador. Al respecto, véase: CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Ob. cit., págs. 300-303.

¹⁸ Sin embargo, en la CAS. N.° 1895-98 CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 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». Posteriormente, la misma Sala, en la CAS. N.° 1181-2001 LIMA del 14 de noviembre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8855-8856, estableció que la sociedad conyugal solo responde de las deudas contraídas por el cónyuge interviniente que «hayan beneficiado a la sociedad conyugal, caso en el cual, en observancia de lo dispuesto por el Artículo 1316° [sic, se refiere al Artículo 316°] del citado Código sustantivo, habría procedido que los bienes comunes respondan por dicha obli-

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 ya que desnaturaliza la finalidad y letra del Art. 316° del CC.

Es de resaltar que la diferencia entre los Arts. 307° y 308° del CC, además de la oportunidad en la cual se contraen las deudas en uno y otro caso, radica en la manera cómo responden los patrimonios privativos de los 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 benefician a la futura sociedad de gananciales, mientras que para las deudas contraídas durante el matrimonio, el Código no establece nada acerca de la responsabilidad patrimonial de los bienes sociales y solo 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 anterior 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 otorgándoles 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 que se basó y que tampoco se ocuparon del tema.¹⁹ Otros autores admiten la existencia de esta omisión, pero consideran que esta se puede salvar mediante otras vías. Así, Arata señala que aunque el Art. 308°

gación». BELLO JANEIRO, Domingo. Ob. cit., 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».

¹⁹ Entre los autores indicados, PLÁCIDO V., Alex. Ob. cit., págs. 154-155 y «Deudas de los cónyuges y de la sociedad conyugal». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 44, año 8, mayo, 2002, págs. 33-46, señala que la responsabilidad de acuerdo con el Art. 308° del CC «puede alcanzar subsidiariamente el patrimonio social». LAMA MORE, Héctor. «El bien social y el cónyuge deudor». *Revista Jurídica de los Magistrados del Poder Judicial*, año I, tomo I, diciembre, 1998, 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)».

del 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».²⁰ Esta posición no puede sostenerse pues excede los límites de la interpretación del Art. 308° del CC, norma que solo se encuentra referida a la responsabilidad del patrimonio privativo del cónyuge no interviniente.²¹ A su vez, 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».²² La posibilidad antes señalada se encuentra descartada no solo 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.²³

No quisiéramos finalizar el presente acápite, sin antes señalar que los Arts. 307° y 316°, inciso 7 del CC se contradicen respecto de las deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales que tengan por finalidad la adquisición de bienes. De acuerdo con la primera de las normas citadas, si estas deudas han beneficiado al futuro hogar serán respondidas con el patrimonio privativo del cónyuge de-

²⁰ ARATA SOLIS, Rómulo. «Cuidado con lo que gasta su cónyuge». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 8, año IV, 1998, pág. 205.

²¹ 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».

²² CARREÓN ROMERO, Francisco. «Los problemas en la relación del acreedor con la sociedad de gananciales». *Themis*, n.º 32, 1995, pág. 179.

²³ 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». *Ius et Veritas*, n.º 15, año VIII, 1998, 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».

dor y subsidiariamente con el patrimonio social, mientras que de acuerdo con la segunda, las deudas serán respondidas con el patrimonio social y a insuficiencia de este, a prorrata con el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges (Art. 317° del CC). El legislador defendió la redacción del Art. 316°, inciso 7 del 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)». ²⁴ Siguiendo este razonamiento, este tipo de deudas —sin interesar su monto— será cancelado 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 del CC) sea eliminado, para evitar arbitrariedades, siguiendo los parámetros expuestos en el acápite La absorción del principio de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio. ²⁵

²⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pág. 306. La norma fue recogida del Art. 195°, inciso 6 del CC de 1936. MESEGUER GUICH, Diego. «Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedad de gananciales frente a las deudas sociales». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 18, año 6, 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 del CC no solo se refiere a los réditos, sino también a los atrasos (cantidad que se debe o no ha sido pagada a su tiempo).

²⁵ En ese sentido reiteramos que la regulación de los Arts. 1354°, 1357° y 1358° del CC español y del Art. 1736°, inciso 7 del CC chileno resultan más razonables.

Reconstruyendo la responsabilidad por deudas privativas

La redacción original del Art. 309° del CC hacía alusión únicamente 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 dolo o culpa de aquel. Esto se explica por el hecho que los Códigos pasados que le sirvieron de base —la norma fue recogida del Art. 198° del CC de 1936 y este a su vez, del Art. 971° del 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 en el CC vigente hace mención a la materia regulada en la Sección Sexta de su Libro VII; por lo tanto, no solo comprende las obligaciones extracontractuales derivadas de responsabilidad civil subjetiva (Art. 1969° del CC), sino también objetiva (Art. 1970° del CC).²⁶

Es evidente que entre esta norma y el Art. 307° del 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 con el Art. 307° del CC, será pagada con bienes propios, a menos que haya sido contraída en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se paga con bienes sociales a falta de bienes propios del cónyuge deudor. La solución es distinta de acuerdo con el Art. 309° del CC *contrario sensu*, en función del 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 agrade la solución que

²⁶ Pese a lo saludable de la actual redacción de la norma el CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Ob. cit., pág. 8, propuso inexplicablemente volver al texto anterior.

nuestro ordenamiento jurídico provee, la regla será la establecida por el Art. 307° del CC.

Hecha esta precisión, la pregunta que surge de la lectura del Art. 309° del 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 más que con el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

Así, se puede apreciar del **CASO 5** (véase acápite El vínculo obligatorio en la sociedad de gananciales) 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 y que produjo el embargo de un inmueble social porque aquel estaba casado y sujeto al régimen de sociedad de gananciales y por lo tanto, dicho bien se presumía 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, solo correspondía que se cancelaran con bienes privativos del cónyuge deudor; en cambio, el tercero rechazó esta argumentación alegando que las deudas privativas debían ser respondidas inicialmente con el patrimonio privativo del cónyuge deudor y de ser este insuficiente, con la parte alícuota que le correspondía de los bienes sociales, no siendo necesario para el remate esperar el fenecimiento de la sociedad de gananciales, ya que por excepción se debía 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.º 1895-98 CAJAMARCA,²⁷ 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 309º del Código Civil han efectuado las instancias de mérito se encuentra arreglada a ley.

Queda claro que este criterio, en el caso de deudas extracontractuales derivadas de delito cometido por uno de los cónyuges, requiere

²⁷ CAS. N.º 1895-98 CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104.

que se haya emitido sentencia condenatoria²⁸ y en general se mantiene incluso para aquellos supuestos en los cuales la deuda extracontractual beneficia al interés familiar, como se puede ver en la CAS. N.º 50-96 CAJAMARCA²⁹ 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 308º 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.

Al plantear el recurso de Casación don Saturnino García Guevara a fojas 87 expresa como argumento de defensa la aplicación del Artículo 317º del Código Civil o en su defecto del numeral 309º del acotado Código Sustantivo; que, el primer dispositivo se refiere a la

²⁸ En la CAS. N.º 3696-2000 ICA del 18 de abril de 2001, publicada en la SCEP el 31 de agosto de 2001, págs. 7611-7612 se hace una importante apreciación para las deudas extracontractuales derivadas de delito, en función al principio de inocencia, señalándose que solo se puede considerar este tipo de deudas cuando se ha emitido sentencia condenatoria y no cuando el proceso penal se encuentra en trámite.

²⁹ CAS. N.º 50-96 CAJAMARCA del 11 de noviembre de 1996, publicada en la SCEP el 30 de diciembre de 1997, pág. 198. Por lo demás, es un criterio que se ha seguido en la CAS. N.º 158-2000 SAN MARTÍN del 09 de mayo de 2000, publicada en la SCEP el 30 de octubre de 2000, págs. 6369-6370. Caso curioso: la CAS. N.º 205-96 JUNÍN del 04 de junio de 1997 publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 1997, pág. 142, desestimó la pretensión de la supuesta cónyuge no interviniente por no haber acreditado su condición de esposa.

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° del CC debe rechazarse por contradecir el principio que inspira el moderno Derecho de Daños que consiste 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.³⁰

Resarcir es desplazar el peso económico del daño, liberar de este a la víctima (tercero) y otorgárselo a otra persona (cónyuge deudor) quien debe responder con todo su patrimonio; sin embargo, el criterio

³⁰ Para DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Ed. Civitas, 1999, págs. 41-43, la principal función del Derecho de daños es la distribución de infortunios. A ello, agrega TRAZEGNIES, Fernando de. *La Responsabilidad extracontractual*. Tomo 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». 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.

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 está comprendida en la responsabilidad extracontractual.

La respuesta no puede ser otra que negativa. Realmente, el propósito del legislador, al regular el supuesto del Art. 309° del 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».³¹ Por 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 tanto, 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° del 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 este en sus bienes propios y en la parte de la sociedad que le 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° del CC a la lectura conjunta de los Arts. 307° y 308° del 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. Cabe entonces preguntarse si esta fue una opción del

³¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pág. 303.

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 que sin embargo, 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—³² llegamos al convencimiento que el legislador omitió pronunciarse respecto de la responsabilidad del patrimonio social por deudas privativas de naturaleza contractual no de manera intencional, sino por un descuido que no tiene fundamento alguno en qué sustentarse. Solo a partir de una apreciación simplista se puede llegar al absurdo que el propósito del legislador fue únicamente 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° del CC) y (ii) de las deudas privativas extracontractuales contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (Art. 309° del CC), abandonando la posición del tercero en los supuestos de responsabilidad del 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 este viene a ser un supuesto no regulado, pero que debe regularse mediante integración. Por ende, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿qué norma nos permite integrar la laguna legal antes descrita? Los Arts. 307° y 308° del 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 esta no puede ser aplicada por analogía.

Consideramos que esta laguna legal puede ser integrada mediante el uso de la analogía del Art. 309° del CC, razonamiento por el cual se

³² PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Ob. cit., págs. 387-579 y COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. Ob. cit., págs. 448-465.

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 análogos a los descritos en dicho artículo (la responsabilidad civil extracontractual).³³ 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. Al igual que en los supuestos de deudas extracontractuales se la puede leer así: «la responsabilidad contractual de un cónyuge, perjudica a este 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° del 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 estos deben formar parte de un mismo cuerpo normativo en el Código no debe perderse de vista su naturaleza distinta, una de ellas deriva del contrato y la otra directamente de la prohibición de no hacer daño al otro.³⁴ Sin embargo, la semejanza o igualdad esencial que nosotros

³³ Simplificada y formalizadamente la analogía del Art. 309° del 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.

³⁴ Así lo señala TRAZEGNIES, Fernando de. *La Responsabilidad extracontractual*. Tomo 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

encontramos entre el supuesto normado por el Art. 309° del CC y el supuesto integrado por analogía se refiere a la manera cómo debe responder el patrimonio social en uno y otro supuesto, para lo cual nos preguntamos lo siguiente: ¿debe responder el patrimonio social de modo distinto ante supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual? Nosotros consideramos que la respuesta debe ser negativa y aquí se encontraría la semejanza esencial, sin perjuicio que aceptemos la existencia de diferencias entre ambas responsabilidades.³⁵

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.³⁶

En suma, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico acepta que el patrimonio social responda directamente por las deudas contraí-

contractual y extracontractual». *Ius et Veritas*, n.º 22, año XI, 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».

³⁵ Acerca del 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 los dos objetos o conceptos semejantes, pero no en otras.»

³⁶ El Art. 1366° del 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.*, pág. 412, han entendido que dicha norma no admite los supuestos de deudas derivadas de la comisión de delitos; mientras que otros, como MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. *Ob. cit.*, pág. 48, consideran que sí.

das 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° del CC). 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° del CC); para las demás deudas de naturaleza contractual es posible —y de suyo necesario— utilizar por analogía la consecuencia de esta última norma.

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 con la manera cómo las resoluciones emitidas por estos han sido calificadas por los registradores públicos. La finalidad es 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.

En su mayoría, la doctrina nacional se ha pronunciado a favor del cónyuge no interviniente. En esta línea de interpretación, Carreón³⁷ opina que dicha medida cautelar resulta improcedente porque «es ilegal ordenar el embargo en derechos de los bienes sociales». El mencionado autor 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. Lama,³⁸ considera que «no es válido trabar embargo sobre un bien social, señalando que se afecta el '50 % de los derechos y

³⁷ CARREÓN ROMERO, Francisco. Ob. cit., págs. 180-182.

³⁸ LAMA MORE, Héctor. Ob. cit., 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 [sic], en su conjunto nos permitirá establecer que los bienes de la sociedad no pueden responder, sino 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».

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 deuda de uno de los cónyuges, es contrario al Derecho y la naturaleza misma de la Sociedad Conyugal [sic], 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,³⁹ 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». Hinostraza,⁴⁰ 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 de 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 esta razón han sugerido pautas para mejorar la posición de este último.

Así, Calderón⁴¹ propone la creación de un registro automático de anotaciones de embargo a partir de la declaración que brinde el solici-

³⁹ ESTRADA DÍAZ, Juan José. «Inembargabilidad de bienes de la sociedad de gananciales». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 2, año XLVI, abril-julio, 1996, págs. 221-226.

⁴⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El embargo y otras medidas cautelares*. 2da. ed., Lima: Ed. San Marcos, 1999, págs. 45-47.

⁴¹ CALDERÓN RAMOS, Marcos. «El embargo sobre los bienes de uno de los cónyuge. ¿Ilusión del acreedor o fraude del deudor?». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 5, año III, 1997, págs. 123-135.

tante 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 solo 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) requiere 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, Reggiardo⁴² analiza cómo el régimen de sociedad de gananciales perjudica el acceso al crédito bancario al aumentar los costos de transacción (el costo del crédito y la exigencia de garantías onerosas) y elevar 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 de la familia». Por lo tanto, el autor sugiere que se establezca la presunción que en el caso de deudas asumidas con instituciones bancarias, estas se hayan contraído en provecho de la familia. En el proceso judicial se invertirá entonces la carga de la prueba y correspondería 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

⁴² REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. Ob. cit., págs. 179-182. La propuesta del autor es recogida por MESEGUER GUICH, Diego. Ob. cit., págs. 91-93.

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 las entidades bancarias, a diferencia de las personas naturales, conseguir información acerca del estado civil de sus usuarios.

Los autores reseñados parten de un supuesto 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° del CPC.⁴³ El cónyuge deudor no solo es cotitular, sino que además tiene una expectativa de derecho 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 este 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 de que este se liquide y se establezca la cuota específica de gananciales correspondiente al cónyuge deudor; resultado que se condice con el

⁴³ La frase «embargo sobre los derechos y acciones» que se utiliza en la práctica procesal ha llevado a muchos autores al equívoco de considerar que esta como otras medidas cautelares requiere 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 solo podrá materializarse como producto de la liquidación de dicho régimen patrimonial del matrimonio; es decir, se trata de una expectativa de derecho que abre la posibilidad de trabar una medida cautelar sobre los bienes que conforman el patrimonio social.

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 del 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?

Corrobora lo anteriormente expuesto el hecho que la garantía de las obligaciones contraídas por los cónyuges comprende 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° del 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 al equiparar al patrimonio familiar —que solo 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 alguno de ellos (como las entidades bancarias y financieras), como lo sugiere Reggiardo al establecer presunciones a su favor. La inversión de la carga de la prueba puede traer consigo que con el objetivo de beneficiar un progresivo aumento del crédito de consumo, se desaliente la armonía conyugal forzando al cónyuge no interviniente a buscar mecanismos compensatorios para equilibrar la pérdida sufrida en el patrimonio social y tomar las precauciones que exigiría evitar este desenlace. Tampoco queda claro cómo los Bancos pueden estar 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, en contravención del Art. 103° de la Constitución, y no porque así lo exige la naturaleza de las cosas.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto del tema, como consecuencia de tercerías de propiedad presentadas por el cónyuge no interviniente, y ha llegado a las siguientes conclusiones: (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 que forman parte de su patrimonio y la no existencia de norma alguna que impida su afectación por deudas privativas, (iii) hecho distinto es el remate de dichos bienes, etapa que solo 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, al solicitar la insolvencia del cónyuge deudor.

Este criterio se puede apreciar claramente en el **CASO 4** (véase acápite El vínculo obligacional en la sociedad de gananciales), 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) más intereses legales, costas y costos. El proceso finalizó a favor del Banco que posteriormente logró el embargo del único bien que poseía el deudor: el inmueble ubicado en la calle José de Lama N.º 346 de la ciudad de Sullana que aparecía registrado a nombre de este 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 podía ser gravado por obligaciones de uno de los cónyuges hasta 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.º 342-99 PIURA,⁴⁴ rechazó la casación presentada por la cónyuge no interviniendo, fundamentando su decisión en los siguientes considerandos:

Según los términos de la demanda, la acción incoada sobre terceraía 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 responder hasta por la suma de 12,000 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 323º 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 causas anotadas en el Artículo 318º 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. 330º del mismo Código.

En consecuencia, la sentencia de vista al invocar el Art. 318º del Código Sustantivo, desestimando la demanda y dejando subsistente

⁴⁴ CAS. N.º 342-99 PIURA del 08 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 1999, pág. 3628.

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 este viene a ser el criterio generalmente aceptado por la Corte Suprema de Justicia⁴⁵ y por magistrados de instancias inferiores;⁴⁶ sin embargo, existen pronunciamientos singulares en los cuales se ha decidido abiertamente negar la posibilidad de embargar los bienes sociales por deudas privativas.⁴⁷

⁴⁵ En ese sentido: CAS. N.º 938-99 LIMA del 03 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, pág. 3908; CAS. N.º 911-99 ICA del 07 de diciembre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de febrero de 2000, págs. 4684-4685; CAS. N.º 1718-99 LIMA del 09 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4967-4968 y CAS. N.º 2088-2000 CAJAMARCA del 27 de octubre de 2000, publicada en la SCEP el 01 de marzo de 2001, págs. 7011-7012. En la CAS. N.º 1510-98 LAMBAYEQUE del 13 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 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 (este solo solicitó el embargo del 50% de dicho bien). En la CAS. N.º 2114-99 CAJAMARCA del 30 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4975-4976, se establece como requisito para este tipo de razonamiento que la Sala de vista se haya pronunciado expresamente acerca de la materia controvertida, ante la imposibilidad de valorarse en casación las pruebas aportadas.

⁴⁶ En Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil 1997, realizado en la ciudad de Trujillo por la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional, siguiendo esta línea jurisprudencial, se 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., acuerdo N.º 7, se señaló que desde la perspectiva de la sociedad de gananciales como patrimonio autónomo no son embargables derechos y acciones de los cónyuges.

⁴⁷ Así, en la CAS. N.º 1895-98 CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999 publicada en la SCEP el 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República se señaló que «no es correcto disponer la aplica-

El estado de la cuestión actualmente no ha quedado del todo definido. Así, en la CAS. N.º 2490-00 CAJAMARCA,⁴⁸ 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 CAS. N.º 1716-99 LIMA,⁴⁹ la misma Sala vuelve al criterio que «los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación». Distinto punto de vista presenta la Sala de Derecho Constitucional y Social para la cual, según su CAS. N.º 447-99 LAMBAYEQUE,⁵⁰ los contratos de mutuo celebrados por uno de los cónyuges y por el tercero pueden ser impugnados por el cónyuge no interviniente, en virtud del Artículo 315º del Código Civil (sic), al no haber participado este en dicho contrato y no haber sido emplazado en el proceso ejecutivo. Como ya lo afirmáramos antes (véase acápite Los caminos errados del tercero), dicha norma solo es aplicable para los actos de disposición arbitraria del patrimonio social, mas no para los puramente obligatorios. Creemos, entonces, que el tema merece ser materia de un Pleno Casatorio.

ción 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». En igual sentido, la CAS. N.º 1953-97 PIURA del 07 de octubre de 1998, CCJC, tomo II, págs. 302-303.

⁴⁸ CAS. N.º 2490-00 CAJAMARCA del 09 de enero de 2001, publicada en la SCEP el 30 de abril de 2001, págs. 7188-7189. El voto singular que acompaña a la sentencia corresponde a tres de los cinco vocales que suscribieron el fallo: señores Echevarría, Seminario y Torres y consignan los argumentos esgrimidos como criterio generalmente aceptados. Por lo tanto siendo mayoría, debió haber formado parte del cuerpo de la sentencia.

⁴⁹ CAS. N.º 1716-99 LIMA del 26 de marzo de 2001, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2001, pág. 7429. Es curioso que ambas casaciones fueron suscritas por los mismos magistrados: Ibérico, Echevarría, Seminario, Celis y Torres.

⁵⁰ CAS. N.º 447-99 LAMBAYEQUE del 24 de julio de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, págs. 8651-8652. El voto en discordia del vocal Garay Salazar dice con razón que «lo estipulado en el artículo 315º del Código Civil es ajeno al presente caso, porque tal norma se refiere a circunstancias [sic] de gravar o disponer el bien social, eventualidad en el que se puede demandada [sic] la ineficacia del derecho real constituido por el gravamen sobre el bien social o la enajenación del mismo; en cambio, ejecutar una medida cautelar siguiendo una sentencia por el incumplimiento de un crédito; es tema distinto».

Respecto de la participación del cónyuge no interviniente en estos procesos se presenta la duda —que nuestra doctrina y jurisprudencia han obviado— de determinar si realmente este puede tener la calidad de tercerista, en la medida que de conformidad con lo establecido por el Art. 533° del CPC la tercería de propiedad solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar.⁵¹ El cónyuge no interviniente es cotitular de los bienes que conforman el patrimonio social, mas no su único propietario.

Valiéndose de este criterio el Tribunal Fiscal, conforme se puede ver en la RTF N.° 464-1-96 y la RTF N.° 41-1-99,⁵² ha desestimado las tercerías de propiedad presentadas por la cónyuge no interviniente contra embargos trabados por la Administración Tributaria sobre bienes del patrimonio social como consecuencia de deudas tributarias contraídas por su consorte en su calidad de contribuyente, por ejercer actividad empresarial en forma personal. En cambio, en la RTF N.° 1015-3-98⁵³ señaló que las deudas tributarias acotadas a un cónyuge como

⁵¹ La CAS. N.° 991-98 HUÁNUCO del 01 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 08 de enero de 1999, pág. 2449 y CAS. N.° 1252-2001 AREQUIPA del 12 de setiembre de 2001, SCEP el 02 de febrero de 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 la CAS. N.° 776-2001 APURÍMAC del 27 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, págs. 8118-8119; CAS. N.° 3852-2000 ANDAHUAYLAS del 15 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8172; CAS. N.° 3580-2000 ANDAHUAYLAS del 15 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8376-8377; CAS. N.° 3244-2001 JAÉN del 12 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8761; CAS. N.° 4098-01 LIMA del 20 de mayo de 2002, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 2002, pág. 9216; CAS. N.° 771-2001 APURÍMAC del 19 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, pág. 9597 y CAS. N.° 769-2001 APURÍMAC del 24 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 2002, pág. 9693, señalan que esta puede realizarse hasta antes de la venta forzosa del bien.

⁵² RTF N.° 464-1-96 del 29 de marzo de 1996, publicada en AELE, Resoluciones del Tribunal Fiscal. Código Tributario, pág. 139 y la RTF N.° 41-1-99 del 22 de enero de 1999, publicada en AELE, Código Tributario, vol. III, Resoluciones del Tribunal Fiscal, págs. 231-232.

⁵³ RTF N.° 1015-3-98 del 27 de noviembre de 1998, publicada en AELE, Código Tributario, vol. III, Resoluciones del Tribunal Fiscal, págs. 233-234.

obligado solidario, por haber sido representante legal de la empresa contribuyente, no podían ser respondidas más que con sus bienes propios.

En el primer caso, en rigor, el Tribunal Fiscal no requería utilizar este argumento para desestimar la tercería de propiedad. Los tributos y las retribuciones derivadas de la actividad económica de uno de los cónyuges (bienes sociales) no son deudas, sino cargas establecidas por el Art. 316º, inciso 6 del CC por lo que estas deben ser respondidas por el patrimonio social directamente y ante su insuficiencia por el patrimonio privativo de los cónyuges (Art. 317º del CC). En el segundo caso, estimamos que tratándose de una deuda privativa su responsabilidad debe seguir la misma suerte que las demás, es decir primero debe responder el patrimonio privativo del cónyuge deudor y ante su insuficiencia las gananciales de este, previa liquidación de la sociedad de gananciales.

La jurisprudencia española, por su parte, 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 solo 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 o por existir bienes propios de este que aún no han sido agredidos.⁵⁴

Este criterio no puede seguirse miméticamente en nuestro ordenamiento jurídico porque de lo contrario quedarían al desamparo los intereses del cónyuge no interviniente, ante la insuficiencia de otra vía

⁵⁴ En ese sentido, coinciden: BELLO JANEIRO, Domingo. Ob. cit., págs. 543-565; MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. Ob. cit., págs. 139-154 y para el derecho aragonés, SERRANO GARCÍA, 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.

que lo proteja. Por eso consideramos que es viable la tercería de propiedad, aunque en rigor este cónyuge no sea el único propietario del bien social, no con el objeto de extraer el bien social del embargo, sino para posponer su ejecución hasta la liquidación de la sociedad de ganancias. Eso sí, concordamos en que el patrimonio social solo podrá afectarse de manera 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 le corresponderá al cónyuge no interviniente quien tiene el derecho de excusión señalando bienes privativos de su consorte suficientes para hacer efectivas las deudas.⁵⁵

La jurisprudencia nacional ha señalado acertadamente que el cónyuge no interviniente no podrá solicitar la tercería de propiedad cuando el bien social embargado aparezca inscrito como bien propio, como lo establece la CAS. N.º 3270-2001 LIMA.⁵⁶ Para estos casos procederá el reembolso, conforme lo explicaremos posteriormente (véase acápite Una aplicación más de la Teoría del reembolso).

Calificación registral de las medidas cautelares sobre bienes sociales

El procedimiento de integración expuesto anteriormente (véase acápite Reconstruyendo la responsabilidad por deudas privativas) 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

⁵⁵ MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. *Idem*, págs. 102-106, opina que la carga de la prueba corresponde al cónyuge no interviniente. Discrepa BELLO JANEIRO, Domingo. *Idem*, págs. 526-528, para quien corresponderá al tercero acreedor. La solución que planteamos se basa en el Art. 196º del CPC. Otra salida que permite el Art. 539º del CPC es la suspensión de la medida cautelar a pedido del cónyuge no interviniente, para lo cual deberá anexar título de propiedad registrado (esta es su limitación), pero no queda claro en perjuicio del tercero acreedor en qué momento podrá solicitar la satisfacción de su crédito.

⁵⁶ CAS. N.º 3270-2001 LIMA del 13 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8761-8762.

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 al amparo del 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 cónyuges. El Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao ha revocado este tipo de decisiones señalando que la anotación del embargo procede, pero precisa que este «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.º 039-96-ORLC/TR del 02 de febrero de 1996,⁵⁷ en la cual se utiliza el argumento *a pari* para aplicar por analogía el Art. 309º del 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.º 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 expectaticios sobre el bien que le pu-

⁵⁷ RES. N.º 039-96-ORLC/TR del 02 de febrero de 1996, publicada en la ORLC, vol. II, año I, págs. 125-127.

diera 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 solo de mandatos emitidos por órganos jurisdiccionales en procesos judiciales,⁵⁸ sino también aquellos expedidos por

⁵⁸ RES. N.º 076-96-ORLC/TR del 01 de marzo de 1996, publicada en la ORLC, vol. II, año I, págs. 128-130 (supuesto de deuda extracontractual) y RES. N.º 402-96-ORLC/TR del 25 de noviembre de 1996, publicada en la ORLC, vol. III, año II, págs. 158-160 (supuesto de deuda contractual).

ejecutores coactivos⁵⁹ en los procedimientos administrativos que admite la legislación de la materia (Ley N.º 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 consideramos que, a diferencia de las acciones reales —que discuten 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 solo ha intervenido uno de los cónyuges es suficiente demandar a este, ya que su consorte no tiene por qué sobrellevar un proceso cuando no está obligado directamente ni como fiador. Solo desde el momento en que han sido agredidos los bienes sociales, el cónyuge no interviniente adquiere un real interés y por lo tanto, podrá hacer valer su derecho en el proceso seguido contra su consorte o mediante Tercería de propiedad. A esta conclusión se llega al interpretar en sus justos alcances el Art. 65º del 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, para lo cual se establece 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 uno o más bienes que conformen el patrimonio social⁶⁰ que, por cierto, de acuerdo con el

⁵⁹ RES. N.º 328-96-ORLC/TR del 16 de setiembre de 1996, publicada en la ORLC, vol. III, año II, págs. 155-157 (deuda que fue materia de ejecución coactiva). Sin embargo, la reciente RES. N.º 631-2001-ORLC/TR del 28 de diciembre del 2001, publicada en la ORLC, vol. XIII, tomo I, págs. 424-427, señala que no resulta procedente embargar los bienes sociales hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales.

⁶⁰ Esta conclusión concuerda con la interpretación que ha realizado la doctrina española con relación al segundo párrafo del Art. 144º del Reglamento Hipotecario de su país. Al respecto, véase: MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. Ob. cit., págs.

Art. 635° del CPC representa un proceso autónomo, aunque relacionado con el principal.

Por lo tanto, 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»,⁶¹ 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, Arata⁶² discrepa de la posición del Tribunal Registral por haber recalificado la orden de embargo sobre supuestos derechos y acciones actuales del cónyuge deudor y modificarla por los derechos expectaticios de dicho cónyuge respecto del fenecimiento de la sociedad de gananciales; asimismo, por haber considerado pasibles de embargo derechos respecto de los cuales solo puede llevarse a cabo la fase cautelar de su afectación, mas no la necesaria y subsiguiente fase del apremio o ejecución, connatural a toda 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° del CC debe ser interpretado sistemáticamente con el Art. 4° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N.°

155-198; BELLO JANEIRO, Domingo. Ob. cit., págs. 475-515; DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Ob. cit., págs. 228-229 y con aplicación al derecho aragonés, SERRANO GARCÍA. Ob. cit., págs. 574-586. También lo afirma la CAS. N.° 3901-2000 JUNÍN del 17 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8835.

⁶¹ RES. N.° 010-93/JUS-JVR del 18 de noviembre de 1993, publicada en la ORLC, vol. I, año I, págs. 31-32.

⁶² ARATA SOLÍS, Rómulo. Ob. cit., págs. 215-216.

017-93-JUS del 02 de junio de 1993) con la finalidad 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. Respecto de esta discusión la doctrina mayoritaria ha señalado que el Art. 2011° del CC solo limita la calificación registral de las resoluciones judiciales en cuanto se refiere al principio de legalidad, mas no a otros principios, como son los de prioridad excluyente, impenetrabilidad y tracto sucesivo.⁶³

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 opinión 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 errores y a pesar de ello, y bajo su responsabilidad, ordena la inscripción.⁶⁴ La singularidad de la resolución comentada radica en el hecho

⁶³ DELGADO SCHEELJE, Alvaro. «Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios». *Ius et Veritas*, n.º 18, año IX, 1999, págs. 254-262 y ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo X. Registros Públicos, Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2001, págs. 126-135. También véase, la RES. N.º 066-98-ORLC/TR del 09 de febrero de 1998, 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.º 195-2001-SUNARP/SN publicada el 23 de julio de 2001). Recientemente, la RES. N.º 160-2001-ORLC/TR del 09 de abril de 2001, en la ORLC, tomo I, año XII, págs. 136-141 y la RES. N.º 277-2001-ORLC/TR del 28 de junio de 2001, en la ORLC, tomo I, año XII, págs. 167-170, señalaron que el Registrador se encuentra facultado para examinar: a) la competencia del órgano jurisdiccional, b) las formalidades intrínsecas, c) la adecuación a los antecedentes registrales y d) la condición de inscribible del título.

⁶⁴ 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.º 382-96-ORLC/TR del 31 de octubre de 1996 en la ORLC, vol. III, año II, págs. 161-162 (no procede la inscripción de ampliación de embargo sobre el inmueble del demandado,

que el Tribunal sin dejar de lado este criterio general y el 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 este en caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Si bien consideramos que la interpretación del Tribunal Registral 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. Por otro lado, no es cierto que como consecuencia del embargo se debe producir necesariamente la ejecución del bien, ya que esta 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 burlar el crédito del tercero.⁶⁵ Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que con posterioridad al fenecimiento de la sociedad de gananciales se procede a la liquidación del patrimonio social por lo tanto, no se puede decir que este es inejecutable.

tratándose de bien social se requiere que el órgano jurisdiccional tome conocimiento de ello y aclare su mandato). En cambio, cuando advierte que el órgano jurisdiccional tiene conocimiento de los defectos o incompatibilidad del mandato judicial, pero esta 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.º 435-2000-ORLC/TR del 13 de diciembre de 2000 en la ORLC, vol. XI, tomo I, año VI, págs. 165-168; RES. N.º 042-2000-ORLC/TR del 18 de febrero de 2000, en la ORLC, vol. X, año V, págs. 56-60 y RES. N.º 048-99-ORLC/TR del 22 de febrero de 1999, en la ORLC, vol. VIII, año IV, págs. 115-117 (es imprecendente denegar la inscripción registral del mandato judicial, en base a una interpretación distinta a la establecida por el órgano jurisdiccional) y RES. N.º 236-99-ORLC/TR del 21 de setiembre de 1999 en la ORLC, vol. IX, año IV, págs. 72-74 (procede la anotación de embargo cuando el órgano jurisdiccional, no obstante tener conocimiento que el demandado solo tiene anotada preventivamente el dominio sobre el inmueble, reitera su mandato).

⁶⁵ 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».

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 ha 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 integraba el patrimonio social de los cónyuges Martha Granados y Raúl García, por deuda privativa contraída por este 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.º 342-2000 LIMA⁶⁶ que declaró 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.º 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).

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.

⁶⁶ CAS. N.º 342-2000 LIMA del 04 de mayo de 2000, publicada en la SCEP el 25 de agosto de 2000, págs. 6101-6102.

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 ubicado en el lote N.º 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 impaga contraída por la esposa, su acreedor —la empresa estatal MINPECO— embargó el 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 el cual se pronunció en la RES. N.º 435-2000-ORLC/TR⁶⁷ de acuerdo con 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 2º 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

⁶⁷ RES. N.º 435-2000-ORLC/TR del 13 de diciembre de 2000, ORLC, vol. XI, tomo I, págs. 165-168. En igual sentido está la RES. N.º 277-2001-ORLC/TR del 28 de junio de 2001, RLC, vol. XII, tomo I, págs. 167-170.

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.

En todo caso, debemos señalar que las anteriores son situaciones singulares que no perjudican al criterio generalmente aceptado por los órganos jurisdiccionales y los registradores públicos y que viene a ser el correlato, en el ámbito procesal, de la interpretación e integración realizadas por nosotros —que concuerda en parte con la del Tribunal Registral— de los Arts. 307°, 308° y 309° tal como lo demuestra la CAS. N.° 3538-2001 CALLAO,⁶⁸ emitida por la Sala Civil Transitoria

⁶⁸ CAS. N.° 3538-2001 CALLAO del 12 de abril de 2002, publicado en la SCEP el 01 de julio de 2002, pág. 8951.

de la Corte Suprema de Justicia de la República, según la cual no resulta procedente dividir los bienes del patrimonio social antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, incluso en aquellos casos en los cuales previamente se ha dispuesto el remate del 50% de uno de ellos.

2.2. Argumentos a favor del tercero de buena fe

Cónyuge sometido a procedimiento concursal ordinario

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 del CC) o (ii) procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor (Art. 1219°, inciso 2 del CC) y en cualquiera de estos casos obtener del deudor la indemnización correspondiente (Art. 1219°, inciso 3 del 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,⁶⁹ lo cual supone un trámite que demanda 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

⁶⁹ Así lo estableció el propio legislador en COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil*. Parte III. Exposición de motivos y comentarios. Tomo V. Comp. Delia Revoredo de Debakey. 2da. ed., Lima: Grafotécnica, 1988, 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 Mario CASTILLO FREYRE. *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.

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° del CPC). 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. Luego, la facultad de exigir la prestación se concreta en la agresión contra los bienes del deudor. Esta se realiza a través de dos fases o etapas: el embargo y 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 está constituido por su patrimonio privativo y la parte que le corresponderá por concepto de gananciales, es decir luego de la liquidación de este régimen patrimonial. Por lo tanto, la ejecución del embargo trabado sobre el 50% del patrimonio social se encuentra supeditada al cumplimiento de dicha condición.

Siendo así los hechos, ante la insuficiencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor, el tercero acreedor buscará la manera de obtener la liquidación del régimen de sociedad de gananciales; posibilidad que le era vedada antes de la modificación del Art. 330° del CC por la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo N.° 845 (Ley de Reestructuración Patrimonial) que con similar redacción ha sido recogida en la Primera Disposición Modificatoria de la Ley N.° 27809 (Ley General del Sistema Concursal) al considerar como causal de cambio —y por lo tanto de liquidación— del régimen patrimonial de sociedad de gananciales (Art. 318°, inciso 6 del CC) el supuesto en el cual se declare el inicio del procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges y que tendrá efectos frente a terceros cuando se haya inscrito en el registro personal de oficio, a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado.

En razón de ello, pasaremos a examinar qué mecanismos puede utilizar el tercero para lograr la declaración de inicio de procedimiento

concurzal 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.º 26116 del 31 de diciembre de 1992) que sustituyó la Ley Procesal de Quiebras (Ley N.º 7566 del 02 de agosto de 1932) y transformó la visión que hasta ese entonces se tenía del Derecho Concurzal al privilegiar 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 está cargo de una entidad administrativa que delega la decisión del destino de la empresa en manos de la Junta de Acreedores. Sin embargo, en su implementación se advirtieron vacíos, como por ejemplo el referido a las personas naturales que no tenían la calidad de empresas, respecto de las 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.⁷⁰

Con posterioridad, se publicó la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo N.º 845 del 21 de setiembre de 1996)⁷¹ que

⁷⁰ Si bien en un principio la Ley Procesal de Quiebras (Ley N.º 7566 del 02 de agosto de 1932) permitía en su Art. 1º 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.º 16267 del 21 de octubre de 1966, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señaló que solo se podía iniciar dicho juicio contra las personas naturales que tenían la calidad de comerciantes. Con la vigencia del Decreto Ley N.º 26116, esta fue una preocupación constante, como lo señaló HARO SEIJAS, José Juan. «Confusión de confusiones: La “Reestructuración empresarial” de las personas naturales». *Themis*, n.º 31, 1995, págs. 261-289 El caso reseñado por el autor fue materia posteriormente de la RES. N.º 0395-1999/TDC-Indecopi del 17 de noviembre de 1999, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia (Expediente 576-99/CRP-ODI-CAMARA), en el CJSDC 1999, tomo II, págs. 1298-1303.

⁷¹ En la exposición de motivos de esta Ley, se señaló como uno de sus objetivos: «incorporar al ámbito de aplicación de la legislación concurzal a aquellos sectores que no se encontraban comprendidos». Para esto se tuvo en cuenta que durante la vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial se rechazaron por falta de regulación el 60% de

comprendió en su ámbito (Art. 2º) no solo a las personas naturales que eran consideradas empresas —de acuerdo con el Decreto Ley N.º 21621 del 15 de setiembre de 1976 (empresa individual de responsabilidad limitada) o de la Ley N.º 28015 del 03 de julio de 2003 (pequeña y microempresa)—, sino también a aquellas que no realizan actividad empresarial. Posteriormente, con las modificaciones de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial (Ley N.º 27146 del 24 de junio de 1999), se elaboró un TUO (Decreto Supremo N.º 014-99-ITINCI del 01 de noviembre de 1999); sin embargo, a partir del 07 de octubre de 2002 entró en vigencia la Ley N.º 27809 (Ley General del Sistema Concursal) que reduce los procedimientos concursales a dos: (i) el procedimiento concursal ordinario y (ii) el procedimiento concursal preventivo.⁷² En el presente trabajo no nos referiremos a este último debido a que no trae como consecuencia el cambio del régimen patrimonial del cónyuge deudor.

El procedimiento concursal ordinario se iniciará con dos procedimientos preliminares: la declaración de situación de concurso y el reconocimiento de créditos. El primero de ellos puede ser solicitado por el propio deudor o por sus acreedores. El deudor puede hacerlo cuando más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidos e impagos por un periodo mayor a 30 días o cuando tenga pérdidas acumuladas cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado una vez deducidas las reservas. El tercero o terceros, en cambio, deberán acreditar la cesación de pagos, es decir que sus créditos se encuentren vencidos e impagos por más de 30 días y que superen en conjunto el equivalente a 50 UIT. El segundo procedimiento tendrá por objeto la calificación de los créditos (verificando su existencia, origen, titularidad y cuantía) y la determinación del orden o prelación de estas acreencias. Luego se procederá a convocar a la Junta de Acreedores para su instalación.

las solicitudes de declaración de insolvencia de personas naturales, el 10% fueron declaradas inadmisibles y solo el 30% se admitieron a trámite (por realizar actividad empresarial).

⁷² El régimen anterior consideraba cuatro procedimientos concursales: (i) el procedimiento ordinario, (ii) el concurso preventivo, (iii) el procedimiento simplificado y (iv) el procedimiento transitorio. A estos dos últimos solo pueden acudir los cónyuges deudores que realizan actividades empresariales.

El primer escollo que deberá superar el tercero acreedor consistirá en reunir los requisitos para la presentación de la solicitud de insolvencia, ya que para ello necesitará que la deuda impaga por más de 30 días del cónyuge deudor ascienda a 50 UIT o de lo contrario esperar a que este de mutuo propio solicite su insolvencia de acuerdo con los presupuestos señalados en el Art. 24° de la LGSC; aunque esta última se encuentra limitada a las personas naturales que realizan actividad empresarial.⁷³ Por ello, en la mayoría de casos, el tercero optará por agotar la vía judicial, con la finalidad que en la etapa de ejecución se ordene al cónyuge deudor, de acuerdo con lo establecido en el Art. 703° del CPC, que señale bienes libres de gravamen, bajo apercibimiento de declararse su liquidación. En este supuesto no habrá necesidad de verificar la antigüedad, exigibilidad y cuantía de los créditos y se proseguirá el procedimiento concursal (aun cuando no haya concurso y entonces se designará al liquidador por parte de la Comisión de Procedimientos Concursales), conforme lo señala el Art. 34° de la LGSC al seguir el criterio establecido con anterioridad por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el precedente de observancia obligatoria contenido en la RES. N.° 224-1997/TDC-Indecopi emitida en el procedimiento de insolvencia seguido contra Arturo Chávez Pajuelo S.A., Agentes de Aduana (Exp. 113-97-CSA);⁷⁴ criterio que ha sido aplicado en otros casos⁷⁵ como el que a continuación exponemos.

⁷³ Así lo establece la exposición de motivos de la LGSC al señalar que «la norma prescribe que más del 50 % de los ingresos de tales sujetos de derecho se deriven del ejercicio de una actividad empresarial desarrollada directamente y en nombre propio o que más de los dos tercios de sus obligaciones se hayan originado en la actividad empresarial desarrollada por ellos y/o por terceras personas, respecto de las cuales aquellos hayan asumido el deber de pago de las mismas. Lo anterior supone restringir en cierta medida el ingreso al sistema de sujetos de derecho distintos a personas jurídicas, por cuanto las disposiciones de la presente Ley se orientan a contenidos corporativos que implican decisiones de carácter empresarial y que, por tanto, se aleja del tratamiento de crisis que puede otorgarse a personas o entes de naturaleza distinta a los mencionados». Al respecto véase: <http://www.congreso.gob.pe>.

⁷⁴ La RES. N.° 224-1997/TDC-Indecopi del 05 de setiembre de 1997, publicada 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 la etapa procesal de verificación de la

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 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° del 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; sin embargo, esta propuesta 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 determinar la procedencia de la declaración de insolvencia pese a que los créditos invocados no superaban las 50 UIT.

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».

⁷⁵ RES. N.° 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), publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 900-910; RES. N.° 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), publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 965-969; RES.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), publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 751-760; y RES. N.° 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. N.° 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 con las tasas aprobadas en el TUPA del INDECOPI.

La RES. N.º 0254-1998/TDC-Indecopi⁷⁶ emitida en el presente proceso de insolvencia (Exp. 087-1998/CSM-ODI-CCPL) confirmó la resolución de la Comisión, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

III.1. Aplicación del artículo 703º del Código Procesal Civil

(...)

Tal como se estableció en el precedente de observancia obligatoria antes mencionado [se refiere a la Resolución N.º 224-1997-TDC], el apercibimiento a que se refiere el artículo 703º 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. 703º 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.º 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 establecido en el artículo III del Código Procesal Civil, vía integración, esta Sala considera que el artículo 703º bajo análisis resulta también aplicable a los segundos de los procesos.

Con relación al procedimiento de reconocimiento de créditos, la Sala de Defensa de la Competencia se ha preocupado por establecer

⁷⁶ RES. N.º 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.

critérios para evitar que los deudores simulen estados de insolvencia, en perjuicio de acreedores legítimos. No se debe perder de vista que como consecuencia de la publicación de la declaración de la situación de concurso se activa el marco de protección del patrimonio del deudor, establecido por los Arts. 17° y 18° de la LGSC,⁷⁷ a partir del cual no se puede ejecutar ninguna medida cautelar sobre dicho patrimonio y se suspende la exigibilidad de las obligaciones del deudor. 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)⁷⁸ a solicitud del señor Jaime Campos. Dichos procedimientos tuvieron como sustento la investigación realizada por su Secretaría Técnica en la que se evidenció la vinculación familiar entre el acreedor y el deudor, así como que el verdadero objetivo perseguido por el supuesto acreedor fue sustraer 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 Romani.

En la mayoría de casos, la insolvencia de los cónyuges deudores se origina por su condición de garantes personales de empresas ante insti-

⁷⁷ Este marco de protección busca evitar que ante la mala situación del insolvente, los acreedores accionen contra el patrimonio de su deudor, despojándolo de tal manera que se vean reducidas aún más sus posibilidades de que cubrir el total de las obligaciones pendientes de pago, lo que a su vez hace más difícil encontrar una solución acorde con 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.° 1966-2001 TACNA del 12 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8296; CAS. N.° 1970-2001 SULLANA-PIURA del 22 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8342; CAS. N.° 3685-2000 LIMA del 07 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8383-8384 y CAS. N.° 2616-2001 LAMBAYEQUE del 18 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8742-8743.

⁷⁸ RES. N.° 159-1997/TDC-Indecopi del 25 de junio de 1997, publicada en la CJSDC 1997, tomo II, págs. 1389-1392; RES. N.° 237-1997/TDC-Indecopi del 29 de setiembre de 1997, publicada en la CJSDC 1997, tomo II, págs. 1550-1584; RES. N.° 0023-1998/TDC-Indecopi del 23 de enero de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 883-894 y RES. N.° 0272-1998/TDC-Indecopi del 02 de octubre de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 1216-1221.

tuciones bancarias y financieras, mas no cuando hay constituido garantía real a favor de estos.⁷⁹ Es el caso de Ribhi Mitri, cuya insolvencia fue solicitada por el Banco Santander (Exp. N.º 545-99/CSM-ODI-CAMARA) por haber avalado un pagaré por US \$ 50,000.00 girado 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 él debía suspenderse. En la RES. N.º 0394-1999/TDC-Indecopi⁸⁰ la Sala de Defensa de la Competencia sostuvo lo contrario al señalar 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.

La Junta de Acreedores, con el quórum necesario, procederá a decidir el destino de la persona natural optando de entre las alternativas establecidas por el Art. 51.1 de la LGSC: (i) el inicio de una reestructuración patrimonial o (ii) la liquidación de su patrimonio. La primera opción solo será posible para aquellas personas naturales que realicen actividad empresarial, para lo cual deberá aprobarse el Plan de Reestructuración que no podrá exceder de la fecha establecida para la cancelación de todas las obligaciones en el cronograma de pago incluido en el mismo.

En el caso que se opte por la liquidación, el patrimonio comprendido en el concurso comprende la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del deudor concursado, con excepción de sus bienes inembargables y aquellos expresamente excluidos por leyes especiales; en ese sentido, forman parte del patrimonio concursal del cónyuge deudor, conforme lo hemos venido señalando, sus bienes propios y los gananciales los mismos que le corresponderán luego de la liquidación de la

⁷⁹ En este caso, según la RES. N.º 0070-1999/TDC-Indecopi del 26 de febrero de 1999, emitida en el procedimiento de insolvencia de Sixto Alarcón (Exp. 002-98-01), publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 643-649, el acreedor puede ejecutar directamente dichas garantías.

⁸⁰ RES. N.º 0394-1999/TDC-Indecopi del 12 de noviembre de 1999, publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 1289-1297. En igual sentido, RES. N.º 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), publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 1311-1316.

sociedad de gananciales. Con tal propósito, el Art. 14° de la LGSC agrega:

- 14.2. El deudor cuyo patrimonio se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales deberá sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios, lo que permita la identificación exacta de los bienes que integrarán su patrimonio comprendido en el procedimiento. Para tal efecto, el deudor procederá a variar el régimen de sociedad de gananciales por la separación de patrimonios de conformidad con las exigencias y formalidades previstas en el Código Civil. Esta condición constituye requisito de admisibilidad para el caso del deudor que pretenda su sometimiento al régimen concursal previsto en esta Ley.
- 14.3. En caso que fuera emplazado un deudor sujeto al régimen de sociedad de gananciales y se declarara su sometimiento al régimen concursal deberá proceder a satisfacer la exigencia prevista en el párrafo anterior de manera previa a la convocatoria a la junta de acreedores que disponga la Comisión. Durante la tramitación de este procedimiento y en tanto la exigencia no se satisfaga, los plazos quedarán suspendidos y no será de aplicación la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio, regulados en los Artículos 17° y 18° de la Ley.

La contradicción entre los Arts. 14.2. y 14.3 de la LGSC y el Art. 330° del CC, modificado por la misma Ley es evidente: en aquellos se señala que la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales deberá estar a cargo del cónyuge deudor, mientras que en este se indica que esta sustitución es de pleno derecho (es decir porque así lo establece la ley). La intención del legislador fue, aunque la redacción no sea clara, que el deudor no se limite a variar el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, sino que además proceda al inventario valorizado y a la liquidación del patrimonio social (Arts. 320° y 322° del CC) de tal manera que se «permita la identificación exacta de los bienes que integrarán su patrimonio».⁸¹ Si

⁸¹ La exposición de motivos señala que «en la experiencia previa se presentaron serios inconvenientes al momento de determinar el patrimonio parte del concurso cuando se

bien estos procedimientos pueden ser hechos convencionalmente, ocurre muchas veces que uno o ambos cónyuges no llegan a ningún acuerdo; situación en la cual la Ley pretende compeler al deudor a su realización, como requisito de admisibilidad cuando pretenda su sometimiento al procedimiento concursal o como exigencia previa a la convocatoria de la junta de acreedores, en aquellos casos en los que el procedimiento se inicie a pedido de los acreedores. La consecuencia en ambos casos es que el deudor no podrá invocar la aplicación de la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio, regulados por los Arts. 17° y 18° de la LGSC. Con esta fórmula legal y sin el asentimiento de uno o de ambos cónyuges solo se logrará incentivar a los acreedores a proseguir con acciones ejecutivas individuales en el ámbito judicial, desincentivándose la búsqueda de acuerdos colectivos y en perjuicio de los acreedores sociales (tanto de cargas como de deudas sociales).

Por lo tanto, era más acertado el primer Anteproyecto de la LGSC al señalar que el inventario valorizado del patrimonio de los cónyuges podía ser solicitado por cualquier interesado, mediante sustitución procesal (Art. 60° del CPC), luego de la cual el administrador o liquidador, según sea el caso, procedería con el pago de las obligaciones sociales y cargas de la sociedad conyugal y por último integraría a la masa concursal los bienes que quedaren y que servirían para el pago de los deudores privativos. Esta solución concuerda con la línea de desjudicialización de los procedimientos concursales.

El resultado de la liquidación de este patrimonio repercutirá en la liquidación de la masa concursal, ya que en la primera se hará el pago de las cargas sociales, entre ellos a los acreedores tributarios (Art. 316°,

trataba de esta clase de sujetos [se refiere a las personas naturales y a las sociedades conyugales]. En vista de ello, surgieron problemas de límites claros entre aquellos bienes, derechos y obligaciones que podían merecer tratamiento por parte de la Junta de Acreedores de aquéllos que no. Esto produjo retrasos en las decisiones y encarecimiento de costos. Por tanto, partiendo que la persona natural sometida a un proceso concursal ordinario está inmersa en un régimen de sociedad de gananciales, se precisa cuál es su patrimonio personal y, por ende, los bienes, derechos y obligaciones comprendidas en el concurso, además del procedimiento que debe seguirse con el objeto de alcanzar tal determinación». Compárense los cambios producidos en el Anteproyecto de la LGSC, en <http://www.indecopi.gob.pe> y el Proyecto de Ley N.° 3155/2002-CR, en: <http://www.congreso.gob.pe>.

incisos 4 y 6 CC) y de las obligaciones sociales a favor de cualquier otro acreedor, siempre que ambos cónyuges se hayan obligado en conjunto (por ejemplo, respecto de créditos con garantía real o laborales). Únicamente restarán para la liquidación del patrimonio concursal los acreedores privativos del cónyuge deudor.⁸²

Las acciones subrogatoria y pauliana

Otros medios de protección del crédito que pueden ser utilizados por el tercero acreedor son los que pretenden 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 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 este no realiza por negligencia produciendo su insolvencia (Art. 1219°, inciso 4 del CC) y (ii) la acción revocatoria (o pauliana), por la cual el tercero acreedor puede solicitar la ineficacia de

⁸² El derogado Art. 35° del TUO de la LRP otorgaba dos opciones al cónyuge deudor: (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 aprobaba el Acuerdo de Reestructuración o el Convenio de Liquidación a propuesta del Administrador o Liquidador, según el caso. En el segundo caso, los acreedores necesitaban 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 asumía la conducción del procedimiento de disolución y liquidación del patrimonio del cónyuge deudor. En cualquier caso, el Art. 115° del TUO de la LRP estableció que para efectos de la insolvencia del cónyuge deudor formaban parte de la masa concursal no solo sus bienes propios, sino también la parte de los de la sociedad conyugal que le correspondan. MACIAS ARDITTO, Fernando «Aspectos legales de la insolvencia de la sociedad conyugal». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 11, año XLVII, abril-junio, 1997, págs. 59-62, señalaba que existía una contradicción entre las normas concursales y los Arts. 307° y 308° CC. Tal contradicción no era tal, ya que la liquidación del patrimonio social debía realizarse como paso previo de la liquidación del patrimonio concursal.

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 este se encuentre sujeto a condición o plazo (Art. 195° del CC).⁸³ La primera de estas medidas no va dirigida a mantener la solvencia, sino a crearla o incrementarla; por su parte, 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,⁸⁴ 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, al cual también se le denominaba como de insolvencia y que actualmente se la conoce como «situación de concurso» que deriva de una evaluación de la situación económico-financiera declarada por la Comisión de Reestructuración Patrimonial, para lo cual se verifica que el deudor no pueda afrontar el pago de sus obligaciones temporal o definitivamente, 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 ordena-

⁸³ Es cierto que existe adicionalmente la acción de simulación que puede presentar el tercero acreedor contra el cónyuge no interviniente, cuando este aparente celebrar un acto de disposición de su patrimonio y no existe realmente voluntad para celebrarlo (Art. 190° del CC) o cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente (Art. 191° del CC), pero este es un supuesto que no merece más detenimiento por su escasa aplicación práctica para el presente tema. Véase CAS. N.° 2061-99 HUAURA del 20 de marzo de 2002, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, pág. 8816.

⁸⁴ CAS. N.° 734-97 LIMA del 26 de agosto de 1998, publicada en CCJC, tomo III, págs. 50-51. Asimismo, véase: COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. Ob. cit. Tomo V, págs. 373-376 y OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Ob. cit., págs. 49-67.

miento 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 situación de concurso de acuerdo con la ley concursal para el ejercicio de la acción subrogatoria, mucho más si tenemos en cuenta que desde aquel 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, y principal, el que su ejercicio no beneficia exclusivamente a este, sino por el contrario debe compartirlo con los demás acreedores del mismo cónyuge deudor. A lo más, podrá exigir que estos 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 por la Junta de Acreedores el Administrador, Liquidador o Administrador Especial, según sea el caso, estos ejercerán la representación del cónyuge insolvente y por lo tanto, tendrán a su cargo no solo el ejercicio de sus acciones, sino también la defensa de sus derechos (Arts. 61.4° y 82°, inciso c de la LGSC).

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 tener conciencia del perjuicio que les causa (*consilium fraudis*). Con relación al primer requisito, el Art. 195° del CC (luego de la modificación realizada por la Primera Disposición Modificatoria del CPC) hace referencia a 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 de la época de realización del acto fraudulento: si este 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 hayan celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor si es que este dispone de bienes de cuya existencia ha informado por escrito al futuro acreedor; asimismo, se presume dicha intención en el tercero cuando conoce o está en aptitud de conocer el futuro crédito y el deudor carece de otros bienes registrados.

En la práctica se observa que muchas veces el cónyuge deudor⁸⁵ logra el concurso de su consorte para eludir el cumplimiento de la deuda privativa a la que se obligó, al sustraer 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 y 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.º 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

⁸⁵ Tiene la misma condición el cónyuge avalista: CAS. N.º 3057-2000 ICA del 20 de julio de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pag. 8054.

dicho anticipo de legítima se le imposibilita obtener la anotación de medidas cautelares vinculadas con 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 se podría afectar el patrimonio social, sino solo el patrimonio privativo del cónyuge deudor. En la CAS. N.º 116-99 LIMA,⁸⁶ la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declaró fundado el recurso de casación (y por consiguiente fundada la demanda) presentada por la empresa acreedora de acuerdo con 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 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 308º del Código Civil, que no es el caso.

Como lo señala la Sala Civil Transitoria, estos son medios evidentes de fraude al crédito del tercero acreedor, pero existen otros que no tienen dicha condición y más bien resultan supuestos discutibles. Nos referimos específicamente a dos: al cambio del régimen patrimonial

⁸⁶ CAS. N.º 116-99 LIMA del 13 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 23 de noviembre de 1999, págs. 4112-4113. En igual sentido CAS. N.º 775-96 HUÁNUCO del 06 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 05 de diciembre de 1998, págs. 2144-2145.

(por el de separación de patrimonios), a solicitud de ambos cónyuges al amparo del Art. 296° del CC, procedimiento por el cual el cónyuge deudor realiza en algunos casos 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. Otro medio es la constitución del patrimonio familiar sobre bienes del patrimonio privativo del cónyuge deudor o del patrimonio social que exceden lo necesario para la morada o el sustento de sus beneficiarios y son posteriores a la asunción de la deuda (Art. 489° del CC).

El primer caso, aunque no se evidencie claramente, es un acto de disposición en la modalidad de renuncia de derechos;⁸⁷ en cambio, el segundo caso resulta más difícil de catalogar como un acto de disminución patrimonial, mucho más si se tiene en cuenta que el legislador recogió la figura del patrimonio familiar con la finalidad 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 antes mencionados. Entre las personas que pueden constituir el patrimonio se encuentran los cónyuges, cualquiera de ellos sobre sus bienes propios y de común acuerdo sobre bienes sociales. De este modo, una vez inscrito el patrimonio familiar, los bienes que se encuentran en él son inembargables, inalienables y transmisibles por herencia (Art. 488° del CC). La primera característica es la que atrae regularmente al cónyuge deudor porque una vez constituido el bien como parte del patrimonio familiar, este no puede ser materia de medida cautelar alguna, salvo las excepciones establecidas por el Art. 492° del 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).

⁸⁷ La carga de la prueba para acreditar que los actos de disminución patrimonial no causaron perjuicio corresponde a los cónyuges cuando de mutuo acuerdo hayan sustituido su régimen patrimonial por el de separación de patrimonios. CAS. N.º 3370-2001 LA LIBERTAD del 21 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 01 de julio de 2002, pág. 8949.

El Tribunal de la Oficina Registral de Lima y Callao ha establecido saludables criterios que complementan esta regulación al señalar que la constitución del patrimonio familiar requiere necesariamente que los beneficiarios sean los miembros de la familia del constituyente y no solamente este (son comunes los casos de los viudos, separados o divorciados);⁸⁸ asimismo, ha suspendido el trámite de la inscripción registral cuando ha detectado contradicciones entre la rogatoria y los antecedentes registrales, hasta que se produzca la aclaración a través del instrumento respectivo⁸⁹ 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, por ejemplo un departamento o habitación, al margen de que ciertos elementos de ella se encontrasen registrados en distintas partidas como consecuencia de las exigencias del régimen de propiedad horizontal y del sistema del folio real.⁹⁰

Pese a ello, el cónyuge deudor conjuntamente con su consorte han logrado en múltiples oportunidades utilizar esta figura y han excedido sus límites, respecto de la limitación a la constitución del patrimonio familiar señalada en la parte final del Art. 489° del CC y por la cual este «no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios», 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° del

⁸⁸ 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 de 2000, en ORLC, vol. XI, año V, págs. 136-139 (caso de separada) y RES. N.° 030-2000-ORLC/TR del 09 de febrero de 2000, en ORLC, vol. X, año V, págs. 172-175 (caso de viuda). De acuerdo con la RES. N.° 020-2000-ORLC/TR del 31 de enero de 2000, en ORLC, vol. X, año V, 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 de 2000, en ORLC, vol. XI, año VI, tomo I, págs. 242-245.

⁸⁹ RES. N.° 433-98-ORLC/TR del 24 de noviembre de 1998, en ORLC, vol. VII, año IV, págs. 118-121.

⁹⁰ RES. N.° 028-2000-ORLC/TR del 07 de febrero de 2000, en ORLC, vol. X, año V, págs. 168-171 y la RES. N.° 025-2000-ORLC/TR del 31 de enero de 2000, en ORLC, vol. XI, año V, págs. 136-139.

CPC), notarios públicos (de acuerdo con 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). Así, en el CASO 6 expuesto líneas atrás (véase acápite El vínculo obligacional en la sociedad de gananciales), 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 con el Banco Continental. Antes de iniciar cualquier acción judicial contra el cónyuge deudor, el Banco acreedor verificó con qué bienes realizables contaba este y se dio con la sorpresa que el único bien del cual era titular formaba parte del patrimonio social y había sido constituido en patrimonio familiar, por lo 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,⁹¹ 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 constitu-

⁹¹ CAS. N.° 2150-98 LIMA del 20 de enero de 1999, publicada en la SCEP el 19 de marzo de 1999, págs. 2834-2835.

ye uno de sus derechos, cuyo objeto es impedir que el fraude de su deudor lo perjudique; es un remedio ante un acto doloso (Véase sobre el tema *La lucha contra el fraude civil de Cirilo Martín Retortillo*, Barcelona: Bosch, 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 causar 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.

Estando a la redacción del Art. 195°, bajo comento, establecida por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo N.º 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, 2da. ed., 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, pág. 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 expectativos 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. (Véase *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 para los alcances

del Art. 195° del CC, no es estricta porque la renuncia implica el abandono de un derecho mediante declaración de voluntad y que en este caso no se presenta, 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 este, pero sí se perjudica el cobro del crédito a través de otros medios, como por ejemplo la liberación de dichos bienes de la agresión del tercero acreedor —ya que estos no podrán ser embargados (Art. 488° del CC)—, mediante el contubernio entre cónyuges, desnaturalizando esta institución que tiene como presupuesto esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por dicha constitución (Art. 494° del CC) con el objeto de no causar la burla de los derechos de sus acreedores.⁹²

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 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 este 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 efectúen con las mismas, consagrada en el Art. 227° de la Ley N.° 26702.

⁹² 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.° 194-2001 LIMA del 20 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8113.

Como consecuencia de esta presunción, si el cónyuge titular de una cuenta corriente adeuda una suma de dinero al Banco este 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.º 928-98 LAMBAYEQUE⁹³ 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 aparecía la manifestación de la voluntad de la esposa y que la presunción *iuris et de iure* que alegaba el Banco demandante para exigir el cumplimiento de la obligación celebrada por el otro cónyuge resultaba inconsistente, ya que 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 dejaría definitivamente sin efecto la previsión del Art. 227º de la Ley N.º 26702 que tiene el claro propósito de establecer 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 con los argumentos que se detallan a continuación:

⁹³ CAS. N.º 928-98 LAMBAYEQUE del 17 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 18 de marzo de 1999, pág. 2822. En igual sentido, CAS. N.º 2877-2000 LAMBAYEQUE del 25 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8048; y CAS. N.º 150-2002 APURÍMAC del 17 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 2002, págs. 9230-9231.

El Artículo 227° citado [se refiere a la Ley N.º 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. Aun 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, con posterioridad a dicha comunicación, serán respondidas con el patrimonio privativo del cónyuge deudor y en su defecto, con la parte que le corresponderá a este en caso de liquidación.

Otros mecanismos que consiente la Ley N.º 26702, aunque se encuentran dirigidos a cualquier tipo de deudores, son más discutibles como por ejemplo el establecido en su Art. 132º, 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 establece la posibilidad del proceso ejecutivo el cual se caracteriza por la rapidez de su procedimiento y la limitación del contradictorio. Así, la ley solo 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 malgaste 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.⁹⁴

Esta norma se complementa con lo dispuesto en la parte final del Art. 228º de la Ley N.º 26702 según la cual las empresas del sistema financiero nacional pueden, en cualquier momento, remitir una comunicación al cliente (cónyuge deudor) advirtiéndole 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 una letra a la vista por el saldo más los intereses generados en

⁹⁴ Con criterio saludable, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en su CAS. N.º 2113-2001 SAN ROMÁN del 05 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, pág. 9569, ha señalado que la liquidación del saldo deudor emitido en aplicación del Art. 132º de la Ley N.º 26702 no posee mérito ejecutivo en los procesos de ejecución de garantías.

dicho periodo 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 también es aplicable a los saldos deudores derivados del uso de las tarjetas de crédito, según lo señala la CAS. N.º 2055-2001 LIMA⁹⁵ y es regularmente utilizado por los Bancos y admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que reconoce la calidad de título valor a la cambial girada como producto del mismo. Así, la CAS. N.º 2839-2000 ICA⁹⁶ emitida por la Sala Civil Permanente esbozó los siguientes argumentos:

El Artículo 228º de la Ley 26702, que regula el cierre de la cuenta corriente, faculta a las entidades bancarias advertir a sus clientes mediante una comunicación la existencia de saldos deudores en su cuenta y requerirles el pago y si luego de quince días de recibida dicha comunicación no hubiere 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 faculta 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 228º de la Ley 26702. Es más a la demandada se le comunicó el

⁹⁵ CAS. N.º 2055-2001 LIMA del 01 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, pág. 9274.

⁹⁶ CAS. N.º 2839-2000 ICA del 04 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8032. También se encuentran incluidas en el sistema financiero nacional las Mutuales de ahorro y préstamo para viviendas. CAS. N.º 2084-2001 CHICLAYO del 24 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, pág. 8570.

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 demandada no formuló objeción alguna. El título valor se encuentra inmerso dentro 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 solo permanece uniforme, sino que además se robustece en otros fallos expedidos por la Corte Suprema de Justicia y 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.º 1104-2001 CAJAMARCA⁹⁷ que se pronunció respecto de la improcedencia 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. 228º 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 [sic] los juicios ejecutivos no se necesitaba acompañar el acta de protesto correspondiente.

⁹⁷ CAS. N.º 1104-2001 CAJAMARCA del 22 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, págs. 8125-8126. En similar sentido, CAS. N.º 1170-2001 LA LIBERTAD del 05 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, págs. 8127; CAS. N.º 2166-2001 AREQUIPA del 31 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8345-8346; CAS. N.º 3115-2000 TACNA del 14 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8449 y CAS. N.º 2878-2001 CHINCHA del 21 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8749-8750. La falta de presentación del estado de cuenta es un defecto de forma que acarrea la inadmisibilidad de la demanda: CAS. N.º 2543-2001 LA LIBERTAD del 14 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8384; sin embargo, las recientes CAS. N.º 2806-2001 ICA del 18 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8746-8747 y CAS. N.º 2914-2001 ICA del 30 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8752, señalan que dicho estado de cuenta no requiere ser informado al cliente, pero sí presentado adjunto con la demanda.

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.

Asimismo, la CAS. N.º 2927-2000 LIMA⁹⁸ interpretó los alcances del Art. 228° de la Ley N.º 26702 señalando que la observación presentada a la comunicación remitida por el Banco demandante requiere estar debidamente fundamentada. Los siguientes fueron sus 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.º 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 obser-

⁹⁸ CAS. N.º 2927-2000 LIMA del 30 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 05 de noviembre de 2001, págs. 7978-7979. Este criterio no varía incluso si se alega que el título valor (pagaré) es falso: CAS. N.º 133-2001 LA LIBERTAD del 05 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8384.

vante 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.

El primer párrafo del Art. 172° de la Ley N.° 26702 en su versión original consagró la hipoteca llamada sábana la misma que con algunas modificaciones ha sido conservada por la vigente norma⁹⁹ y a partir de la cual, con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados —por uno o ambos cónyuges— en hipoteca, prenda o *warrant* en favor de una empresa del sistema financiero respaldaban 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 complementaba con lo estipulado por el Art. 175°, inciso 1 de la misma Ley por la cual se facultaba 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° del CC establece que el incumplimiento de tres cuotas concede al acreedor este derecho).

⁹⁹ El citado artículo fue objeto de dos modificaciones sucesivas. La primera, por la Ley N.° 27682 del 09 de marzo de 2002, cuyo texto señaló que «los bienes dados en hipoteca, prenda o *warrant* a favor de una empresa del sistema financiero, sólo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario». La segunda, por la Ley N.° 27851 del 22 de octubre de 2002 que fue producto de los reclamos frente a la excesiva prohibición que tenía el texto anterior. Con la norma actual se admite la hipoteca sábana cuando así se haya estipulado en el contrato y se prohíbe en el caso del garante.

La Corte Suprema de Justicia admite 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 importaba que el inmueble sujeto a hipoteca por decisión de ambos cónyuges también respondía sobre cualquier deuda privativa contraída por cualquiera de ellos, ya sea existente o futura, como puede apreciarse de la CAS. N.º 850-2000 LAMBAYEQUE¹⁰⁰ que declaró nula la sentencia de vista e infundada la contradicción presentada por la cónyuge del aceptante del pagaré por US \$ 13,825.03, por no haber sido suscrita por 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 1361º 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 1411º del precitado Código.

¹⁰⁰ CAS. N.º 850-2000 LAMBAYEQUE del 07 de julio de 2000, publicada en la SCEP el 30 de octubre de 2000, págs. 6374-6375. En igual sentido, CAS. N.º 3440-2000 LA LIBERTAD del 14 de marzo de 2001, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2001, págs. 7447; CAS. N.º 3820-2000 LA LIBERTAD del 02 de abril de 2001, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2001, págs. 7786-7787; CAS. N.º 1076-2001 LA LIBERTAD del 18 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8280-8281 y CAS. N.º 1558-2001 LAMBAYEQUE del 28 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8286. Con el Decreto Ley N.º 7159 no existía la hipoteca sávana: CAS. N.º 1652-2001 LIMA del 28 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8288-8289. 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.º 2050-2001 LIMA del 31 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8343.

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.

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 a nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a la conclusión que las concesiones que este realiza a un solo tipo de acreedor —las empresas del sistema financiero nacional— en aplicación de la Ley N.° 26702 debieron ser construidas, con

las limitaciones del caso, bajo un ámbito mayor para toda la legislación mercantil. Para ello, se debe partir reconociendo que las normas que regulan la actividad mercantil —dentro de cuyo ámbito se encuentran indudablemente las operaciones financieras— se desvincularon de las del derecho común al establecer 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 en el entorno de una economía de mercado. Con lo manifestado 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 en el ámbito mercantil.

Decimos ello porque luego de la sustitución 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 del patrimonio social que le corresponde a este 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. Con la finalidad de regular la actividad comercial del cónyuge deudor se podrían tener en cuenta: el Código de Comercio español y 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 (simultáneamente a su CC) por Ley del 02 de mayo de 1975, 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 este ejerce el comercio, de acuerdo con lo estipulado en la parte final del Art. 1365° del CC español.

El esquema actualmente planteado por el Código de Comercio español es como sigue: el cónyuge comerciante responde por el ejercicio del comercio no solo con su patrimonio privativo, sino también con los bienes 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 del cónyuge no interviniente, frente a terceros, aquel 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.º 26595 del 20 de abril de 1996¹⁰¹ 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 señalan 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 indicar 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 al amparo del régimen de sociedad de gananciales el Art. 43º 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, que se entiende 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 este pueden darse dos supuestos: que el cónyuge em-

¹⁰¹ El Anteproyecto mencionado y su exposición de motivos (documento preliminar) pueden verse en: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Comisión de Reforma de Códigos. Legislatura 1998-1999*. Tomo I. Función Legislativa. 2da. ed. Lima: s/ed., 1999, págs. 35-89. Actualmente su texto ha sido recogido en los Proyectos de Leyes N.º 2745/2002-CR y 220/2001-CR, véase <http://www.congreso.gob.pe>.

presario haya 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 estos 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 qué bienes del otro cónyuge 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, 27075 y 27144) 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, aun 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 acordes con la actividad mercantil del cónyuge deudor¹⁰² que faciliten 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. Solo proponemos una

¹⁰² La regla del Código de Comercio español por la cual responden de todas maneras por las deudas del cónyuge comerciante los bienes sociales producto del ejercicio del comercio es de difícil probanza en la práctica.

modificación referida a la constitución del fondo empresarial; al respecto consideramos que para incluir en 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. Planteamos 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. El cónyuge puede estar de acuerdo con que su consorte ejerza dicha actividad, mas no que las resultas de esta sean respondidas con el patrimonio social.

Con relación al segundo tema del presente acápite, Arata¹⁰³ critica que nuestro ordenamiento jurídico civil no haya considerado, como sí lo hace el inciso 2 del Art. 1365° del 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 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

¹⁰³ ARATA SOLIS, Rómulo Moisés. Ob. cit., págs. 197-216.

(...)

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 en 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 tanto ligando ambas propuestas, la posibilidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico una regla como la contenida en el Art. 1365° del CC español se circunscribe al ejercicio de la profesión, arte u oficio como dependiente de un negocio.¹⁰⁴

Lacruz¹⁰⁵ 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 colecti-

¹⁰⁴ Nótese que el Código de Comercio español, en su Art. 1365°, alude al cónyuge «comerciante», condición que difiere y ha sido superada por el de empresario al que hace mención el Anteproyecto de Ley Marco del empresariado.

¹⁰⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil*. Tomo IV. Derecho de Familia. Vol. I. Barcelona: Ed. Bosch, 1997, pág. 302.

vo, 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 éstos 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, así como aquellos gastos regulares derivados de dicha actividad, consideramos que la propuesta 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 en los supuestos de carga establecidos por el Art. 316° del CC. Así, no es raro que los profesionales dependientes para el ejercicio de su actividad, aunque se encuentran al amparo el régimen de sociedad de gananciales, contraigan obligaciones regulares, como puede ser la bibliografía mínima que un abogado requiere 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 que 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° del CC posibilita a cada cónyuge ejercer cualquier profesión o industria permitidas por la ley, con el asentimiento expreso o tácito de su consorte, señalando que si este 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 deseara que su consorte ejerza su actividad profesional debería requerir al órgano jurisdiccional que este lo deniegue, para lo cual deberá probar los motivos que fundamenten su petición.

c) Mecanismos compensatorios

Una aplicación más de la Teoría del reembolso

Como explicáramos en el capítulo referido a los actos de disposición arbitraria del patrimonio social (véase acápite «La Teoría del reembolso»), 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 tanto, 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.º 26702 y por lo tanto la directa agresión del patrimonio común, como si se tratase de una deuda social, aun 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: el derecho de crédito contra el cónyuge deudor. Es decir,

el patrimonio común neto permanece inalterado tras la agresión del tercero acreedor.

Esto se explica al diferenciar entre la responsabilidad frente a terceros (externa), que se ocupa de absolver la siguiente interrogante: ¿sobre qué bienes puede perseguir el tercero acreedor el cobro de su crédito?, y la responsabilidad interna entre los cónyuges 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 esta 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° del 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° del 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.

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 fusionadas en el 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: ¿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 ¿se pueden agregar intereses al monto actualizado de la deuda sufragada por el patrimonio social?

En su mayoría 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;¹⁰⁶ sin em-

¹⁰⁶ Así lo han establecido los siguientes Códigos:

CC chileno

«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.

(...).».

bargo, tampoco prohíbe 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 este 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.

Martínez-Calcerrada¹⁰⁷ hace un balance de ambas posiciones en el ordenamiento jurídico español y 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 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 inmediación 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 2º está claro que la exigibilidad es cuando se produzca la disolución social o enajenación del bien mejorado. En principio, podía

CC español

«Art. 1403º.- 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».

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis. En SIERRA GIL DE LA CUEVA, Ignacio y otros. *Comentario del Código Civil*. Tomo 7. Barcelona: Bosch, 2000, págs. 117-118. Por su parte, MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. Ob. cit., 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.

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 de la segunda de las 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° del 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 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.

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 hayan adjudicado tales bienes al postor ganador en el remate, precio que normalmente es muy inferior a su valor real, sino el importe 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 (solo 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 aspecto también yerra la propuesta legislativa comentada, ya que en esta se considera a los reembolsos en un nivel inferior a 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° del 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.

Concuera con esta apreciación, Lacruz¹⁰⁸ al criticar acertadamente el Art. 1403° del 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

¹⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., págs. 322-323.

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.

¿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. Al amparo de la autoridad marital, el Art. 973° del 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. 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 de la mujer derivadas del ejercicio público del comercio (Art. 972° CC de 1852). En todo caso ella siempre contó con instrumentos que atenuaban la severidad de esta regla y que se hacían valer al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Por tal razón, el marido respondía por las deudas privativas con sus bienes propios, ante el agotamiento del patrimonio común, quedando a salvo los bienes propios de la mujer (dote, arras, bienes parafernales y bienes subrogados por estos) y que eran cancelados en primer orden frente al patrimonio privativo de su consorte constituido mediante escritura pública.

De igual manera, los Arts. 161° y 168° del 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° del 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 probara que se contrajeron en provecho de la familia (Art. 197° del 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° del 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 postula 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° del CC francés (modificado por Ley N.° 85-1372 del 23 de diciembre de 1985 y vigente desde el 01

de julio de 1986) 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.¹⁰⁹ Por su parte el Art. 1696° del 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.¹¹⁰

¹⁰⁹ 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.

(...).

¹¹⁰ 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.

Otras legislaciones admiten la agresión del patrimonio social, de manera subsidiaria al patrimonio privativo del cónyuge deudor, pero limitada a la cuota que le corresponde a este: 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.¹¹¹

En nuestro país, Bustamante¹¹² propone una fórmula similar al criticar el criterio que mayoritariamente sigue la Corte Suprema de Justicia de la República y por la cual cuando se trata de deudas privativas se admite el embargo del 50% del patrimonio social, mas no su consiguiente e inmediata ejecución que se encuentra supeditada a la liquidación de la sociedad de gananciales. A su parecer, el patrimonio social

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».

¹¹¹ 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».

¹¹² BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. «La sociedad de gananciales frente a las acreencias ante terceros derivadas de deudas propias de los cónyuges: ¿pueden los bienes sociales responder por dichas obligaciones?». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 22, año LI, mayo, 2001, págs. 73-87.

debería responder por estas deudas permitiéndose la ejecución del bien embargado, cuyas consecuencias podrían resarcirse al cónyuge no interviniente vía reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales:

La Corte casatoria nos proporciona un análisis sistemático y justificado del derecho de persecución del acreedor de una deuda personal de un cónyuge, el que incluso puede dirigirse contra los bienes sociales, bajo el sustento del art. 1219 inc. 1 del código sustantivo; sin embargo, le pone siete llaves para su ejecución efectiva. No nos explicamos por qué le puso reparos a su pronunciamiento judicial.

En nuestra opinión, no debe temerse la ejecución de la acreencia embargada, ya que operada ésta sobre un bien ganancial, ello no debe significar de ningún modo la espera de la disolución de la sociedad de gananciales, pues pagada una deuda personal, este monto deberá ser considerado como un adelanto de lo que le correspondía al cónyuge, y que será contabilizado al momento en que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales.

Tal como se indicara antes, si una deuda común ha sido pagada con dinero propio de uno de los cónyuges, o si una deuda personal ha sido cancelada con dinero ganancial, entonces surgirá un crédito o recompensa a favor del cónyuge o de la sociedad conyugal, según sea el caso, y que como tal deberá ser tenida en cuenta al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

(...)

Queda pues en manos de los tribunales de justicia continuar esta visión de apertura y posibilitar el camino para que en observancia del respeto de las reglas propias de la sociedad de gananciales, se le faculte al acreedor a ejecutar el embargo sobre un bien ganancial sin mayores dilaciones ni condiciones.

La propuesta planteada y las legislaciones antes reseñadas protegen, sin duda, 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 de la voluntad conjunta de ambos cónyuges (deudas sociales) 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.

Por lo tanto, cualquier iniciativa de solución debe dirigirse a facilitar la pronta liquidación de la sociedad de gananciales, mas no tratar de obviar este paso, siempre necesario para asegurar que otras acreencias con mayor nivel de prelación sean afectadas mediante este procedimiento y además se cause mayor inseguridad para la vida económica conyugal.

Teniendo en cuenta lo mencionado, consideramos necesario analizar el Art. 1373° del CC español por su cercanía a nuestro ordenamiento jurídico. Comencemos señalando que esta norma admite que los bienes comunes sean embargados por los acreedores personales de un cónyuge que tengan contra él un título ejecutivo y lo demanden en el proceso judicial correspondiente. Este embargo solo puede realizarse una vez hecha la 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 ejerza 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 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 aquellos al tiempo que los abone con otros caudales propios o en la oportunidad de liquidación de la sociedad conyugal.¹¹³

¹¹³ 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.

Esta norma ha recibido severas críticas en su ordenamiento jurídico. Así, Lacruz¹¹⁴ se opone a su redacción por lo siguiente:

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.

Por su parte, Martínez-Calcerrada¹¹⁵ 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 disolutiva 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 satisfactivo; hubiera sido más prudente, incluso ante la contingencia de

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».

¹¹⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., págs. 320-321.

¹¹⁵ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Ob. cit., págs. 154-155.

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.

El Art. 1373° del CC español presenta alguna similitud con la solución considerada por el ordenamiento jurídico nacional que en resumen de lo anteriormente expuesto 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, de manera expresa o simplemente no ejerciendo acción alguna. En este aspecto justamente radica la similitud con el ordenamiento jurídico español, a lo cual solo 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 de dicho patrimonio 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° del 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° del CPC, luego de finalizado el proceso ejecutivo o de ejecución 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 respecto del español no solamente su claridad en cuanto se requiere la liquidación y no únicamente la disolución de la sociedad de gananciales, sino que además con la declaración de insolvencia se promoverá el concurso de

otros acreedores sociales y también privativos, 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.¹¹⁶ Y de no existir concurso, se procederá a designar de oficio a un liquidador por parte de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI que podrá solicitar la quiebra del cónyuge deudor, de resultar insuficiente su patrimonio para responder por la totalidad de las deudas.

Los inconvenientes de esta solución, en cambio, se evidencian en la dificultad que presentan los acreedores por deudas privativas cuando la salida que les provee la legislación concursal, por el monto ínfimo de sus deudas, les resulta demasiado onerosa y en muchos casos una pérdida de tiempo. Para ello es necesario que esta se ajuste para lograr que todos los intereses en juego se vean protegidos.

Con esta salvedad, consideramos que esta solución resulta aceptable frente a otras propuestas que presenta la legislación comparada y que insistimos 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 solo 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, con las limitaciones que hemos señalado anteriormente (véase acápite «Tratamiento del cónyuge empresario y del profesional»).

A todo lo expuesto debemos agregar que los acreedores privativos pueden promover la liquidación de la sociedad de gananciales al ser legitimados para incoar las acciones de inventario y de división y partición necesarios, 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 la 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.

¹¹⁶ Así lo señala LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., págs. 320-321.

Con relación a la posibilidad que el cónyuge deudor sea declarado en quiebra por el órgano jurisdiccional (Art. 100° de la LGSC que sustituye lo dispuesto por el Art. 13° del Código de Comercio) es importante señalar que como consecuencia de esta situación, dicho cónyuge no podrá constituir sociedades o personas jurídicas, en general ni formar parte de las ya constituidas; ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general; ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales ni ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la ley. Sin embargo, podrá ejercer sus derechos civiles sin más limitaciones que las antes señaladas.

Uno de los vacíos que ha sido solucionado por la LGSC es el referido a determinar qué tiempo dura esta inhabilitación, ya que se entendía que aquella resultaba indefinida hasta que se hagan pago de los certificados de incobrabilidad de los acreedores. La quiebra del cónyuge deudor, a diferencia de las empresas, no debe estar sujeta a esta opción y debe considerar un plazo razonable para que se produzca la rehabilitación, lo cual redundaría también en beneficio de la seguridad de los negocios que posteriormente 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. Ahora, el Art. 101° de la LGSC ¹¹⁷ plantea que el plazo de la inhabilitación dure cinco 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. 102°.- Rehabilitación del quebrado personal natural

102.1. Transcurrido el plazo de cinco 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.

3. Hacia el equilibrio de la balanza

Pautas para futuras investigaciones

Varias preguntas han surgido en la elaboración del presente libro. No queremos abandonarlas del todo, sino reseñarlas para que en el futuro sean materia de otras investigaciones académicas.

Un lector perspicaz habrá notado que el origen del problema planteado radica en la asimetría de información, es decir en el hecho que una de las partes maneja más o mejor información que la otra. Este desbalance se produce en la gestión y la titularidad de los bienes sociales. El tercero no tiene la seguridad, en nuestro sistema, que su contraparte sea o no casado al amparo del régimen de sociedad de gananciales y por ello, que 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 con el 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 en este, 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 casada. Este registro permanece ajeno al Registro Personal, incluido dentro del Registro de Personas Naturales por mandato del Art. 2030°, inciso 7 del CC. A todo ello, hay que sumar que tampoco queda claro que dentro del derecho de participar en el gobierno del hogar (Art. 290° del 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.¹ La respuesta a este problema podría estar 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 en 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 tiene la sociedad de gananciales en 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 que se amolda, pese a las críticas observadas, a la vida matrimonial y al principio constitucional de igualdad entre cónyuges. Tanto es así que el uso del régimen de separación de patrimonios es reducido en nuestro país.

Un hecho es que este arraigo cultural sea innegable y otro muy distinto es que constituya efectivamente 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 entre varón y mujer. En razón de ello, podemos afirmar que el principio de actuación conjunta en el régimen de sociedad de

¹ El Art. 1383° del 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, cuando el otro cónyuge realice por sí solo actos dispositivos o de gestión que entrañen fraude, daño o perjuicio para los derechos del otro en la sociedad.

gananciales es una consecuencia, mas no una exigencia del principio de igualdad entre los cónyuges.²

Es interesante resaltar, al respecto, que los Códigos Civiles de Colombia y Argentina hicieron modificaciones al régimen patrimonial de sociedad de gananciales y lo convirtieron en el régimen de participación de gananciales en el que 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, al 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 ofrece como única opción de los cónyuges el régimen de sociedad de gananciales.³ El CC francés admite además el régimen sin comunidad, la separación de bienes y el régimen dotal. El CC italiano, por su parte, admite la separación de bienes y la comunidad convencional. El CC alemán ofrece el régimen de administración y disfrute maritales, la 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 la idiosincrasia propia de cada país, por lo que estos Códigos deben verse como referentes, 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, la 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 revisar el Anteproyecto de De La Puente⁴ que fue presentado a la Comisión Reformadora en 1980. Este An-

² Respecto del principio de actuación conjunta acogido por el sistema español, que es muy parecido al nuestro, arriba a esta conclusión acertadamente FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, María del Carmen. *La cogestión de los bienes gananciales*. Madrid: Marcial Pons, 1997, 194 págs.

³ VIDAL TAQUINI, Carlos H. Ob. cit., 432 págs., ofrece una visión bastante amplia de estos ordenamientos jurídicos.

⁴ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Ob. cit., págs. 584-639.

teproyecto sugirió 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, solo producirían efectos entre los cónyuges— o se encuentren inmersos en el régimen supletorio de separación de patrimonios. La participación en gananciales presentaría dos aspectos: durante su vigencia, cada cónyuge podría ejercer de manera separada la gestión (administración, disposición y disfrute) de los bienes que se encuentran en su posesión o registrados a su nombre, aun cuando no tenga realmente la calidad de propietario; asimismo todos los bienes de los cónyuges deben responder por las deudas de cualquiera de ellos. Al momento de su liquidación, el patrimonio de los cónyuges se divide en tres grupos: los propios de cada cónyuge y el conyugal que solo se hacen efectivos cuando 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 se hubiese otorgado 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 la acusó de que podría generar ostensibles inconvenientes en nuestra realidad nacional, principalmente por la ruptura que significaba su admisión respecto de conceptos tradicionalmente aceptados.⁵ En cambio, el Anteproyecto de

⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., 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

Cornejo sí fue acogido en su integridad. ¿Podrá actualizarse el Anteproyecto de 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 con relación al régimen castellano. Nada más alejado de la realidad: nuestra tradición legislativa se alejó de dicho 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.⁶ Por lo tanto 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?

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., 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, 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».

⁶ ARATA SOLIS, Moisés. «Principios modernos que fundamentan la constitución del régimen patrimonial del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 44, año 8, mayo, 2002, págs. 47-59, considera que en nuestro ordenamiento jurídico se admiten las capitulaciones matrimoniales para modificar el contenido de los regímenes patrimoniales establecidos por el Código Civil; sin embargo, acepta que la debilidad de esta interpretación se encuentran en el hecho que sin una debida publicidad, dichas capitulaciones no podrán tener efecto frente a terceros.

Ligado a este tema está la prohibición de contratación entre cónyuges respecto de los bienes sociales consignada en el Art. 312° del CC. Esta fue considerada para «evitar» abusos contra el cónyuge menos instruido o más débil, específicamente la mujer. Sin embargo, la jurisprudencia nacional, con criterio deleznable, ha ampliado aquellos supuestos en los cuales los cónyuges de consuno disponen a título gratuito los bienes del patrimonio social al señalar que esto solo 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. Tiempo después, estos solicitaron a sus padres el otorgamiento de la escritura pública de transferencia de dominio. En la CAS. N.° 905-95 NORTE-LIMA,⁷ la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desestimó esta pretensión, con los siguientes argumentos:

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

⁷ CAS. N.° 905-95 NORTE-LIMA del 16 de octubre de 1996, publicada en la SJEP el 13 de diciembre de 1996, págs. 2525-2526. En igual sentido: CAS. N.° 837-97 LAMBAYEQUE del 05 de noviembre de 1998, publicada en la SCEP el 04 de diciembre de 1998, págs. 2137-2138. El Tribunal Constitucional, en su resolución del 25 de enero de 2001, expedida en el proceso de acción de amparo seguido por Susana Higuichi contra Alberto Fujimori (Exp. 265-2000-AA/TC), publicada 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.

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 esposos, lo que impide que el demandante puede exigir el otorgamiento de escritura pública.

Cabe preguntarse: ¿realmente esta prohibición se ajusta a la actual economía que los cónyuges requieren para ordenar sus matrimonios o debe admitirse que estos puedan contratar sobre bienes que conforman el patrimonio social?

Finalmente, resulta necesario evaluar la posibilidad que nuestro ordenamiento jurídico mejore otros aspectos de la actual regulación del régimen de la sociedad de gananciales, entre ellos, la fijación del inmueble que sirve de vivienda habitual para la familia que en 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° del CC argentino y Art. 1320° del 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° del CC italiano y Art. 1377° del CC español).

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 obra 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 transfiere, 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° del 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, levantamiento o renovación 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 en el sistema elaborado por el legislador, por el cual los bienes privativos se encuentran enumerados en el Art. 302° del CC y los demás tienen la calidad de sociales, conforme al Art. 310° del CC. No obstante, siempre existen «zonas grises» que han sido valoradas en casación a favor del cónyuge no interviniente (ante la duda a favor de la comunidad) al declarar 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 aquellos derivados de adquisiciones realizadas a título gratuito, salvo herencia, legado o donación. Además existen presunciones a favor de la comunidad (Art. 311° del 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 dejar de lado lo anterior, la principal dificultad que debe superar el cónyuge no interviniente —ante el silencio del Art. 315° del

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 del CC); criterio que en el ámbito judicial ha sido limitado únicamente a favor del cónyuge no interviniente, siendo esta 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 solo consideran que la causal de nulidad a invocar debe ser la descrita por el Art. 219°, inciso 4 del CC (imposibilidad física o jurídica del objeto, caso de Belaúnde), 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° del 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.

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 es como si no existiese el acto. Esta situación se asemeja a la descrita por el Art. 161° del 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 contradicción 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 solo procede cuando uno de ellos se

atribuye la representación de su consorte al disponer un bien social, sin poseer poder alguno o cuando poseyéndolo se extralimita en 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, aun 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 esta 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. 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° del CC es una norma imperativa y por lo tanto no puede ser sustituida por la voluntad de los particulares (Art. 219°, inciso 8 del 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 este, sino que como regla no contempla otros casos y por lo tanto no puede servir para suplir los vacíos del Art. 315° del 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 fue recogido en el Art. 315°-B de la Propuesta de enmiendas del Libro de Derecho de Familia elaborada por el Congreso Constituyente Democrático. A nuestro parecer no hay 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° del CC chileno y Art. 184° CC del italiano) y la jurisprudencia argentina que consideran como única sanción la anulabilidad de dichos actos. Admitiéndose esta solución, esta solo resultaría procedente a favor del cónyuge no interviniente quien gozaría de un adecuado plazo de prescripción extintiva (dos años, Art. 2001, inciso 4 del CC) y a su vez, 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 este 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° del 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 este 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 casatoria no resulte clara ni uniforme en este punto) es de aplicación la fe pública registral (Art. 2014° del 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. La buena fe como requisito de esta figura no solo 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 que la Corte Suprema de Justicia, con su posición asumida a favor de la nulidad, 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° del CC. Se trata 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 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 a impugnar acuerdos societarios, 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 estas 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 al amparo del 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 presenta de manera asistemática en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se sugiere seguir el modelo del CC español que ha logrado identificar estos casos con mayor precisión.

El decurso del tiempo también puede favorecer al tercero adquirente, si este 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. Es importante 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 del CC, solo se refiere a las relaciones jurídicas patrimoniales entre los cónyuges, más no de estos 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° del CC francés, Art. 1539° del CC alemán, Art. 192° del CC italiano, Arts. 1390° y 1391° del CC español y Arts. 1742°, 1745°, 1747° y 1748° del 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°, inciso 4 del 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 del CC). Esta deficiente regulación ha sido interpretada erróneamente por nuestra jurisprudencia nacional confundiendo al 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, este 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 en el 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 del patrimonio social por deudas privativas

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 este, ante la insuficiencia del patrimonio privativo de aquel, 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 de 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, en la práctica, se han suscitado problemas 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°, incisos 2 y 6 del 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° del CC solo 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° del CC. La Corte Suprema de Justicia no tiene un criterio definido respecto del 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° del 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° del CC sí se refiere a las deudas privativas contraídas durante el matrimonio, pero únicamente a 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° del 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 este, luego de la liquidación de la sociedad de gananciales. Lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha llegado 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 solo por contradecir el espíritu del Art. 309° del 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. Somos de la opinión de que en una futura reforma del régimen patrimonial del matrimonio 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; otro hecho, es el remate de dichos bienes, lo cual solo se puede realizar una vez liquidado el régimen de sociedad de gananciales.

El procedimiento de integración del Art. 309° del CC respecto de las deudas contractuales contraídas durante el matrimonio es compartido por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao al admitir las rogatorias de anotación de medidas cautelares, especialmente embargos, pero solo 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° del CC). Un hecho que no ha dejado claro el Tribunal Registral es si en el proceso ejecutivo o de condena deben ser citados ambos cónyuges. Según nuestro parecer, a contracorriente de lo expuesto por la ex Junta de Vigilancia Registral, en dichos procesos por haberse derivado de deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, es suficiente que haya sido citado este. Hecho distinto 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.* Este 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°, incisos 1 y 2 del 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 solo 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.º 845 solo se encontraba a la voluntad de los cónyuges se puede cumplir actualmente logrando la declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario del cónyuge deudor (Art. 330º del CC) ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI.

De acuerdo con la LGSC, al procedimiento ordinario se puede ingresar cuando el cónyuge deudor acredita no poder afrontar el pago de sus obligaciones temporal o definitivamente o cuando el tercero acreedor demuestra 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. 703º del CPC: en todo proceso ejecutivo o lograda la condena del cónyuge deudor, el órgano jurisdiccional ordena a este que señale bienes libres de gravamen, bajo apercibimiento de declararse su disolución y liquidación. Una vez declarada la situación de concurso 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 el patrimonio del cónyuge deudor se someta a un procedimiento de reestructuración patrimonial o se proceda a su liquidación.

Aunque el Art. 14º de la LGSC no lo señale, de optarse por la liquidación del patrimonio del cónyuge deudor, se deberá previamente proceder al inventario de bienes y la liquidación de la sociedad de gananciales. Esta operación generalmente repercutirá en la liquidación de la masa concursal, ya que en esta se hará pago de las cargas sociales (entre ellas las deudas tributarias) y las obligaciones sociales y si bien pueden ser realizadas de consuno por los cónyuges, puede ocurrir que estos no lleguen a un acuerdo, situación en la cual la legislación debería permitir al tercero o a la Comisión de Procedimientos Concursales iniciar las acciones judiciales pertinentes mediante sustitución procesal.

Otros medios de protección que el tercero acreedor puede utilizar son los destinados a conservar o lograr la solvencia del patrimonio del cónyuge deudor. 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. 1219º, inciso 4 del CC), siempre que este

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 como máximo podrá solicitar que estos 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° del 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 este 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 las cuales 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 este no presenta observaciones en el

plazo de 15 días (Art. 228° de la Ley N.° 26702). La Corte Suprema de Justicia no solo 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. A ello debemos sumar que la garantía del crédito bancario —salvo durante la vigencia de la Ley N.° 27682— es mayor que la ordinaria, como se hace patente con la hipoteca llamada sábana la que una vez constituida por los cónyuges responde por las deudas, incluso las privativas, contraídas por cualquiera de ellos sea en el presente o a futuro.

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 con el 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, por su actividad empresarial solo responderá el fondo empresarial, en el 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 este 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 aplicación más 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 liquida-

ción. Esto es auspiciado en su mayoría por la legislación comparada al haber optado por considerar este tipo de deudas como de valor, con la finalidad que el cónyuge no interviniente no se vea compelido a incoar una acción contra su consorte, lo cual pondría en mayor peligro 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 constituir sociedades o personas jurídicas; ejercer cargos de director, gerente o apoderado; así como para ser tutor, curador o ser administrador o liquidador de deudores (Art. 100.1° de la LGSC) y cuya duración ha sido fijada en cinco años, luego de lo cual opera la rehabilitación del cónyuge quebrado. 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

PUBLICACIONES

1. ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV. Derecho de Familia. 5ta. ed., Barcelona: Bosch, 1991, 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?». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 36, año 7, págs. 47-56.
3. ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. «Cuidado con lo que gasta su cónyuge». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 8, año IV, 1998, págs.197-216.
4. ————— «Principios modernos que fundamentan la constitución del régimen patrimonial del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 44, año 8, mayo, 2002, págs. 47-59.
5. ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max. *Exégesis*. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 1997, 318 págs.
6. ————— *Exégesis*. Tomo X. Registros Públicos. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2001, 341 págs.
7. ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*. Tomo I. Lima: Ed. Legales, 2000, 660 págs.
8. ————— *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*. Tomo II. Lima: Ed. Legales, 2000, 743 págs.
9. ————— *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*. Tomo III. Lima: Ed. Legales, 2000, 752 págs.

10. ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Madrid: Ariel, 1993, 267 págs.
11. BARCHI ROSPIGLIOSI, Luciano. «Disposición de un bien social. Cónyuge que aparece como titular de un registro». *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, n.º 3, año II, 1996, págs. 55-64.
12. BELAÚNDE MOREYRA, Martín. «¿Nulidad o resolución de compraventa de un bien social? De cómo una transacción simple terminó en un enredo jurídico». *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, n.º 13, año 5, 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. 2da. ed., Buenos Aires: Depalma, 1979, XXI-421 págs.
15. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo II. La Famiglia - Le successioni. Milano: Giuffrè Ed., 1985, págs. 676 págs.
16. ——— (al cuidado de). *La Comunione legale*. Tomo I. Milano: Giuffrè Ed., 1989, XXXVI-892 págs.
17. BIGLIAZZI GERI, Lina; Humberto BRECCIA; Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. 2. Hechos y Actos Jurídicos. (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». *La Ley*, 1983-A, págs. 836-843.
19. BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo ZANNONI. *Manual de Derecho de Familia*. 4ta. ed., act. y amp. Buenos Aires: Astrea, 1996, XL-621 págs.
20. BULLARD GONZÁLES, Alfredo y otros. *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: PUCP, 1994, 297 págs.

21. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. «La sociedad de gananciales frente a las acreencias ante terceros derivadas de deudas propias de los cónyuges: ¿pueden los bienes sociales responder por dichas obligaciones?». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 22, año LI, mayo, 2001, págs. 73-87.
22. CALDERÓN RAMOS, Marco. «El embargo sobre los bienes de uno de los cónyuges. ¿Ilusión del acreedor o fraude del deudor?». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 5, año III, 1997, págs. 123-135.
23. CARREÓN ROMERO, Francisco. «Los problemas en la relación del acreedor con la sociedad de gananciales». *Themis*, n.º 32, 1995, págs. 177-182.
24. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo II. Lima: Villanueva, 1978, 387 págs.
25. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. Vol. XVIII, Tomo III, Biblioteca para leer el Código Civil, Lima: PUCP, 2000, 516 págs.
26. COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil*. Parte III. Exposición de motivos y comentarios. Tomo IV. Comp. Delia Revoredo de Debakey. 2da. ed., Lima: Grafotécnica, 1988, 614 págs.
27. ————. *Código Civil*. Parte III. Exposición de motivos y comentarios. Tomo V. Comp. Delia Revoredo de Debakey. 2da. ed., Lima: Grafotécnica, 1988, 475 págs.
28. ————. *Código Civil*. Parte III. Exposición de motivos y comentarios. Tomo VI. Comp. Delia Revoredo de Debakey. 2da. ed., Lima: Grafotécnica, 1988, 879 págs.
29. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Proyectos presentados a la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984*. Diario Oficial *El Peruano*, 07 de enero de 1995.
30. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Comisión de Reforma de Códigos*. Legislatura 1998-1999. Tomo I. Función Legislativa. 2da. ed., Lima: s/ed., 1999, 372 págs.

31. ————— *Comisión de Reforma de Códigos*. Legislatura 1998-1999. Tomo II. Difusión Legislativa. 2da. ed., Lima: s/ed., 1999, págs. 373-868.
32. ————— *El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)*. Tomo I. Lima: Ed. Jurídicas, 2000, 813 págs.
33. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Sociedad conyugal. 8va. ed., Lima: Studium, 1991, 381 págs.
34. CORNEJO FAVA, María Teresa. *Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derecho*. Lima: Ed. Tercer Milenio, 2000, 1008 págs.
35. 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. 2da. ed., Lima: PUCP, 1993, 510 págs.
36. ————— *El Contrato en general*. Comentarios a la sección primera del Libro VIII del Código Civil. Segunda Parte. Tomo VI. 2da. ed., Lima: PUCP, 1996, 638 págs.
37. ————— «La sociedad de gananciales». *Ius et Veritas*, n.º 18, año IX, 1999, págs. 52-55.
38. DELGADO SCHEELJE, Álvaro. «Aplicación de los principios registrales en la calificación registral». *Ius et Veritas*, n.º 18, año IX, 1999, págs. 254-262.
39. DIAZ VALDIVIA, Héctor. *Derecho de Familia*. Arequipa: Edijsur, 1993, 332 págs.
40. DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada, Persona Jurídica. 7ma. ed., Madrid: Tecnos, 1998, 638 págs.
41. ————— *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 7ma. ed., Madrid: Tecnos, 1998, 638 págs.

42. DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Ed. Civitas, 1999, 367 págs.
43. DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. 4ta. ed., México: Porrúa S.A., 1994, XXXII-703 págs.
44. ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Régimen legal de bienes en el matrimonio*. Lima: s/ed., 1952, 120 págs. Hay una edición actualizada con el mismo título, a cargo de Ed. Gaceta Jurídica, 1999, 158 págs.
45. ENNECCERUS, Ludwig y otros. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo IV. Derecho de Familia. Vol. I. El Matrimonio. (Traducido por Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Bosch, 1941, 539 págs.
46. ESTRADA DÍAZ, Juan José. «Inembargabilidad de bienes de la sociedad de gananciales». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 2, año XLVI, abril-junio, 1996, págs. 221-226.
47. FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *El asentimiento conyugal*. Córdoba: Castillo Hnos., 1986, 249 págs.
48. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, María del Carmen. *La cogestión de los bienes gananciales*. Madrid: Marcial Pons, 1997, 194 págs.
49. FINOCCHIARO, Alfio y Mario FINOCCHIARO. *Diritto di Famiglia: Comento sistematico della Legge 19 Maggio 1975 N.º 175*. Vol. I: Arts. 1-89, Milano: Giuffrè, 1984, 1428 págs.
50. FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel y Eduardo ROVEDA. *Régimen de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2001, págs. 109-110.
51. 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.
52. HARO SEIJAS, José Juan. «Confusión de confusiones: La "Reestructuración empresarial" de las personas naturales». *Themis*, n.º 31, 1995, págs. 261-289.

53. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho de Familia*. Lima: Ed. San Marcos, 1999, 421 págs.
54. ————. *Embargo y otras medidas cautelares*. 2da. ed., Lima: Ed. San Marcos, 1999, 543 págs.
55. INDEJ. *Reforma del Código Civil peruano*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1998, 318 págs.
56. LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Derecho de Familia. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1997, 669 págs.
57. LAMA MORE, Héctor. «El bien social y el cónyuge deudor». *Revista Jurídica de los Magistrados del Poder Judicial*, año I, tomo I, diciembre, 1998, págs. 42-65.
58. LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1966, 387 págs.
59. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè Ed., 1992, 420 págs.
60. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2da. ed., Lima: Grijley, 1994, 629 págs.
61. LUCAR VILLAR, Milagritos. «Los bienes propios y la causa de adquisición en la Sociedad de Gananciales». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 6, año III, 1997, págs. 153-166.
62. MACÍAS ARDITTO, Fernando Javier. «Aspectos legales de la insolvencia conyugal». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 11, año XLVII, abril-junio, 1997, pág. 59-62.
63. 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». *La Ley*, 1982-D, págs. 1019-1027.
64. MALLQUI REYNOSO, Max y Eloy MOMETHIANO ZUMAETA. *Derecho de Familia*. Lima: Ed. San Marcos, 2001, 711 págs.

65. MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Madrid: Civitas, 1995, 198 págs.
66. MAZEUD, Henry, Jean y León. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte cuarta. Vol. I. La organización del patrimonio familiar. (Traducido por Luis Alcalá Zamora y Castillo). Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1959, 784 págs.
67. MENDEZ COSTA, María Josefa. *Estudios sobre Sociedad conyugal*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1981, 386 págs.
68. MESEGUER GUICH, Diego. «Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedades gananciales frente a las deudas sociales». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 18, año 6, marzo, 2000, págs. 71-93.
69. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Colección Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI, 1era. parte, tomo IV, Lima: PUCP, 1996, 542 págs.
70. OTTS Y CAPDEQUI, José María. *Instituciones*. Barcelona: s/ed, 1958, XII- 546 págs.
71. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. 2da. ed., Lima: Moreno, 1995, 430 págs.
72. PIZARRO ARANGUREN, Luis. «Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos». *Thémis*, n.º 30, febrero-1998, págs. 221-229.
73. PLÁCIDO VILCACHUAGA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2001, 470 págs.
74. ————— «Deudas de los cónyuges y de la sociedad conyugal». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 44, año 8, mayo, 2002, págs. 33-46.
75. PODER JUDICIAL. *Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil 1997*. Documento elaborado por la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Civil, Trujillo, 1997, 14 págs.

76. ————— *Conclusiones del Pleno Jurisdiccional 1998*º Documento elaborado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, Lima, 1999, 159 págs.
77. ————— *Derecho de Familia. Criterios jurisdiccionales*. Lima: SECEPJ, 2000, 297 págs.
78. ————— *Materiales de Trabajo para la Sala Plena de Jurisprudencia Vinculante*. Documento elaborado por la Comisión de Alto Nivel de Jurisprudencia de la Corte Suprema, Lima, 1999, 266 págs.
79. ————— *Ponencias presentadas para la I Sala Plena de Jurisprudencia Vinculante*. Documento elaborado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, Lima, 1999, 95 págs.
80. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Tomo I. Lima: PUCP, 1980, 926 págs.
81. ————— *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Tomo II. Lima: PUCP, 1980, 718 págs.
82. PUIG BRUTAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Ed. Bosch, 1981, 446 págs.
83. PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Vol. I. Barcelona: Nauta, 1966, 648 págs.
84. REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. «Cuando justos se casan con pecadores. De cómo el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales perjudica el acceso al crédito». *Ius et Veritas*, n.º 15, año VIII, 1998, págs. 165-182.
85. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. *La comunidad postganancial*. Barcelona: Bosch, 1997, 205 págs.
86. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Ma. *Ley y Derecho*. Madrid: Tecnos, 1976, 157 págs.

87. SALAZAR LUI LAM, Carla. «Importancia de los actos de administración y disposición de los bienes sociales». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 4, año III, 1997, págs. 141-150.
88. SANTOS CIFUENTES. *Negocio Jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1986, 722 págs.
89. SCOGNAMIGLIO, Renato. «Responsabilidad contractual y extracontractual». *Ius et Veritas*, n.º 22, año XI, 2001, págs. 55-56.
90. SERRANO GARCÍA, José Antonio. *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*. Barcelona: Bosch, 1992, 638 págs.
91. SIERRA GIL DE LA CUEVA, Ignacio y otros. *Comentario del Código Civil*. Tomo 7. Barcelona: Ed. Bosch, 2000, 1083 págs.
92. SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. III. Derecho de Familia. Buenos Aires: Depalma, 1988, XV-434 págs.
93. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I. Lima: PUCP, 1995, 587 págs.
94. —————. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: PUCP, 1995, 659 págs.
95. VALVERDE, Emilio F. *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. Tomo I. Lima: Imp. Min. de Guerra, 1942, 561 págs.
96. VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil*. Tomo V. Derecho de Familia. Bogotá: Ed. Temis S.A., 1995, XXIX, 652 págs.
97. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*. 2da. ed. Lima: Ed. Cuzco, 1990, 473 págs.
98. —————. «La representación en el ámbito del Derecho de Familia». En *La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Comejo Chávez*. Lima: PUCP, 1992, págs. 288-299.

99. ————— *Prescripción extintiva y caducidad*. 3ra. ed., Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 1999, 246 págs.
100. VIDAL TAQUINI, Carlos A. *Régimen de bienes en el matrimonio, con las modificaciones de la Ley 23264 y 23515*. 3era. ed., Buenos Aires: Depalma, 1990, XXXVI-433 págs.
101. VIVAR MORALES, Elena. *La inscripción registral de la propiedad inmueble en el Perú*. Tomo I. Lima: PUCP, 1998, 341 págs.
102. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo I. 1era. reimp., Buenos Aires: Astrea, 1981, 763 págs.
103. ZUSMAN TINMAN, Shoschana. «Teoría de la invalidez y la Ineficacia». *Ius et Veritas*, n.º 7, año IV, 1993, págs. 159-167.

PÁGINAS WEB:

1. <http://www.alterini.org>.
2. <http://www.indecopi.gob.pe>.
3. <http://www.congreso.gob.pe>.

Índice de casaciones y resoluciones administrativas

(el orden que se sigue corresponde al año y numeración de las resoluciones)

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL PERMANENTE

1. CAS. N.º 01-94 LA LIBERTAD del 02 de mayo de 1994, publicada en la SJEP el 25 de marzo de 1995, pág. 1907.
2. CAS. N.º 04-95 ICA del 08 de julio de 1996, publicada en la SJEP el 25 de octubre de 1996, págs. 2363-2364.
3. CAS. N.º 34-95 LIMA del 22 de enero de 1997, publicada en la SCEP el 31 de diciembre de 1997, pág. 232.
4. CAS. N.º 100-95 LIMA del 02 de agosto de 1996, publicada en la SJEP el 10 de noviembre de 1996, pág. 2373.
5. CAS. N.º 388-95 LAMBAYEQUE del 05 de junio de 1996, publicada en la SJEP el 22 de noviembre de 1996, págs. 2411-2412.
6. CAS. N.º 688-95 LAMBAYEQUE del 12 de setiembre de 1996, publicada en la SJEP el 09 de diciembre de 1996, pág. 2471.
7. CAS. N.º 905-95 NORTE-LIMA del 16 de octubre de 1996, publicada en la SJEP el 13 de diciembre de 1996, págs. 2525-2526.
8. CAS. N.º 941-95 LA LIBERTAD del 12 de octubre de 1996, publicada en la SJEP el 12 de marzo de 1997, pág. 2903.
9. CAS. N.º 50-96 CAJAMARCA del 11 de noviembre de 1996, publicada en la SCEP el 30 de diciembre de 1997, pág. 198.

10. CAS. N.º 431-96 ICA del 14 de octubre de 1997, en el CCJC, tomo II, págs. 629-630.
11. CAS. N.º 513-96 PIURA del 16 de octubre de 1997, en el CCJC, tomo II, págs. 312-313.
12. CAS. N.º 551-96 CONO NORTE del 27 de agosto de 1997 en CCJC, tomo II, págs. 463-465.
13. CAS. N.º 775-96 HUÁNUCO del 06 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 05 de diciembre de 1998, págs. 2144-2145.
14. CAS. N.º 838-96 LIMA del 05 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 03 de mayo de 1998, págs. 861-862.
15. CAS. N.º 953-96 LAMBAYEQUE del 17 de noviembre de 1997, en el CCJC, tomo II, págs. 616-618.
16. CAS. N.º 1021-96 HUAURA del 25 de noviembre de 1996, publicada en la SCEP el 11 de mayo de 1998, pág. 979.
17. CAS. N.º 1135-96 CHIMBOTE del 09 de diciembre de 1997, publicada en la SCEP el 03 de mayo de 1998, pág. 867.
18. CAS. N.º 1316-96 LIMA del 04 de julio de 2000, publicada en la SCEP el 17 de setiembre de 2000, pág. 6222.
19. CAS. N.º 1433-96 LA LIBERTAD del 28 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 04 de mayo de 1998, pág. 876.
20. CAS. N.º 1522-96 LA LIBERTAD del 24 de febrero de 1998, publicada en la SCEP el 12 de mayo de 1998, págs. 1002-1003.
21. CAS. N.º 1676-96 LIMA del 30 de abril de 1998, en el CCJC, tomo II, págs. 633-634.
22. CAS. N.º 1715-96 PIURA del 11 de mayo de 1998, publicada en la SCEP el 08 de junio de 1998, págs. 1267-1268.

23. CAS. N.º 1783-96 LIMA del 18 de mayo de 1998, publicada en la SCEP el 05 de julio de 1998, págs. 1393-1394.
24. CAS. N.º 1818-96 LIMA del 04 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 04 de agosto de 1998, págs. 1512.
25. CAS. N.º 1824-96 HUAURA del 04 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 04 de agosto de 1998, pág. 1510.
26. CAS. N.º 1857-96 CHIMBOTE del 08 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 1998, págs. 1695-1696.
27. CAS. N.º 505-97 LIMA del 14 de mayo de 1998, publicada en la SCEP el 05 de julio de 1998, págs. 1394-1395.
28. CAS. N.º 560-97 ANCASH del 26 de febrero de 1998, publicada en la SCEP el 28 de mayo de 1998, pág. 1188-1189.
29. CAS. N.º 561-97 ANCASH del 07 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 1998, págs. 1697-1698.
30. CAS. N.º 691-97 LIMA del 20 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 15 de octubre de 1998, págs. 1922-1923.
31. CAS. N.º 734-97 LIMA del 26 de agosto de 1998, publicada en el CCJC, tomo III, págs. 50-51.
32. CAS. N.º 746-97 LA LIBERTAD del 26 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 05 de octubre de 1998, págs. 1773-1774.
33. CAS. N.º 770-97 HUAURA del 09 de diciembre de 1998, en CCJC, tomo II, págs. 637-638.
34. CAS. N.º 837-97 LAMBAYEQUE del 05 de noviembre de 1998, publicada en la SCEP el 04 de diciembre de 1998, págs. 2137-2138.
35. CAS. N.º 1017-97 PUNO del 19 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, pág. 2207.

36. CAS. N.º 1617-97 LAMBAYEQUE del 29 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, págs. 2205-2206.
37. CAS. N.º 1953-97 PIURA del 07 de octubre de 1998, en el CCJC, tomo II, págs. 302-303.
38. CAS. N.º 2021-97 LIMA del 12 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 05 de diciembre de 1998, págs. 2148-2149.
39. CAS. N.º 2273-97 LAMBAYEQUE del 04 de noviembre de 1998, publicada en la SCEP el 09 de diciembre de 1998, págs. 2189-2190.
40. CAS. N.º 991-98 HUÁNUCO del 01 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 08 de enero de 1999, pág. 2449.
41. CAS. N.º 1337-98 LAMBAYEQUE del 02 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 08 de enero de 1999, págs. 2442-2443.
42. CAS. N.º 1895-98 CAJAMARCA del 06 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 22 de julio de 1999, págs. 3103-3104.
43. CAS. 2150-98 LIMA del 20 de enero de 1999, publicada en la SCEP el 19 de marzo de 1999, págs. 2834-2835.
44. CAS. N.º 2299-98 LAMBAYEQUE del 05 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 17 de agosto de 1999, pág. 3216.
45. CAS. N.º 2499-98 LIMA del 03 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 12 de abril de 1999, págs. 2899-2900.
46. CAS. N.º 2623-98 JAÉN del 13 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 12 de octubre de 1999, págs. 3704-3705.
47. CAS. N.º 3053-98 CALLAO del 19 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 18 de agosto de 1999, págs. 3220-3221.
48. CAS. N.º 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.

49. CAS. N.º 05-99 HUÁNUCO del 24 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 28 de setiembre de 1999, págs. 3605-3606.
50. CAS. N.º 291-99 HUAURA del 30 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 1999, pág. 3406.
51. CAS. N.º 415-99 LIMA del 12 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 1999, págs. 3409-3410.
52. CAS. N.º 781-99 CAJAMARCA del 24 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 16 de noviembre de 1999, pág. 3992.
53. CAS. N.º 887-99 SANTA del 29 de setiembre de 1999, en el CCJC, tomo III, págs. 687-688.
54. CAS. N.º 891-99 LIMA del 04 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de noviembre de 1999, pág. 4097.
55. CAS. N.º 911-99 ICA del 07 de diciembre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de febrero de 2000, págs. 4684-4685.
56. CAS. N.º 1491-99 LAMBAYEQUE del 17 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 16 de noviembre de 1999, págs. 3991-3992.
57. CAS. N.º 2201-99 LIMA del 28 de junio de 2000, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 2000, págs. 6198-6199.
58. CAS. N.º 951-2000 LIMA del 23 de octubre de 2000, publicada en la SCEP el 30 de enero de 2001, pág. 6842.
59. CAS. N.º 1211-2000 LIMA del 09 de noviembre de 2000, publicada en la SCEP el 02 de enero de 2001, págs. 6691-6692.
60. CAS. N.º 1845-2000 JUNÍN del 28 de noviembre de 2000, publicada en la SCEP el 30 de enero de 2001, págs. 6811-6812.
61. CAS. N.º 2837-2000 LIMA del 23 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 05 de noviembre de 2001, pág. 7976.

62. CAS. N.° 2839-2000 ICA del 04 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8032.
63. CAS. N.° 2877-2000 LAMBAYEQUE del 25 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8048.
64. CAS. N.° 2927-2000 LIMA del 30 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 05 de noviembre de 2001, págs. 7978-7979.
65. CAS. N.° 3017-2000 LIMA del 30 de mayo de 2001, publicada en la SCEP el 05 de noviembre de 2001, pág. 7959.
66. CAS. N.° 3057-2000 ICA del 20 de julio de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8054.
67. CAS. N.° 3115-2000 TACNA del 14 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8449.
68. CAS. 3775-2000 AREQUIPA del 28 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de setiembre de 2002, págs. 9170-9171.
69. CAS. N.° 3901-2000 JUNÍN del 17 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, pág. 8835.
70. CAS. N.° 133-2001 LA LIBERTAD del 05 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8384.
71. CAS. N.° 145-2001 HUÁNUCO del 17 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, pág. 8832.
72. CAS. N.° 769-2001 APURÍMAC del 24 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 2002, pág. 9693.
73. CAS. N.° 771-2001 APURÍMAC del 19 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, pág. 9597.
74. CAS. N.° 793-2001 TACNA del 08 de noviembre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de marzo de 2002, pág. 8484.
75. CAS. 1181-2001 LIMA del 14 de noviembre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8855-8856.

76. CAS. N.º 1851-2001 LAMBAYEQUE del 24 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 2002, pág. 9705.
77. CAS. N.º 2023-2001 LIMA del 01 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 02 de setiembre de 2002, págs. 9117-9118.
78. CAS. N.º 2055-2001 LIMA del 01 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, pág. 9274.
79. CAS. N.º 2113-2001 SAN ROMÁN del 05 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, pág. 9569.
80. CAS. N.º 2117-2001 LIMA del 08 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, págs. 9284-9285.
81. CAS. N.º 2227-2001 JUNÍN del 12 de julio de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, pág. 9427.
82. CAS. N.º 2543-2001 LA LIBERTAD del 14 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8384.
83. CAS. 2631-2001 LA LIBERTAD del 14 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, págs. 9573-9574.
84. CAS. N.º 2687-2001 LIMA del 14 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, pág. 9595.
85. CAS. N.º 2717-2001 LA LIBERTAD del 16 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 31 de octubre de 2002, pág. 9418.
86. CAS. N.º 3021-2001 LIMA del 04 de setiembre de 2002, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 2002, pág. 9578.
87. CAS. N.º 3273-2001 LIMA del 16 de setiembre de 2002, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 2002, pág. 9688.

SALA CIVIL TRANSITORIA

1. CAS. N.º 62-T-97 HUAURA del 23 de setiembre de 1997, publicada en la SCEP el 27 de febrero de 1998, pág. 460.
2. CAS. N.º 265-T-97 LA LIBERTAD del 21 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 03 de abril de 1998, pág. 605.
3. CAS. N.º 354-T-97 CUSCO del 05 de diciembre de 1997, publicada en la SCEP el 10 de abril de 1998, pág. 648.
4. CAS. N.º 1288-97 PIURA del 01 de julio de 1998, en el CCJC, tomo II, págs. 639-640.
5. CAS. N.º 2192-97 CHIMBOTE del 05 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 06 de agosto de 1998, pág. 1527.
6. CAS. N.º 102-98 PUNO del 17 de junio de 1998, publicada en la SCEP el 06 de agosto de 1998, pág. 1532.
7. CAS. N.º 254-98 HUÁNUCO del 01 de setiembre de 1998, publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, pág. 2210.
8. CAS. N.º 818-98 CUSCO del 10 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 16 de octubre de 1998, págs. 1936-1937.
9. CAS. N.º 928-98 LAMBAYEQUE del 17 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 18 de marzo de 1999, pág. 2822.
10. CAS. N.º 1012-98 CALLAO del 24 de mayo de 1999, en el CCJC, tomo II, págs. 641-642.
11. CAS. N.º 1034-98 CAJAMARCA del 07 de abril de 1999, publicada en la SCEP el 29 de agosto de 1999, págs. 3363-3364.
12. CAS. N.º 1052-98 SULLANA del 09 de setiembre de 1998, publicada en la SCEP el 25 de noviembre de 1998, págs. 2097-2098.
13. CAS. N.º 1450-98 CHINCHA del 02 de noviembre de 1998, publicada en la SCEP el 10 de diciembre de 1998, pág. 2213.

14. CAS. N.º 1510-98 LAMBAYEQUE del 13 de octubre de 1998, publicada en la SCEP el 23 de noviembre de 1998, pág. 2079.
15. CAS. N.º 1620-98 TACNA del 10 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 23 de abril de 1999, pág. 2925.
16. CAS. N.º 1686-98 del 10 de marzo de 1999, publicada en CCJC, tomo II, págs. 645-647.
17. CAS. N.º 1772-98 APURÍMAC del 28 de enero de 1999, publicada en la SCEP el 16 de abril de 1999, págs. 2904-2905.
18. CAS. N.º 2094-98 ICA del 29 de diciembre de 1998, publicada en la SCEP el 18 de noviembre de 1998, págs. 2291-2292.
19. CAS. N.º 2150-98 LIMA del 20 de enero de 1999, publicada en la SCEP el 19 de marzo de 1999, págs. 2834-2835.
20. CAS. N.º 2206-98 CHINCHA del 17 de marzo de 1999 en el CCJC, tomo II, págs. 648-649.
21. CAS. N.º 2316-98 LIMA del 19 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 07 de junio de 1999, págs. 2965-2966.
22. CAS. N.º 2356-98 LIMA del 13 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, págs. 3899-3900.
23. CAS. N.º 2374-98 SAN ROMÁN-JULIACA del 17 de marzo de 1999, publicada en la SCEP el 23 de abril de 1999, pág. 2929.
24. CAS. N.º 2556-98 LAMBAYEQUE del 16 de abril de 1999, publicada en la SCEP el 03 de setiembre de 1999, pág. 3417.
25. CAS. N.º 2792-98 LIMA del 01 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 14 de setiembre de 1999, págs. 3522-3523.
26. CAS. N.º 2846-98 CUSCO del 26 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 27 de setiembre de 1999, pág. 3588.

27. CAS. N.º 2942-98 PUNO del 28 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 26 de octubre de 1999, págs. 3806-3808.
28. CAS. N.º 2950-98 LIMA del 07 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 17 de setiembre de 1999, págs. 3551-3552.
29. CAS. N.º 3186-98 LA LIBERTAD del 09 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 21 de setiembre de 1999, págs. 3568.
30. CAS. N.º 3202-98 ICA del 02 de junio de 1999, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 1999, págs. 3625-3626.
31. CAS. N.º 116-99 LIMA del 13 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 23 de noviembre de 1999, págs. 4112-4113.
32. CAS. N.º 226-99 ICA del 06 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 18 de octubre de 1999, págs. 3766.
33. CAS. N.º 342-99 PIURA del 08 de julio de 1999, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 1999, págs. 3628.
34. CAS. N.º 738-99 CAÑETE del 13 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 19 de octubre de 1999, págs. 3778-3779.
35. CAS. N.º 938-99 LIMA del 03 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, págs. 3908.
36. CAS. N.º 964-99 LIMA del 25 de agosto de 1999, publicada en la SCEP el 12 de noviembre de 1999, págs. 3911.
37. CAS. N.º 1094-99 LA LIBERTAD del 08 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 28 de noviembre de 1999, págs. 4182.
38. CAS. N.º 1354-99 LIMA del 07 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 18 de diciembre de 1999, págs. 4327-4328.
39. CAS. N.º 1376-99 HUÁNUCO del 28 de setiembre de 1999, publicada en la SCEP el 22 de noviembre de 1999, págs. 4071-4072.

40. CAS. N.º 1418-99 LAMBAYEQUE del 05 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 1999, págs. 4194-4195.
41. CAS. N.º 1634-99 PUNO del 12 de octubre de 1999, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 1999, págs. 4197-4198.
42. CAS. N.º 1716-99 LIMA del 26 de marzo de 2001, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2001, pág. 7429.
43. CAS. N.º 1718-99 LIMA del 09 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4967-4968.
44. CAS. N.º 2064-99 LIMA del 26 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, pág. 4973.
45. CAS. N.º 2092-99 LAMBAYEQUE del 13 de enero de 2000, publicada en el CCJC, tomo III, págs. 717-719.
46. CAS. N.º 2114-99 CAJAMARCA del 30 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4975-4976.
47. CAS. N.º 2150-99 LAMBAYEQUE del 23 de noviembre de 1999, publicada en la SCEP el 08 de enero de 2000, pág. 4520.
48. CAS. N.º 2176-99 LAMBAYEQUE del 07 de diciembre de 1999, publicada en la SCEP el 07 de abril de 2000, págs. 4976-4977.
49. CAS. N.º 2242-99 LIMA del 05 de abril de 2000, publicada en la SCEP el 24 de agosto de 2000, págs. 6087-6088.
50. CAS. N.º 2988-99 LIMA del 12 de abril de 2000, publicada en la SCEP el 17 de setiembre de 2000, pág. 6293.
51. CAS. N.º 158-00 SAN MARTÍN del 09 de mayo de 2000, publicada en la SCEP el 30 de octubre de 2000, págs. 6369-6370.
52. CAS. N.º 342-00 LIMA del 04 de mayo de 2000, publicada en la SCEP el 25 de agosto de 2000, págs. 6101-6102.

53. CAS. N.º 850-2000 LAMBAYEQUE del 07 de julio de 2000, publicada en la SCEP el 30 de octubre de 2000, págs. 6374-6375.
54. CAS. N.º 926-2000 LIMA del 18 de julio de 2000, publicada en la SCEP el 30 de octubre de 2000, pág. 6377.
55. CAS. N.º 1518-2000 MOYOBAMBA del 13 de setiembre de 2000, publicada en la SCEP el 30 de abril de 2001, págs. 7158-7159.
56. CAS. N.º 2088-2000 CAJAMARCA del 27 de octubre de 2000, publicada en la SCEP el 01 de marzo de 2001, págs. 7011-7012.
57. CAS. N.º 2490-00 CAJAMARCA del 09 de enero de 2001, publicada en la SCEP el 30 de abril de 2001, págs. 7188-7189.
58. CAS. N.º 2792-00 LAMBAYEQUE del 26 de enero de 2001, publicada en la SCEP el 02 de julio de 2001, págs. 7337-7338.
59. CAS. N.º 3440-2000 LA LIBERTAD del 14 de marzo de 2001, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2001, págs. 7447.
60. CAS. N.º 3580-2000 ANDAHUAYLAS del 15 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8376-8377.
61. CAS. N.º 3685-2000 LIMA del 07 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8383-8384.
62. CAS. N.º 3696-2000 ICA del 18 de abril de 2001, publicada en la SCEP el 31 de agosto de 2001, págs. 7611-7612.
63. CAS. N.º 3702-2000 MOQUEGUA del 08 de junio de 2001, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2001, págs. 7783-7784.
64. CAS. N.º 3760-2000 LIMA del 18 de abril de 2001, publicada en la SCEP el 31 de agosto de 2001, pág. 7613.
65. CAS. N.º 3820-2000 LA LIBERTAD del 02 de abril de 2001, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2001, págs. 7786-7787.

66. CAS. N.º 3852-2000 ANDAHUAYLAS del 15 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8172.
67. CAS. N.º 194-2001 LIMA del 20 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8113.
68. CAS. N.º 776-2001 APURÍMAC del 27 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, págs. 8118-8119.
69. CAS. N.º 1046-2001 CAÑETE del 18 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8277-8279.
70. CAS. N.º 1076-2001 LA LIBERTAD del 18 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8280-8281.
71. CAS. N.º 1104-2001 CAJAMARCA del 22 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, págs. 8125-8126.
72. CAS. N.º 1116-2001 LIMA del 18 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8332-8333.
73. CAS. N.º 1170-2001 LA LIBERTAD del 05 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 30 de noviembre de 2001, pág. 8127.
74. CAS. N.º 1252-2001 AREQUIPA del 12 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8281-8282.
75. CAS. N.º 1298-2001 UCAYALI del 04 de diciembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8657.
76. CAS. N.º 1558-2001 LAMBAYEQUE del 28 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8286.
77. CAS. N.º 1626-2001 LIMA del 14 de diciembre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, págs. 8564-8565.
78. CAS. N.º 1652-2001 LIMA del 28 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8288-8289.

79. CAS. N.º 1666-2001 JUNÍN del 10 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8289.
80. 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.
81. CAS. N.º 1942-2001 AREQUIPA del 15 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8295.
82. CAS. N.º 1966-2001 TACNA del 12 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8296.
83. CAS. N.º 1970-2001 SULLANA-PIURA del 22 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8342.
84. CAS. N.º 2050-2001 LIMA del 31 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8343.
85. CAS. N.º 2084-2001 CHICLAYO del 24 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, pág. 8570.
86. CAS. N.º 2148-2001 CAJAMARCA del 12 de noviembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8344-8345.
87. CAS. N.º 2166-2001 AREQUIPA del 31 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8345-8346.
88. CAS. N.º 2250-2001 CAMANÁ-AREQUIPA del 22 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8299.
89. CAS. N.º 2616-2001 LAMBAYEQUE del 18 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8742-8743.
90. CAS. N.º 2714-2001 LA LIBERTAD del 07 de diciembre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, pág. 8523.
91. CAS. N.º 2806-2001 ICA del 18 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8746-8747.

92. CAS. N.º 2878-2001 CHINCHA del 21 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8749-8750.
93. CAS. N.º 2914-2001 ICA del 30 de enero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8752.
94. CAS. N.º 2964-2001 AREQUIPA del 22 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, pág. 8297.
95. CAS. N.º 3156-2001 LORETO del 13 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 01 de julio de 2002, págs. 8941-8942.
96. CAS. N.º 3244-2001 JAÉN del 12 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8761.
97. CAS. N.º 3270-2001 LIMA del 13 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8761-8762.
98. CAS. N.º 3290-01 CONO NORTE del 19 de abril de 2002, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2002, pág. 9023.
99. CAS. N.º 3370-2001 LA LIBERTAD del 21 de febrero de 2002, publicada en la SCEP el 01 de julio de 2002, pág. 8949.
100. CAS. N.º 3372-2001 LIMA del 15 de abril de 2002, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2002, pág. 9024.
101. CAS. N.º 3538-2001 CALLAO del 12 de abril de 2002, publicada en la SCEP el 01 de julio de 2002, pág. 8951.
102. CAS. N.º 3600-01 CUSCO del 26 de abril de 2002, publicada en la SCEP el 31 de julio de 2002, págs. 9029-9030.
103. CAS. N.º 4098-01 LIMA del 20 de mayo de 2002, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 2002, pág. 9216.
104. CAS. N.º 4148-2001 LA LIBERTAD del 24 de mayo de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, págs. 9399-9400.

105. CAS. N.º 4396-2001 LIMA del 21 de mayo de 2002, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 2002, págs. 9227-9228.
106. CAS. N.º 150-2002 APURÍMAC del 17 de junio de 2002, publicada en la SCEP el 30 de setiembre de 2002, págs. 9230-9231.
107. CAS. N.º 824-2002 LIMA del 09 de agosto de 2002, publicada en la SCEP el 01 de octubre de 2002, págs. 9320-9321.

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

1. CAS. N.º 772-92 [sic] AREQUIPA del 07 de setiembre de 1992 [sic] publicada en la SJEP el 29 de diciembre de 1996, págs. 2755-2756.
2. CAS. N.º 81-94 AREQUIPA del 21 de diciembre de 1995, publicada en la SJEP del 26 de abril de 1996, pág. 2189.
3. CAS. N.º 33-95 LAMBAYEQUE del 06 de noviembre de 1996, publicada en la SJEP el 23 de diciembre de 1996, pág. 2605.
4. CAS. N.º 106-95 UCAYALI del 12 de diciembre de 1995, publicada en la SCEP el 27 de febrero de 1996, pág. 46.
5. CAS. N.º 201-95 CAÑETE del 13 de mayo de 1996, publicada en la SJEP el 07 de agosto de 1996, pág. 2226.
6. CAS. N.º 251-95 LAMBAYEQUE, publicada en la SJEP el 22 de noviembre de 1996, pág. 2409.
7. CAS. N.º 366-95 LAMBAYEQUE del 25 de febrero de 1997, publicada en la SCEP el 01 de diciembre de 1997, pág. 107 (repetido en la pág. 389).
8. CAS. N.º 06-96 LIMA del 20 de diciembre de 1996, publicada en la SCEP el 01 de diciembre de 1997, pág. 80.
9. CAS. N.º 205-96 JUNÍN del 04 de junio de 1997, publicada en la SCEP el 03 de diciembre de 1997, pág. 142.

10. CAS. N.º 220-96 JUNÍN del 26 de mayo de 1997, publicada en la SCEP el 04 de diciembre de 1997, pág. 162.
11. CAS. N.º 238-96 TACNA del 02 de junio de 1997, publicada en la SCEP el 02 de diciembre de 1997, págs. 133-134.
12. CAS. N.º 762-96 LA LIBERTAD del 03 de noviembre de 1997, publicada en la SCEP el 31 de diciembre de 1998, págs. 2321-2322.
13. CAS. N.º 345-97 HUAURA del 23 de abril de 1998, publicada en la SCEP el 19 de octubre de 1998, pág. 1990.
14. CAS. N.º 398-97 CHINCHA del 11 de agosto de 1998, publicada en la SCEP el 11 de marzo de 1999, pág. 2753.
15. CAS. N.º 1071-97 LAMBAYEQUE del 05 de mayo de 1999, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 2000, págs. 6206-6207.
16. 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.
17. CAS. N.º 1152-98 LA LIBERTAD del 15 de marzo de 2000, publicada en la SCEP el 01 de diciembre de 2000, págs. 6633-6634.
18. CAS. N.º 1304-98 LAMBAYEQUE del 27 de marzo de 2000, publicada en la SCEP el 01 de setiembre de 2000, pág. 6208.
19. 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.
20. CAS. N.º 447-99 LAMBAYEQUE del 24 de julio de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, págs. 8651-8652.
21. CAS. N.º 499-99 HUAURA del 03 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, págs. 8683-8684.
22. CAS. N.º 514-99 LAMBAYEQUE del 29 de agosto de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8814-8815.

23. CAS. N.º 638-99 JAÉN del 27 de junio de 2001, publicada en la SCEP el 02 de febrero de 2002, págs. 8205-8206.
24. CAS. N.º 647-99 DEL SANTA del 12 de julio de 2001, publicada en la SCEP el 02 de enero de 2002, págs. 8200-8201.
25. CAS. N.º 718-99 LAMBAYEQUE del 27 de junio de 2001, publicada en la SCEP el 02 de enero de 2002, págs. 8211-8212.
26. CAS. N.º 1231-99 AREQUIPA del 03 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 01 de abril de 2002, pág. 8648.
27. CAS. N.º 1245-99 LAMBAYEQUE del 07 de setiembre de 2001, publicada en la SCEP el 02 de mayo de 2002, pág. 8700.
28. CAS. N.º 2061-99 HUAURA del 20 de marzo de 2002, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, pág. 8816.
29. CAS. N.º 2125-99 LAMBAYEQUE del 19 de octubre de 2001, publicada en la SCEP el 31 de mayo de 2002, págs. 8816-8817.
30. CAS. N.º 1583-2000 CAJAMARCA del 15 de marzo de 2002, publicada en la SCEP el 31 de octubre de 2002, pág. 9473.
31. CAS. N.º 2818-2000 LAMBAYEQUE del 19 de enero de 2001, publicada en la SCEP el 02 de julio de 2001, pág. 7338.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RES. N.º del 25 de enero de 2001, expedida en el proceso de acción de amparo seguido por Susana Higuchi contra Alberto Fujimori (Exp. 265-2000-AA/TC), publicada en el Diario Oficial El Peruano, Separata Garantías Constitucionales, págs. 4007-4008.

RESOLUCIONES DE LA OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO

1. RES. N.º 078/92-ONARP-JV del 26 de noviembre de 1992, en ORLC, vol. I, año I, págs. 39-40.

2. RES. N.º 010-93/JUS-JVR del 18 de noviembre de 1993, en ORLC, vol. I, año I, págs. 31-32.
3. RES. N.º 001-96-ORLC/TR del 01 de enero de 1996, en ORLC, vol. II, año I, págs. 204-206.
4. RES. N.º 020-96-ORLC/TR del 22 de enero de 1996, en ORLC, vol. II, año I, págs. 207-209.
5. RES. N.º 039-96-ORLC/TR del 02 de febrero de 1996, en ORLC, vol. II, año I, págs. 125-127.
6. RES. N.º 053-96-ORLC/TR del 09 de febrero de 1996, en ORLC, vol. II, año I, págs. 101-103.
7. RES. N.º 076-96-ORLC/TR del 01 de marzo de 1996, en ORLC, vol. II, año I, págs. 128-130.
8. RES. N.º 087-96-ORLC/TR del 01 de marzo de 1996, en ORLC, vol. II, año I, págs. 110-112.
9. RES. N.º 249-96-ORLC/TR del 30 de julio de 1996, en ORLC, vol. III, año II, págs. 107-109.
10. RES. N.º 255-96-ORLC/TR del 30 de julio de 1996, en ORLC, vol. III, año II, págs. 71-72.
11. RES. N.º 286-96-ORLC/TR del 12 de agosto de 1996, en ORLC, vol. III, págs. 73-75.
12. RES. N.º 328-96-ORLC/TR del 16 de setiembre de 1996, en ORLC, vol. III, año II, págs. 155-157.
13. RES. N.º 382-96-ORLC/TR del 31 de octubre de 1996 en ORLC, vol. III, año II, págs. 161-162.
14. RES. N.º 384-96-ORLC/TR del 11 de noviembre de 1996, en ORLC, vol. III, págs. 76-77.

15. RES. N.º 402-96-ORLC/TR del 25 de noviembre de 1996, en ORLC, vol. III, año II, págs. 158-160.
16. RES. N.º 420-96-ORLC/TR del 29 de noviembre de 1996, en ORLC, vol. III, año II, págs. 101-103.
17. RES. N.º 431-96-ORLC/TR del 06 de diciembre de 1996, en ORLC, vol. III, año II, págs. 104-106.
18. RES. N.º 247-97-ORLC/TR del 23 de junio de 1997, en ORLC, vol. IV, año II, págs. 91-93.
19. RES. N.º 275-97-ORLC/TR del 30 de junio de 1997, en ORLC, vol. IV, año II, págs. 89-90.
20. RES. N.º 037-98-ORLC/TR del 30 de enero de 1998, en ORLC, vol. VI, año III, págs. 59-62.
21. RES. N.º 066-98-ORLC/TR del 09 de febrero de 1998, en ARIAS-SCHREIBERT PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIROS. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo X. Registros Públicos. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2001, págs. 212-218.
22. RES. N.º 155-98-ORLC/TR del 14 de abril de 1998, en ORLC, año III, vol. VI, págs. 168-170.
23. RES. N.º 172-98-ORLC/TR del 28 de abril de 1998, en ORLC, vol. VI, año III, págs. 125-128.
24. RES. N.º 195-98-ORLC/TR del 07 de mayo de 1998, en ORLC, vol. VI, año III, págs. 122-124.
25. RES. N.º 215-98-ORLC/TR del 29 de mayo de 1998, en ORLC, vol. VI, págs. 151-153.
26. RES. N.º 223-98-ORLC/TR del 12 de junio de 1998, en ORLC, vol. VI, año III, págs. 155-158.
27. RES. N.º 300-98-ORLC/TR del 10 de agosto de 1998, en ORLC, vol. VII, año IV, págs. 17-22.

28. RES. N.º 430-98-ORLC/TR del 20 de noviembre de 1998, en ORLC, vol. VII, año IV, págs. 62-66.
29. RES. N.º 433-98-ORLC/TR del 24 de noviembre de 1998, en ORLC, vol. VII, año IV, págs. 118-121.
30. RES. N.º 048-99-ORLC/TR del 22 de febrero de 1999, en la ORLC, vol. VIII, año IV, págs. 115-117.
31. RES. N.º 061-99-ORLC/TR del 16 de marzo de 1999, en ORLC, vol. VIII, año IV, págs. 103-106.
32. RES. N.º 236-99-ORLC/TR del 21 de setiembre de 1999 en la ORLC, vol. IX, año IV, págs. 72-74.
33. RES. N.º 239-99-ORLC/TR del 21 de setiembre de 1999, en ORLC, vol. IX, año IV, págs. 108-111.
34. RES. N.º 019-2000-ORLC/TR del 28 de enero de 2000, en ORLC, vol. X, año V, págs. 61-63.
35. RES. N.º 020-2000-ORLC/TR del 31 de enero de 2000, en ORLC, vol. X, año V, págs. 108-110.
36. RES. N.º 025-2000-ORLC/TR del 31 de enero de 2000, en ORLC, vol. XI, año V, págs. 136-139.
37. RES. N.º 028-2000-ORLC/TR del 07 de febrero de 2000, en ORLC, vol. X, año V, págs. 168-171.
38. RES. N.º 030-2000-ORLC/TR del 09 de febrero de 2000, en ORLC, vol. X, año V, págs. 172-175.
39. RES. N.º 042-2000-ORLC/TR del 18 de febrero de 2000, en la ORLC, vol. X, año V, págs. 56-60.
40. RES. N.º 212-2000-ORLC/TR del 06 de julio de 2000, en ORLC, vol. XI, tomo I, año VI, págs. 242-245.

41. RES. N.º 248-2000-ORLC/TR del 21 de agosto de 2000, en ORLC, vol. XI, tomo I, año VI, págs. 70-72.
42. RES. N.º 312-2000-ORLC/TR del 03 de octubre de 2000, en ORLC, vol. XI, tomo I, año VI, págs. 320-322.
43. RES. N.º 435-2000-ORLC/TR del 13 de diciembre de 2000 en ORLC, vol. XI, tomo I, año VI, págs. 165-168.
44. RES. N.º 445-2000-ORLC/TR del 15 de diciembre de 2000, en ORLC, vol. XI, tomo I, año VI, págs. 65-69.
45. RES. N.º 29-2001-ORLC/TR del 22 de enero de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I, págs. 366-368.
46. RES. N.º 106-2001-ORLC/TR, del 09 de marzo de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I, año VII, págs. 230-234.
47. RES. N.º 160-2001-ORLC/TR del 09 de abril de 2001, en la ORLC, vol. XII, tomo I, año VII, págs. 136-141.
48. RES. N.º 174-2001-ORLC/TR del 20 de abril de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I, año VII, págs. 37-41.
49. RES. N.º 220-2001-ORLC/TR del 24 de mayo de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I año VII, págs. 320-323.
50. RES. N.º 277-2001-ORLC/TR del 28 de junio de 2001, en ORLC, vol. XII, tomo I, año VII, págs. 167-170.
51. RES. N.º 352-2001-ORLC/TR del 15 de agosto de 2001, en ORLC, vol. XIII, tomo I, año VII, págs. 303-306.
52. RES. N.º 403-2001-ORLC/TR del 13 de setiembre de 2001, en ORLC, vol. XIII, tomo I, año VII, págs. 399-402.
53. RES. N.º 628-2001-ORLC/TR del 28 de diciembre de 2001, en ORLC, vol. XIII, tomo I, año VII, págs. 223-226.

54. RES. N.º 631-2001-ORLC/TR del 28 de diciembre del 2001, en ORLC, vol. XIII, tomo I, año VII, págs. 424-427.
55. RES. N.º 003-2002-ORLC/TR del 04 de enero de 2002, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de enero de 2002, págs. 216570-216572.

RESOLUCIONES DE LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI

1. RES. N.º 159-1997/TDC-Indecopi del 25 de junio de 1997, publicada en la CJSDC 1997, tomo II, págs. 1389-1392.
2. RES. N.º 224-1997/TDC-Indecopi del 05 de setiembre de 1997, publicada en la CJSDC 1997, tomo II, págs. 1516-1525.
3. RES. N.º 237-1997/TDC-Indecopi del 29 de setiembre de 1997, publicada en la CJSDC 1997, tomo II, págs. 1550-1584.
4. RES. N.º 0023-1998/TDC-Indecopi del 23 de enero de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 883-894.
5. RES. N.º 0039-1998/TDC-Indecopi del 11 de febrero de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 900-910.
6. RES. N.º 0078-1998/TDC-Indecopi del 25 de marzo de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 965-969.
7. RES. N.º 0197-1998/TDC-Indecopi del 20 de julio de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 1109-1116.
8. RES. N.º 0254-1998/TDC-Indecopi del 16 de setiembre de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 1195-1203.
9. RES. N.º 0272-1998/TDC-Indecopi del 02 de octubre de 1998, publicada en la CJSDC 1998, tomo II, págs. 1216-1221.
10. RES. N.º 0070-1999/TDC-Indecopi del 26 de febrero de 1999, publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 643-649.

11. RES. N.º 125-1999/TDC-Indecopi del 09 de abril de 1999, publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 751-760.
12. RES. N.º 389-1999/TDC-Indecopi del 10 de noviembre de 1999, publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 1283-1288.
13. RES. N.º 0394-1999/TDC-Indecopi del 12 de noviembre de 1999, publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 1289-1297.
14. RES. N.º 0395-1999/TDC-Indecopi del 17 de noviembre de 1999, publicada en CJSDC 1999, tomo II, págs. 1298-1303.
15. RES. N.º 0400-1999/TDC-Indecopi del 19 de noviembre de 1999, publicada en la CJSDC 1999, tomo II, págs. 1311-1316.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL

1. RTF N.º 464-1-96 del 29 de marzo de 1996, publicada en AELE, Resoluciones del Tribunal Fiscal: Código Tributario, pág. 139.
2. RTF N.º 41-1-99 del 22 de enero de 1999, publicada en AELE, Código Tributario, vol. III, Resoluciones del Tribunal Fiscal, págs. 231-232.
3. RTF N.º 1015-3-98 del 27 de noviembre de 1998, publicada en AELE, Código Tributario, vol. III, Resoluciones del Tribunal Fiscal, págs. 233-234.

11. RIVERA, M. (1998). El rol del psicólogo en el desarrollo de la cultura organizacional. *Revista de la Asociación de Psicólogos del Perú*, 11(1), 1-10.
12. RIVERA, M. (1999). El rol del psicólogo en el desarrollo de la cultura organizacional. *Revista de la Asociación de Psicólogos del Perú*, 12(1), 1-10.
13. RIVERA, M. (2000). El rol del psicólogo en el desarrollo de la cultura organizacional. *Revista de la Asociación de Psicólogos del Perú*, 13(1), 1-10.
14. RIVERA, M. (2001). El rol del psicólogo en el desarrollo de la cultura organizacional. *Revista de la Asociación de Psicólogos del Perú*, 14(1), 1-10.
15. RIVERA, M. (2002). El rol del psicólogo en el desarrollo de la cultura organizacional. *Revista de la Asociación de Psicólogos del Perú*, 15(1), 1-10.

Impreso en los talleres de
INDUSTRIALgráfica S.A.
Chavín 45 Lima 5 Perú
Email: igsa@goalsnet.com.pe
Teléfono: 431-2505
Fax: 431-3601
Octubre de 2003

**Próximas publicaciones del
Fondo Editorial PUCP**

Derecho de Sucesiones

César E. Fernández Arce

*La constitucionalización de los
derechos en el Perú del siglo XIX*

Marcial Rubio Correa

*La Sociedad Sigma: una teoría del
desarrollo económico*

COEDICIÓN CON EL FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

Adolfo Figueroa

*Los orígenes del gobierno
representativo en el Perú. Las
elecciones (1809-1826)*

COEDICIÓN CON EL FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

Valentín Paniagua Corazao

*Régimen tributario del comercio
electrónico: perspectiva peruana*

Italo Fernández Origgi

*Tratado de las Obligaciones.
Cuarta parte*

BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

**Felipe Osterling Parodi y
Mario Castillo Freyre**

FONDO EDITORIAL DE LA PUCP
PLAZA FRANCIA 1164 - CERCADO DE LIMA
EMAIL: feditor@pucp.edu.pe

Este libro presenta un amplio panorama sobre las materias más controvertidas en la sociedad de gananciales: la disposición unilateral de los bienes sociales y la responsabilidad de éstos frente a deudas privativas.

En ambos casos, se genera un conflicto entre dos intereses que se reclaman igualmente legítimos ante el Derecho: *el del cónyuge no interviniente*, que no asintió la actuación unilateral de su consorte y por ello busca destruir los efectos del acto de disposición o impedir la afectación 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 pretende hacer suyo el bien social a pesar de no haber participado ambos cónyuges en la disposición o hacer efectiva su acreencia sobre el patrimonio social por deudas privativas, ante la ausencia de bienes propios del cónyuge deudor.

Contribuyendo al enriquecimiento de este debate, el autor define en qué supuestos la balanza del Derecho debe inclinarse a favor de uno u otro interés, a partir de los casos que la práctica presenta y de los argumentos jurídicos y soluciones que proporcionan —con relación al tema— las casaciones de la Corte Suprema de Justicia y los diversos pronunciamientos expedidos por el Tribunal Fiscal, la Oficina Registral de Lima y Callao, y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

ISBN 9972-42-589-4



9972425894