

Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable: Estado de la cuestión y perspectivas de reforma

The patrimonial regimes of marriage and stable union: State of affairs and prospects for reform

Alex F. Plácido V.¹

Resumen. Con ocasión del Bicentenario de la Independencia del Perú, que se presenta como la gran oportunidad histórica para los operadores jurídicos de efectuar una revisión global de las instituciones jurídicas con perspectiva de reforma, se realiza un examen integral a la regulación de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable; tarea que se justifica si se considera que la actual previsión normativa, contenida en el Código Civil de 1984, respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, analizarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993 y los desarrollos del derecho comparado en esta materia.

Abstract. *On the occasion of the Bicentennial of the Independence of Peru, which is presented as the great historical opportunity for legal operators to carry out a global review of legal institutions with a perspective of reform, a comprehensive examination of the regulation of marriage property regimes is carried out. and of the stable union; a task that is justified if it is considered that the current normative provision, contained in the 1984 Civil Code, responded to the postulates of the 1979 Constitution, which today is repealed; corresponding, therefore, to analyze it under the perspectives introduced by the 1993 Constitution and the developments of comparative law in this matter.*

Palabras clave: Matrimonio. Sociedad de Gananciales. Separación de Patrimonios. Convivientes. Comunidad de Bienes

Keywords: *Marriage. Society of Guancialés. Separation of Assets. Co-survivors. Community of goods*

Sumario: 1. Introducción. 2. Regímenes convencionales y legales. 3. Autonomía privada, orden público y régimen patrimonial. 4. Las convenciones o capitulaciones matrimoniales. 5. La sociedad de gananciales como régimen patrimonial supletorio. 6. El régimen patrimonial general del matrimonio. 6.1 Las disposiciones generales expresas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano. 6.2 Las disposiciones generales implícitas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano. a) El interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio. b) Igualdad jurídica de los cónyuges. 7. Tipificación del régimen de sociedad de gananciales. 8. Tipificación del régimen de separación de patrimonios; 9. Tipificación del régimen patrimonial de la unión estable. 10. Conclusiones.

¹ Abogado, consultor, docente e investigador. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad del Pacífico, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad San Ignacio de Loyola. Correo de contacto: aplacidov@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-1145-584X>

1. Introducción

El Bicentenario de la Independencia del Perú se presenta como la gran oportunidad histórica para pensar lo pensado y proyectar mejoras de futuro, en diferentes áreas y disciplinas. En el caso de los operadores jurídicos, ello importa una posibilidad para realizar una revisión integral de las instituciones jurídicas con perspectiva de reforma. Este ensayo se centrará en los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable, lo que se justifica si se considera que la actual regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, revisarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993.

El proceso de codificación civil sobre la materia nos muestra que, al inaugurarse con la Independencia la época republicana, existía la más grande dispersión legislativa: contradicciones normativas entre sí, en unos casos; la abrogación parcial en otros, como también su disconformidad con la costumbre, a la que se le reconoció prevalencia sobre la misma ley. Este desconcierto legal determinó la necesidad de generar unidad legislativa coherente y orgánica, que fuera, asimismo, obra propia del nuevo Estado que creó la gesta emancipadora, y que coincide, a su vez, con el movimiento europeo que substituye las compilaciones carentes de sistematización y organicidad con los cuerpos legales codificados.

Dentro de ese camino, el primer intento de codificación -aunque considerado como un tratado doctrinario más que como documento legislativo propiamente dicho, por su falta de técnica jurídica- fue el Proyecto de Manuel Lorenzo Vidaurre de 1834 (primera parte, consagrada a las “Personas”) y 1835 (dos partes restantes, relativas a “Dominio y Contratos” y “Últimas voluntades”); el que no tuvo éxito, porque para entonces su orientación fue extremadamente radical y anticlericalista.

Muy poco después, Santa Cruz promulgó el Código Civil que lleva su nombre, el 22 de junio y el 1 de noviembre de 1836, respectivamente, para los Estados Sur y Nor Peruanos; que fue la aplicación, en nuestro país, del Código que regía en Bolivia desde 1830, impuesto bruscamente como efecto de su dominación militar y política, operándose así una verdadera concesión expansiva.

El Código de Santa Cruz, elaborado en Bolivia, elaborado bajo la preponderante influencia del Código Napoleón, representó el primer caso de recepción del derecho francés en las nuevas nacionalidades hispanoamericanas; que “no desconoció lo que había de vital y profundo en la legislación de la Colonia, como que, en efecto, las instituciones del matrimonio religioso y de los gananciales se fusionan con las contenidas en el modelo francés” (Valverde, 1942, p. 40). Vencido Santa Cruz en Yungay, el 20 de enero de 1839, terminó la Confederación y con ella el régimen legal que implantó. De este modo se abroga el Código Civil de 1836 y vuelve a quedar en vigencia el antiguo y desarreglado derecho colonial.

Luego de diversas iniciativas legislativas y superadas las pugnas entre conservadores y liberales, fue recién el 28 de julio de 1852 que se promulga el primer Código Civil del Perú; “el que mantiene el ordenamiento familiar que le precediera, con algunas variantes y con gran dominio de la doctrina sacramentista e influencia del derecho romano, como asimismo y por la vía indirecta de la legislación castellana del derecho germánico” (Valverde, 1942, p. 45).

Los deberes y derechos de los cónyuges se regulan bajo el sistema de potestad marital, con la fórmula legal según la cual el marido debe proteger a la mujer y la mujer obedecer al marido. La sociedad de gananciales, como único régimen de bienes en el matrimonio, denominada sociedad conyugal, reconoció amplísimos poderes de administración y disposición al marido, sin facultad de control con-

cedida a la mujer. El patrimonio social con relación a los terceros está en la misma condición que el de los bienes propios del marido, haciéndose efectivo el derecho de la mujer sólo a la disolución del matrimonio.

Promulgado el 30 de agosto de 1936, el segundo Código Civil organizó los deberes y derechos conyugales bajo el sistema jefatural del marido, que reconoció la autonomía de la mujer para contratar, disponer de sus bienes propios y litigar sobre ellos, como para ejercer, con el consentimiento expreso o tácito del marido, cualquier profesión o industria o realizar cualquier trabajo fuera de la casa común. Asimismo, se le reconoció la representación de la sociedad conyugal, con idénticas facultades que el marido, en la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar. Igualmente, la sociedad de gananciales era el único régimen de bienes en el matrimonio que admitió el derecho de la mujer a controlar la administración de los bienes sociales, pudiéndose oponer a los actos judiciales al interés familiar. Adicionalmente, reconoció la separación judicial de bienes, en casos excepcionales, cuyo objetivo es la protección del patrimonio de la mujer casada; régimen de separación que reemplaza al de gananciales. No obstante, todas estas innovaciones, contenidas en el Código Civil de 1936, “no representan propiamente un cambio sustancial de las bases institucionales del derogado de 1852, sino una revisión integral del mismo, según expresión de sus autores; quienes se propusieron conservar en cuanto fuese posible la antigua y tradicional legislación civil” (Valverde, 1942, p. 54).

El tercer Código Civil, que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, regula dos regímenes patrimoniales del matrimonio. Denomina “sociedad de gananciales” al régimen de comunidad relativo a las adquisiciones a título oneroso que los cónyuges realicen durante el matrimonio, así como a los frutos y productos que generen tanto bienes propios como bienes sociales; permaneciendo, en cambio, en propiedad separada de cada uno, los bienes que

tuviese con anterioridad al matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Con la denominación de “separación de patrimonios”, se contempla un régimen de separación absoluta.

Adicionalmente y siguiendo el sistema de posible elección entre varios regímenes típicos tal como están normados, nuestro vigente Código Civil regula un sistema de elección mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio.

Ahora bien, como esa posibilidad de aceptar alguno de los regímenes legales puede no ser utilizadas por los contrayentes por no establecer absolutamente nada al tiempo del matrimonio, el Código Civil contempla como régimen legal supletorio el de sociedad de gananciales, en consideración a la comunidad de intereses económicos que genera, coincidentemente con la comunidad de vida que importa el matrimonio.

Como se indicó, este ensayo se centrará en la revisión de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable, lo que se justifica si se considera que la actual regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, revisarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993. Al efecto, evaluará también la propuesta en estas materias contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS. Ello permitirá tener un panorama actual del estado de la cuestión y de sus perspectivas de reforma.

2. Los regímenes convencionales y legales

Se sostiene, en el derecho contemporáneo, que los cónyuges deben ser libres para ordenar sus relaciones económicas al contraer matrimonio con arreglo a sus propios intereses y deseos, preconizándose incluso que debiera ser obligatorio para aquéllos el otorgar el correspondiente pacto nupcial al tiempo del matrimonio. Pero, en general, esta obligatoriedad no suele imponerse; las legislaciones prevén solamente la posibilidad de otorgar el pacto sobre régimen económico o bien la más limitada, de optar por alguno de los sistemas que previamente aparecen regulados en la ley. Como se señaló, en el Código Civil peruano, el sistema de elección entre regímenes típicos es mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio.

Ahora bien, como esa posibilidad de establecer su propia regulación o de aceptar alguno de los regímenes legales puede no ser utilizada por los contrayentes por no establecer absolutamente nada al tiempo del matrimonio, las legislaciones, para este evento, prevén con carácter supletorio un determinado régimen legal. El Código Civil peruano contempla como régimen legal supletorio el de sociedad de gananciales.

Por último, es posible que la ley no considere regímenes convencionales; sino, por el contrario, imponga un régimen legal único, forzoso, tal como ocurrió con los Códigos Civiles peruanos de 1852 y de 1936, que se refirieron sólo a la sociedad de gananciales.

De otro lado, el amplio margen que cabe en orden a la libertad de pacto, bien absoluta, bien limitada, a elegir entre varios sistemas, pero generalmente con posibilidad de modificaciones sobre los regímenes típicos, da a esta materia un aspecto plenamente contractual, pudiendo llevar a la idea de que el llamado pacto nupcial es un contrato más.

Este aspecto aparece destacado en los Códigos que a imitación del francés regularon esta materia entre los contratos bajo la denominación de contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Pero la doctrina reacciona contra esta configuración legal, considerando que existe en el régimen matrimonial un preferente aspecto institucional. Así, se sostiene que:

El régimen matrimonial tiene en realidad un carácter institucional. Esta institución es, desde luego, accesoria a la del matrimonio. Tiene su principio y fundamento en un acto de voluntad de los esposos cuando ellos mismos han elegido su régimen, y es puramente legal si no han celebrado contrato (Planiol, Ripert y Boulanger, 1952, p. 2).

En análogo sentido se manifiesta Castán Tobeñas (1941, p. 534), según el cual la naturaleza del régimen económico matrimonial:

Es más que contractual, institucional. Se trata de un complejo que puede recibir sus reglas, según los casos, de la voluntad de los esposos o puramente de la ley, pero que siempre está vinculado a la institución del matrimonio, constituyendo un accesorio de ella.

Nuestro Código Civil de 1984 regula el régimen económico matrimonial en el Libro III sobre el Derecho de Familia. La posibilidad de que los contrayentes puedan optar, entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, y que los cónyuges puedan sustituir el régimen económico vigente, demuestra la existencia en él de la autonomía privada, si bien con limitaciones para garantía de aquéllos y de los terceros. Estos límites, además de los generales de la autonomía privada, proceden en especial del aspecto institucional que el matrimonio tiene. Ellos son producto del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que imprime un matiz particular y propio al sistema familiar y del que no es ajeno el régimen económi-

co del matrimonio; no se está, pues, ante relaciones jurídicas puramente económicas. Por ello, ambos aspectos, discutidos en la doctrina, no se excluyen, sino que se integran; y, esa conjunción, en nuestro sistema se aprecia como una convención o capitulación matrimonial.

3. La autonomía privada, orden público y régimen patrimonial

Luego de la celebración, inmediatamente surge la relación jurídico-matrimonial: el objeto del matrimonio como acto jurídico. Esta relación jurídica que nace del matrimonio tiene un contenido personal y patrimonial establecido en la ley; el que por naturaleza es indisponible a la autonomía privada.

Cuando se afirma que el contenido de la relación jurídico-matrimonial es indisponible a la autonomía privada, queremos decir que, estando previstos en la ley todos los efectos que se derivan de ese estado de familia, la autonomía privada no puede modificar ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo.

Sin embargo, esto no significa que la autonomía privada no tenga otro rol trascendental en el Derecho de Familia que el de sólo crear actos jurídicos familiares como sostiene la doctrina clásica. Así, el consentimiento para casarse, el consentimiento para adoptar y ser adoptado, etc.

Se sostiene que una de las características del Derecho de Familia es que la mayoría de sus normas son de orden público, por estar referidas a la organización de la familia y del matrimonio; y que, por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente restringida en este campo del Derecho Civil, asumiendo, entonces, relevancia jurídica sólo al momento de la creación de los actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de éstos por el orden público familiar de manera indisponible.

No obstante, en cuanto a los efectos personales, ello no importa que la autonomía privada no pueda regular el contenido de la relación jurídico-matrimonial; vale decir, determinar cómo se van a cumplir los derechos y deberes que derivan de este estado de familia. Así, por ejemplo, el artículo 288 del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia; cuestión que, en sentido material, se traduce en los alimentos. Empero, la ley no señala cómo se cumplirá este deber conyugal; de qué manera se atenderán las necesidades alimentarias de los cónyuges con los ingresos percibidos por ellos. Esto corresponde a la autonomía privada y, de hecho, resulta imperceptible por ser una cuestión ordinaria, que es de todos los días.

Por eso, una revisión del sistema familiar peruano demuestra que la autonomía privada cumple un doble rol en el Derecho de Familia: primero, a nivel de la creación del vínculo jurídico familiar, segundo y quizás lo más trascendental, a nivel del contenido de ese vínculo jurídico familiar, a través de la regulación de los derechos y deberes de cada estado de familia, observando una actuación acorde al orden público familiar; interviniendo, por lo general, el órgano jurisdiccional para suplir la imprevisión de la autonomía privada y, en última instancia, para controlar la legalidad de su actuación.

Pero, en cuanto a los efectos patrimoniales, cabe preguntarse si el régimen patrimonial del matrimonio es de orden público o si el carácter imperativo se restringe a algunos preceptos de vital importancia para el régimen. No cabe duda de que la dimensión esencial y los fines del matrimonio imprimen su impronta a los efectos patrimoniales; es decir, los efectos patrimoniales son un efecto de la organización matrimonial de la familia. Sin embargo, debe apreciarse que los efectos personales son indudablemente más anejos a la esencia del matrimonio que los patrimoniales; lo que evidencia que en estos últimos existen áreas excluidas del orden público familiar. Así, durante la vigencia del régimen patrimonial, el orden público familiar rige

con la mayor intensidad en todos los aspectos de la vida económica de los cónyuges.

Pero ese orden público familiar solo emerge ante el conflicto entre los cónyuges o con terceros; pues, mientras ello no ocurra, está latente:

En realidad, las partes gozan de gran libertad, pero bajo un marco estatutario imperativo en lo atinente principios motrices de las diversas partes materiales del régimen, que en general tienen su vértice en el amparo de la comunidad económica que hace posible el desarrollo de la vida de consuno (Basset, 2010, p. 89).

Es que interesa garantizar la satisfacción de las cargas sociales y asegurar el patrimonio social matrimonial, para satisfacer la solidaridad familiar y el adecuado desenvolvimiento económico de la familia, sobre la base de la subsidiariedad del Estado. Por eso, durante este periodo, el orden público familiar se concentraba fundamentalmente en la imperatividad del principio asociativo central: el de comunidad.

De tal manera que, fenecido el régimen patrimonial, la incidencia del orden público familiar se retira y las partes retoman su pleno protagonismo autónomo:

Sin embargo, el Estado se retira gradualmente, con la misma gradualidad con la que reaparece la plena vigencia de la autonomía de las partes. El desinterés del Estado es paulatino. Pero el peso de la imperatividad se distribuye en otras líneas fuerza. Se debilita la protección de la comunidad y crece el vigor de los principios de protección de terceros y de la incolumidad patrimonial de cada parte, en donde se torna visible en forma de epígono de la comunidad, toda la intensidad del orden público (Basset, 2010, p. 90).

Por ello, la partición por mitades del régimen de sociedad de gananciales no interesa al orden públi-

co familiar en líneas generales. Es que, finalizada la sociedad de gananciales, el orden público familiar se va difuminando hacia las individualidades de la postcomunidad (disolución y liquidación). Así se comprende cómo es posible, y siempre después de disuelta la sociedad de gananciales, derogar el principio de partición por mitades, por acuerdo de los cónyuges. Ha cesado el régimen imperativo de la sociedad de gananciales y la partición ocurre precisamente a causa de su fenecimiento.

En resumidas cuentas, el régimen patrimonial está librado, en principio, a la libertad de los cónyuges, salvo las áreas que son de interés fundamental del Estado. El orden público es movable y se desplaza acompañando las vicisitudes de la vida familiar con diferente intensidad.

4. Las convenciones o capitulaciones matrimoniales

La adopción del sistema de elección y variabilidad del régimen patrimonial genera el desarrollo de los derechos de opción, a favor de los contrayentes, y de sustitución, que corresponde a los cónyuges. El ejercicio de estos derechos ocasiona el surgimiento de convenciones o capitulaciones matrimoniales; aunque la modificación del régimen patrimonial también se puede realizar con aprobación judicial o por ministerio de la ley.

Las convenciones o capitulaciones matrimoniales son los acuerdos celebrados entre los contrayentes, para adoptar un determinado régimen patrimonial que la ley autoriza a convenir, o por los cónyuges, para modificar el régimen patrimonial en rigor.

Se aprecia que, evidentemente, el contenido propio de las convenciones o capitulaciones matrimoniales es el referido a la adopción o modificación del régimen patrimonial. Pero además de esta materia se admite, en virtud del principio general de que lo que no está prohibido está permitido, la po-

sibilidad de que junto a tal estipulación principal figuren otros pactos que se relacionen con la órbita patrimonial de los cónyuges; como por ejemplo, la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, el otorgamiento de un poder amplio para que un cónyuge se encargue de la administración total o parcial de los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el conferir facultades especiales para que un cónyuge pueda realizar actos de disposición o de constitución de gravámenes sobre los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el convenir la contribución de cada uno para atender al sostenimiento del hogar, etc.

Dada la trascendencia de la separación de patrimonios en el matrimonio, se comprende fácilmente por qué las legislaciones suelen establecer una forma prescrita *ad solemnitatem* para el ejercicio del derecho de opción. Aunque también debería permitirse su ejercicio en el mismo momento de la ceremonia permitiendo su consignación en el acta de casamiento, en nuestro Código Civil se exige la escritura pública y expresamente se sanciona con nulidad su inobservancia, la que se regula por el régimen general de invalidez del acto jurídico. Adicionalmente y con el propósito de proteger a los terceros que de buena fe y a título oneroso contraen con los cónyuges, se organiza un registro que en algunas legislaciones supone una publicidad especial y, en otras, anotaciones marginales en la partida matrimonial del Registro Civil. En nuestro Código Civil se dispone, como *forma de publicidad*, la inscripción en el registro personal para que surta efectos frente a terceros (artículo 295); a quienes, entonces, se les podrá oponer el régimen patrimonial elegido.

Resulta claro que la eficacia del régimen patrimonial adoptado por los contrayentes queda subordinada a la celebración del matrimonio. Se está frente a una condición suspensiva que no es contemplada por voluntad de las partes, sino que está establecida en la ley. En tal sentido, su naturaleza corresponde a una condición suspensiva legal con

una determinación de tiempo y que surte efecto tan sólo desde la celebración del matrimonio.

De otra parte, si los contrayentes desean optar por el régimen legal supletorio resultará innecesario el otorgamiento de una escritura pública ni la inscripción en el registro correspondiente, por cuanto la previsión legislativa se impondrá inmediatamente de celebrado el matrimonio.

Para la sustitución del régimen patrimonial en forma convencional, se exige, como condición de validez, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal; precisándose, que el nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción. Sobre la formalidad para el ejercicio del derecho de sustitución, la Corte Suprema ha señalado que:

La sustitución de un régimen patrimonial por otro durante la vigencia del matrimonio debe constar en escritura pública, lo cual constituye un requisito para su validez que es la cualidad o atributo necesario de un acto jurídico para que surta efectos legales, pero su inobservancia no es sancionada con nulidad. Siguiendo la regla contenida en el artículo 144 del Código Civil, se concluye que se trata de una forma *ad probationem*, y en consecuencia las partes pueden compelerse recíprocamente a llenarla; a diferencia de lo estipulado por el artículo 295 del Código Sustantivo donde la exigencia de que el acuerdo de separación de patrimonios adoptado antes del momento de la celebración del matrimonio deba constar en escritura pública, constituye una formalidad *ad solemnitatem*, pues su inobservancia es sancionada con la nulidad del acto jurídico de conformidad con lo establecido por el inciso sexto del artículo 219 del Código acotado (Asociación No hay Derecho, 2000, p. 149).

Sin embargo, debemos precisar que, si la ley exige que la opción del régimen patrimonial se constitu-

ya por escritura pública bajo sanción de nulidad, su sustitución debe efectuarse siguiendo la misma formalidad, pues lo contrario supondría afirmar que el cambio de régimen puede efectuarse en cualquier otra forma escrita, incluso oralmente. Recuérdese que, dentro de la bipartición tradicional, la forma *ad solemnitatem* es un presupuesto de validez del acto jurídico y por eso también se les ha denominado forma *ad substantiam*, por estar prescritas para la existencia jurídicamente relevante de la voluntad negocial, “de manera que ésta, si no asume la concreción de la forma prescrita, es jurídicamente irrelevante, aunque fuese naturalmente idónea para expresar la intención” (Barbero, 1967, p. 457). Justamente el artículo 296 señala que “Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública...”, denotándose que la forma prescrita es un presupuesto de validez del mencionado acto jurídico. Con el presente caso, se ha comprobado que la bipartición tradicional no da respuestas idóneas a numerosos supuestos en los que la ley prevé una forma y, sin embargo, la no observancia de esa forma no provoca expresamente la invalidez del acto jurídico. Junto a supuestos que son claros hay otros que no encajan en la clasificación bipartita. Desde esta perspectiva correspondería seguir la clasificación tripartita de los actos jurídicos debido a la forma: “actos formales de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa, y no solemnnes” (Zannoni, 1986, p. 81).

Los primeros -actos jurídicos formales de solemnidad absoluta- son aquellos en que la forma es propiamente constitutiva de modo que, de no satisfacerse, el acto es nulo; los segundos -actos jurídicos formales de solemnidad relativa- son aquellos en que la forma legal es requerida para que el acto produzca sus efectos típicos, pero de no satisfacerse la forma, pueden producir un efecto distinto, diverso; finalmente, los actos jurídicos no solemnnes son aquellos en que la exigencia de la forma está impuesta al solo efecto de la prueba (Betti, 1959, p. 225).

Dentro de esta clasificación, la escritura pública para el convenio de sustitución de régimen patrimonial es una *formalidad absoluta*, por cuya inobservancia el mencionado acto jurídico es nulo por no cumplirse con la forma exclusivamente ordenada por la ley.

Acorde con los criterios expuestos precedentemente, en otra oportunidad la Corte Suprema también ha señalado que:

El artículo 296 del Código Civil establece los requisitos de validez del convenio de sustitución de régimen patrimonial del matrimonio, por lo que la inobservancia de tales requisitos -entre ellos, el otorgamiento de escritura pública- determina la nulidad del acto jurídico de cambio de régimen patrimonial (Asociación No hay Derecho, 2000, p. 290).

5. La sociedad de gananciales como régimen legal supletorio

La existencia de dos regímenes patrimoniales determina que, si los cónyuges no se adhieren a ninguno, necesariamente se admita un régimen legal supletorio. La tradición jurídica en nuestro país motivó que el régimen de adquisiciones a título oneroso o sociedad de gananciales sea el régimen legal supletorio. No se trata de una ficción para suponer que tácitamente ha sido aceptado por quienes hasta pueden ignorar todo lo que afecta a esta situación. El régimen supletorio opera por ministerio de la ley, en defecto de separación patrimonial convenida (artículo 295 del Código Civil) o por deficiencia de ésta.

No obstante, existen voces de reforma para implementar el régimen de separación de patrimonios como el régimen supletorio legal, con el argumento que su conveniencia se pondrá de manifiesto al momento de la disolución del matrimonio, pues

el tema patrimonial ya no será un punto de discusión.

Disentimos de este propósito. Más allá de que sea el régimen que ha imperado en nuestro país desde siempre y es el que más enraizado se encuentra con la idiosincrasia y la cultura peruana, la sociedad de gananciales se presenta como el régimen patrimonial más acorde al fin del matrimonio que es la vida común, pues evidencia una comunidad de intereses económicos que coadyuva a la consolidación de una familia. El lucro, ganancia, o incremento patrimonial que cada cónyuge experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos; siendo particularmente injusta la separación de patrimonios frente al consorte que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera o los tiene en menor medida. Siendo así, en nuestro sistema jurídico el régimen de separación de patrimonios debe seguir siendo convencional.

6. El régimen patrimonial general del matrimonio

La consideración del matrimonio como un *consortium omnis vitae* repercute en los bienes que poseen los esposos por la vinculación inevitable que se produce entre los intereses de ambos. Surge entonces que la unión conyugal requiere, como mínimo, un sistema de ordenación económica básico; y aquí es donde aparece el llamado régimen patrimonial general del matrimonio, en el cual se establecen -con carácter imperativo- deberes comunes e iguales que el hecho mismo del nexo conyugal impone a sus miembros con el objeto de salvaguardar las necesidades más primarias del matrimonio. Son disposiciones generales de orden público que tienen en mira no sólo a los cónyuges considerados individualmente sino también al núcleo familiar visto en su integridad; por cuya razón, sus reglas -además de proteger a los terceros involucrados y la

buena fe- tienden a brindar plena vigencia al requisito de la solidaridad, partiendo de la preservación del principio de igualdad jurídica en las relaciones conyugales, cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigor.

En ese sentido, es indudable el acierto de anteponer las normas más esenciales para la economía conyugal que deben salvaguardar las necesidades más primarias de un matrimonio. Esta normativa tendrá una aplicación general, sin perjuicio de las referencias en cada uno de los regímenes patrimoniales. En nuestro sistema jurídico, tales disposiciones se encuentran expresamente contempladas, aunque también otras tienen una consideración implícita que surge de las normas básicas que orientan e informan el derecho familiar.

6.1. Las disposiciones generales expresas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano.

De conformidad con el artículo 300 del Código Civil, cualquiera que sea el régimen patrimonial vigente ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según sus respectivas posibilidades y rentas; esto es, tienen el deber de levantar las cargas de la familia.

No se precisa en la ley qué debe entenderse por “sostenimiento del hogar”, pues según el régimen patrimonial puede entenderse de diverso modo. Pero, en general, debe considerarse no sólo los gastos más usuales y necesarios para el mantenimiento de la familia, educación e instrucción de los hijos, habitación, vestido y atención de enfermedades de los integrantes del núcleo, sino también a todas aquellas erogaciones que sean propias de una razonable y normal gestión de la economía doméstica.

Al respecto, debe tenerse presente que la regulación de la obligación de levantar las cargas familiares responde a la finalidad de dar cumplimiento a los

deberes conyugales que se les impone a los esposos como un código ético-jurídico. Los Mazeaud precisan que “preocupado por proteger a la familia... el legislador debe asegurar la protección del patrimonio familiar; ya que sin patrimonio, la familia no podría cumplir plenamente ni su función social ni su función económica”; agregando que, “necesaria para los esposos, la organización del patrimonio familiar lo es también para los hijos, porque gracias a ese patrimonio se podrá proveer a su mantenimiento y a su educación...” (Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud, 1965, p. 10).

El código ético-jurídico al que se ha aludido está integrado por diversas normas, las que se evidencian la existencia de uno referido al matrimonio y otro a las relaciones paternofiliales. El primero, se resume en los deberes conyugales de alimentar y educar a los hijos (artículo 287); de fidelidad y asistencia recíproca (artículo 288); y, de cohabitación (artículo 289). El segundo, se aprecia en el conjunto de derechos y deberes que impone la patria potestad a los padres (artículo 423) y en los deberes de los hijos de obedecer, respetar y honrar a los padres (artículo 454). Estos evidencian la unidad personal que resulta para los cónyuges de las nupcias, el respeto y consideración recíproca que deben ser la regla de oro de las relaciones conyugales y la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos impone a los mismos una conducta moral tal que haga posible que la unidad de la pareja sea una realidad y tiendan al sostenimiento de la familia, según los roles asumidos.

En el régimen de sociedad de gananciales, el sostenimiento del hogar se identifica con el concepto de cargas de la familia y circunscribe la actuación de la potestad doméstica o gestión ordinaria familiar. Así, en la previsión del inciso 1 del artículo 316 del Código Civil se puede apreciar la comprensión del código ético-jurídico enunciado, cuando establece que “son de cargo de la sociedad: 1. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes”. Esto es que, con los bienes comprendi-

dos en el régimen patrimonial se debe cumplir con el deber conyugal de asistencia recíproca y el deber paterno de proveer al cuidado de los hijos.

Por ello, se entiende que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas de la familia. Siendo así, la repercusión de la responsabilidad patrimonial frente a terceros debe ser precisada en los regímenes típicos. Así, en la sociedad de gananciales se establece que los bienes sociales y, subsidiariamente, los propios de cada cónyuge, a prorrata, responden de las cargas de la familia. En el régimen de separación de patrimonios, si bien no se ha previsto norma expresa, se concluye que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas de la familia, con su patrimonio personal, en proporción a la contribución que convengan.

Cuando uno de los cónyuges incumpliera su deber de contribuir al levantamiento de las cargas, *ad sustinenda onera matrimonii*, el juez, a instancia del otro reglará el aporte de cada uno (artículo 300 del Código Civil); pudiendo dictarse las medidas cautelares más convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Al respecto, téngase presente que el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos son contribuciones a las cargas de la familia y, como tales, deben ser consideradas por el juez al momento de establecer el aporte de cada cónyuge.

Como quede señalado, la conveniencia de facilitar la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia y el principio de igualdad jurídica de los cónyuges determinó que se les atribuya por igual el poder doméstico; según el cual, cualquiera de los esposos podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia (levantamiento de las cargas familiares), conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. Ello permite, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor, la necesaria flexibilidad para atender la vida familiar en su aspecto de gestión del hogar, con un sentido de igualdad para ambos

cónyuges (segundo párrafo del artículo 292 del Código Civil).

Debemos reiterar que, en el régimen de sociedad de gananciales, el poder doméstico faculta a cualquiera de los cónyuges a realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y a la conservación de su patrimonio; circunscribiéndose, por tanto, al levantamiento de las cargas sociales. En tal sentido, comprende no sólo las adquisiciones corrientes u ordinarias para el sustento cotidiano, sino todos aquellos actos que representan la satisfacción de necesidades inmediatas de la familia, conforme con la condición social y económica de ésta. Como se observa, el poder doméstico refiere tanto a actos de administración y como de disposición que tengan por objeto el cuidado de la familia; estando, también, incluidas las necesidades urgentes, aun cuando sean de carácter extraordinario. Así, por ejemplo, el suministro ordinario de bienes y servicios para la familia exige la disposición de los fondos necesarios para efectuar los pagos respectivos.

Apréciase que la administración de un patrimonio -en un sentido lato- comprende:

...la suma de la actividad de administración y de disposición que un sujeto puede cumplir en relación a un patrimonio; y que, los actos de administración o de disposición, en otros términos, constituyen la totalidad de la actividad susceptible de ser realizada por quien tiene la administración del patrimonio (Mosset Iturraspe, 1982, p. 126).

Pero en sentido restringido, el criterio clásico o tradicional ha sido distinguirlos a partir de la función que aquél cumple en relación con el patrimonio. Así, el acto de administración es aquel que, sin alterar la integridad del patrimonio, tiende a su mantenimiento, mejoramiento o generación de frutos; mientras que el acto de disposición es aquel que altera la integridad del patrimonio. De ese modo,

la actividad de “administración” excluiría todo acto que pudiera afectar, directa o indirectamente los bienes singulares que lo componen: cualquier acto del que resulte la sustitución de un bien por otro o un derecho por otro, aunque derivara, en los hechos, en una ventaja patrimonial, excedería el concepto de “administración” así entendido. La idea central es, por lo tanto, “la mantención del patrimonio en un idéntico estado, conservando inalterable la individualidad de los bienes singulares que lo componen” (Tobías, 1990, p. 247).

Pero la realidad económica permite advertir que la gestión patrimonial se desarrolla en una multitud de supuestos de una manera radicalmente diversa. Junto con una actividad económica “estática”, caracterizada por la mantención o permanencia en el patrimonio de bienes generadores de frutos, coexiste una concepción más “dinámica” de la actividad económica. Ello permite inferir la manifiesta insuficiencia del criterio tradicional. A partir del mismo, las permanentes enajenaciones y adquisiciones que requieren una ordenada y regular administración de un patrimonio se deberían considerar actos de disposición, al menos cuando ellas produzcan una “sustancial” alteración de la composición del patrimonio. También se pueden considerar como tales aquellas enajenaciones que conducen a la renovación periódica y regular de los bienes, como modo ordinario de resguardar la aptitud funcional del complejo de bienes. Empero, como se comprenderá, una conclusión de esa especie resulta decididamente disvaliosa y susceptible de comprometer seriamente el éxito de una gestión patrimonial, debido a trabas (asentimientos, autorizaciones judiciales, etc.). El resultado de la gestión está íntimamente vinculado, en esos supuestos, con la “dinámica” de la misma gestión.

Aparece clara, por lo tanto, la imposibilidad de aplicar a la gestión de estructuras patrimoniales como las descriptas, la distinción tradicional: la administración “ordinaria o regular” de esos patrimonios, caracterizados por la fi-

alidad de lucro, por su funcionalidad y por el estrecho ligamen entre los bienes y servicios, requiere una dinámica particular que la torna incompatible con la existencia de ataduras o vínculos externos (Tobías, 1990, p. 251).

Es por ello que, actualmente, la distinción se realiza sobre la base de la “trascendencia patrimonial”. Se parte de la idea que el mantenimiento de la “integridad” del patrimonio -en un sentido económico- supone la mantención de su potencialidad económica, con total independencia de la subsistencia o cambio de los bienes singulares o individuales que lo componen. La permanencia de la integridad patrimonial, por lo tanto, no resulta de la subsistencia inalterada de bienes individuales que componen el patrimonio, sino de la subsistencia de su potencialidad económica, es decir, de su aptitud para conservar su productividad y capacidad funcional. En ese sentido, los actos que exceden la administración ordinaria -denominados en nuestra legislación civil como de disposición- son los de “trascendencia patrimonial”. “El interés legal, por ello, es el de resguardo de la integridad patrimonial, en el sentido amplio antes apuntado (mantención de la potencialidad económica del patrimonio): los actos que la ley rodea de particulares resguardos -antes de trascendencia patrimonial- son aquellos que pueden poner en peligro tal integridad” (Plácido V., 2017, p. 186). Surge de todo ello la conclusión que el criterio distintivo se sustenta en la existencia del “riesgo” o “peligro” de la disminución de la integridad del patrimonio, entendida ésta como la conservación de su potencialidad económica: cada vez que el acto a celebrarse comprometa o ponga en riesgo la potencialidad económica del patrimonio se estará frente a un acto de disposición, y será de administración en caso contrario.

Son varias las críticas que se podrían formular a la teoría, como es la dificultad que supone para el tercero la determinación de si el acto que se trata pone en riesgo la potencialidad económica del patrimonio; sin embargo, es

ineludible concluir que el criterio clasificatorio debe ser necesariamente extrínseco (Fassi y Bossert, 1977, p. 77).

Es verdad que, en nuestra legislación civil, se establece que “para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquier de los cónyuges” (artículo 292, segundo párrafo); señalándose que “corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social” (artículo 313); y, se precisa que, “para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer” (artículo 315). Pero la aplicación de la teoría tradicional genera el inconveniente de requerir la necesaria intervención conjunta de los cónyuges para el suministro ordinario de bienes y servicios de la familia por la disposición del dinero requerido para los pagos; se estaría frente a un acto de disposición. En cambio, la referencia a la teoría del riesgo determina que cualquiera de los cónyuges pueda realizar aquellos actos que conducen a la renovación periódica y regular de los bienes del patrimonio; en tal supuesto, se está ante un acto de administración. De otra parte, en esta última tesis, los “actos de conservación” serían una subespecie de actos de administración y que es aquel que, importando o no una enajenación, por ser urgente o necesario tiende a resguardar un bien patrimonial en peligro.

Por otro lado, también se comprueba que la utilización de los términos “actos de administración”, en una disposición que autoriza la actuación conyugal indistinta, y “administración del patrimonio”, en otra que establece la actuación conyugal conjunta, exige utilizar el criterio de la “trascendencia patrimonial” para poder comprender los verdaderos alcances de una y otra norma.

En todo caso, no escapará al criterio que la ley no define el criterio, sino que lo “presupone”. Admitiendo la dificultad para establecer una diferenciación neta y absoluta que sirva para la variedad

y multiplicidad de situaciones en que se desarrolla, consideramos que el criterio sustentado en la integridad del patrimonio es el más adecuado a nuestra realidad, para distinguir los actos de administración y de disposición conyugal. A través de él se superan las críticas que se han formulado al criterio tradicional: ningún inconveniente existirá en calificar como actos de administración -por la inexistencia de riesgo- a aquellos actos que conducen a la renovación periódica y regular de algunos de los bienes del complejo patrimonial y a la enajenación de productos, como modo de conservar su productividad y aptitud funcional o a aquellas otras enajenaciones y adquisiciones que se realizan regularmente en una estructura patrimonial cuyo objetivo es el logro de “ganancias” a través de la diferencia entre lo que han costado y lo que se ha recibido. Es por ello, que preferimos utilizar además el concepto de “gestión” como el que más se ajusta a la actuación económica que realizan los cónyuges respecto de su patrimonio.

De acuerdo con esto, de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán los bienes sociales y, subsidiariamente, los bienes propios de ambos cónyuges en partes iguales. Este sistema de responsabilidad por las cargas sociales es una evidente garantía para el acreedor y también para la propia economía familiar: al fortalecer el crédito familiar, evita la desconfianza del acreedor sobre la incertidumbre de los bienes que responderán de la deuda.

El poder doméstico autoriza a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, pero no faculta a realizar actos de administración y disposición que excedan de ellas, lo que se aprecia en la trascendencia patrimonial de tal acto, y para lo cual se exige actuación conjunta. “El sistema de actuación conjunta de los cónyuges implica el ejercicio de una facultad compartida por ambos consortes, de tal forma que se requiere la voluntad concorde de los esposos como elemento constitutivo necesario para la validez de los actos. Se trata, pues, de una copar-

ticipación en la administración y disposición extraordinaria de bienes sociales” (Plácido V., 2017, p. 189).

6.2. Las disposiciones generales implícitas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano

a. El interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio.

“Si bien no hay norma expresa sobre el particular, por el principio constitucional de protección de la familia y por la consideración en el Código Civil de que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, está implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés familiar, como precepto rector, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor” (Plácido V., 2017, p. 190). Así como el ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, la gestión de los bienes en el matrimonio debe responder al interés familiar. Este se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales, según el caso; se constituye, pues, en la medida necesaria para afectar patrimonialmente a la familia y que, de hecho, los cónyuges utilizan en un matrimonio normal. Por ello, y ante su inobservancia por uno de los cónyuges, el interés familiar es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que lo perjudica o para verificar la realización de uno que demanda. Aquí podrá argumentarse el abuso del derecho por acción o por omisión.

La consideración al interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio surge del código ético-jurídico que se impone a los consortes para el cumplimiento de los deberes conyugales. Como se ha indicado, “el código ético-jurídico está integrado por diversas

normas que evidencian la unidad personal que resulta para los cónyuges de las nupcias: el respeto y consideración, la consulta y coordinación recíprocas deben ser la regla de oro de las relaciones conyugales y, en especial, de la toma de decisiones con repercusión patrimonial” (Plácido V., 2017, p. 191). Por ello, se impone a los mismos una conducta moral tal que haga posible que la unidad de la pareja sea una realidad y tiendan al sostenimiento de la familia, según los roles asumidos.

Dentro de esta concepción, la gestión de los bienes propios -sea en el régimen de sociedad de gananciales o en el de separación de patrimonio-, cuya regla general es que cada cónyuge conserva la libre administración de éstos y puede disponer de ellos o gravarlos, debe realizarse en armonía con el interés familiar.

Por esta razón, legislaciones como la española y la argentina contemplan expresamente una limitación al poder dispositivo de bienes propios a fin de proteger el hogar familiar, cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigencia. Establecen que para disponer o gravar el inmueble donde está constituido el domicilio conyugal y de los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere la intervención de ambos cónyuges, aunque tales bienes pertenezcan a uno solo de ellos. Por ello

es que admiten, por vía de autorización judicial supletoria y ante la negativa injustificada del otro esposo, la enajenación del inmueble o de los muebles comprendidos en el menaje ordinario del hogar².

La medida anotada tiene su razón de ser en la necesidad de satisfacer el interés familiar: salvar a cualquiera de los cónyuges de la arbitrariedad o mala voluntad del otro e impedir un ejercicio antifuncional y abusivo de los derechos.

b. La igualdad jurídica de los cónyuges

La equiparación de sexos, que asocia en el matrimonio a personas iguales en dignidad y derecho, no es otra cosa que la aplicación del principio general de igualdad de todos los seres humanos y de superación de todas las formas de discriminación.

En este principio se sustentó el legislador de 1984 para el reconocimiento de la plena capacidad de la mujer casada, abolir la autoridad marital y reformar el régimen patrimonial del matrimonio, a fin de admitir su participación en la dirección de la economía de la familia en un plano paritario con el marido; aunque, como ya se explicó, excepcionalmente mantuvo la prohibición de los cónyuges de contratar respecto de bienes sociales.

2 Así, en la legislación española, el artículo 1376° del Código Civil establece: “Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición”. Por su lado, el artículo 1377° establece: “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 autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes”. En la legislación argentina, el artículo 456° del Código Civil y Comercial establece: “Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”. A su tiempo, el artículo 458° señala: “Autorización judicial. Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo”.

La preeminencia del marido en el ejercicio de derechos personales ha desaparecido ante la actual organización de la familia. Es que en los hogares bien estructurados rige el concurso de ambos cónyuges. Queda la mujer casada en condición jurídica de igualdad respecto del marido y aun cuando se pueda pregonar que así han desaparecido incapacidades, esto no es así porque la igualdad es reconocimiento de la realidad que impulsa una organización jurídica de la familia diversa. Dentro de este contexto, el actual orden patrimonial de los cónyuges se sustenta en este principio, el cual debe ser considerado para la solución de cualquier necesidad de vida.

Se debe destacar que, en particular, es en el régimen de sociedad de gananciales en el que el principio de igualdad se proyecta en todos sus ámbitos. Ello es así, por cuanto este régimen procura distribuir en cabeza de ambos cónyuges las ganancias obtenidas durante su vigencia.

Para esto, en primer lugar, la igualdad es contemplada como una medida estricta y objetiva resultante de la comparación de títulos de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad de gananciales. Por eso, para los bienes sociales el principio importa la regla de la gestión o administración conjunta conyugal y se expresa en una igualdad cuantitativa o de cosa a cosa, que asegura la titularidad de ambos cónyuges respecto de los bienes comunes; por lo que, aquí la igualdad se la entiende en sentido de reciprocidad en los cambios de la justicia conmutativa. Es una igualdad respecto de cosas o títulos, estrictamente jurídica, y, por ello, objetiva. Pero, en segundo lugar, es en la familia en la que se dan relaciones de justicia distributiva, en las que la solidaridad adquiere visos especiales de promoción de alguno de sus integrantes más débiles. Aquí, la regla de la gestión o administración conjunta conyugal es una medida igualitaria que asegura se distribuya en ambos cónyuges las

decisiones a adoptar sobre los bienes sociales, atendiendo a las necesidades de cada uno, independientemente del rol asumido en el hogar. De esta manera, la igualdad de cosas a persona permite establecer una igualdad de resultado en la gestión de los bienes sociales. Aquí la igualdad se la entiende en sentido de necesidades de la justicia distributiva (Plácido V., 2017, p. 194).

7. Tipificación del régimen de sociedad de gananciales

Previamente, se debe precisar que lo que caracteriza todo régimen de sociedad de gananciales es la existencia de una masa común de bienes partible entre ambos cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen.

Se presenta en formas diversas, pero que siempre tienen como característica la formación de esa masa; implica, por lo tanto, una unión de intereses entre los esposos, que participan en la buena o mala fortuna de uno y otro durante el matrimonio. Por eso, hay comunidad siempre que exista una masa común partible, y no la hay si ella falta (Basset, 2010, p. 55).

Se reitera, el elemento esencial del régimen es la partición de la referida masa común. No es esencial, en cambio, que la partición se haga por partes iguales, ni tampoco la unidad de masa, administración y responsabilidad, ni la jefatura del marido.

El régimen de “sociedad de gananciales”, regulado en nuestro Código Civil está tipificado así:

a) Según la extensión de la masa común, es una comunidad restringida. Se trata de una comunidad limitada a las adquisiciones a título oneroso realizadas por los cónyuges durante el matri-

monio y a los frutos o productos de los bienes propios de ellos y de los sociales; 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. Es, pues, un régimen de comunidad limitada a las adquisiciones realizadas por el esfuerzo o trabajo de ambos cónyuges y conformada, también, por los frutos y productos de los bienes propios y sociales, que asimismo se obtiene normalmente por el esfuerzo de la administración de los mismos. Como una descripción, en el artículo 301 del Código Civil se dispone que “en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad”. Los bienes propios pertenecen al cónyuge propietario; mientras que, los bienes sociales corresponden a ambos cónyuges.

Como se ha indicado, la sociedad de gananciales es una comunidad limitada a las ulteriores adquisiciones a título oneroso. El desarrollo de esta idea básica lleva a la distinción entre bienes sociales y propios de cada cónyuge, formándose así diferentes masas patrimoniales: el patrimonio social y el separado o propio de cada uno de los cónyuges. Esto exige la precisa determinación de cada adquisición para adscribir el bien a la masa patrimonial correspondiente. Téngase presente que ninguna influencia tiene, en principio, la voluntad de los cónyuges en la determinación de la naturaleza de los bienes, los cuales serán propios o sociales atendiendo exclusivamente a las previsiones legales a que están sometidos. Vale decir, la clasificación de los bienes como propios o sociales lo realiza la ley y no la voluntad de los cónyuges. Esto responde a que el régimen patrimonial del matrimonio es un efecto de éste, cuya regulación está contemplada en la ley; por lo que, su contenido es indisponible a la voluntad de los cónyuges.

Para adscribir el bien a la masa patrimonial correspondiente, deben tenerse presente estos tres principios rectores (Plácido V., 2017, p. 216):

- *La época de adquisición.* Son propios los bienes adquiridos antes del matrimonio por los cónyuges o aquellos que, adquiridos después, lo son por una causa o título anterior (artículo 302, inciso 1 y 2). Son sociales los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio o después de su disolución por una causa anterior. Se trata de un criterio temporal para la calificación de los bienes.

Este principio rector se ve desconocido en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, cuando se pretende incorporar el numeral 4 al artículo 311 para precisar que los bienes adquiridos antes de 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 en la misma condición en proporción al valor de los desembolsos respectivos. Tal incorporación es un despropósito, por cuanto la consideración al principio rector de la época de adquisición determina el carácter propio del bien, no obstante que su precio sea pagado durante el matrimonio. Ello es así, por cuanto antes del matrimonio rigen las normas del derecho común: el adquirente de bien mueble es propietario desde que se lo entregan (tradición); el adquirente de bien inmueble es propietario desde que surge la sola obligación de enajenárselo (consensual), de conformidad con los artículos 947 y 949 del Código Civil. La regla del origen de los fondos, que tiene relevancia sobre el precio pagado, resulta inaplicable para determinar la titularidad del bien, por no estar vigente sino después de celebrado el matrimonio. No obstante, se presenta como una norma

complementaria encaminada a nivelar los patrimonios propios con el social. En tal virtud, se reconoce a los cónyuges y a la sociedad el derecho recíproco al reembolso de las cantidades anticipadas, a fin de dejar indemne el patrimonio que proporcionó dinero para adquisiciones a favor de otra masa patrimonial. De esta manera, se conserva íntegro un patrimonio a través de los sucesivos actos de disposición realizados sobre el mismo. Por ello, se concluye que en nuestro sistema jurídico el bien adquirido antes del matrimonio es propio del adquirente (artículo 302, inciso 2, del Código Civil); quien quedará obligado a reembolsar al patrimonio que proporcionó el dinero para el pago del precio, si no fue el suyo propio.

- *El carácter oneroso o gratuito* de las adquisiciones durante el matrimonio. Son propias las adquisiciones de bienes realizadas a título gratuito por cualquier de los cónyuges durante el matrimonio, tales como una herencia, legado o donación en su favor (artículo 302, inciso 3). Se trata de un criterio referido a la naturaleza del título de adquisición.
- *El origen de los fondos empleados en las adquisiciones.* Aun tratándose de adquisiciones onerosas durante el matrimonio, si ellas tienen su origen en el empleo de dinero o fondos propios, lo adquirido será propio (artículo 311, incisos 2 y 3). Por lo mismo, si se utilizó dinero o fondo social, lo adquirido será social. Se trata de un criterio basado en la regla de la subrogación real.

En atención a este principio rector, el bien adquirido durante el matrimonio y cuyo precio es pagado con dinero propio y dinero social tiene naturaleza dual: es

propio y social, a la vez, en proporción a los respectivos aportes. En ese sentido, resulta innecesaria la propuesta contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, cuando se pretende incorporar el numeral 4 al artículo 311 para reconocer la naturaleza dual del bien adquirido durante el matrimonio, cuyo precio es pagado en parte con dinero propio y dinero social

Estos principios se complementan y deben aplicarse en forma conjunta para establecer una correcta calificación del bien.

De otra parte, en el Código Civil también se atribuye expresamente el carácter propio o social del bien. Para lo primero, se contempla una relación enumerativa (artículo 302) y, para lo segundo, se preceptúa que todos los no comprendidos en esa relación son sociales (artículo 310). Sin embargo, no debe perderse de vista los principios rectores explicados. Estos completarán cualquier imprevisión en la enunciación legislativa que, por descarte, podría atribuir una errónea calificación del bien.

El artículo 302 del Código Civil trata de los bienes propios, o sea los que son adquiridos con antelación al casamiento y otros durante éste, en casos y circunstancias que los hacen incommunicables, constituyendo todos ellos el patrimonio personal de cada cónyuge. El Código vigente siguiendo la técnica en esta parte del derogado de 1936, ha tratado de completar al máximo la enumeración de los bienes propios; incurriendo en omisiones, inherentes a este tipo de enumeraciones, las que se salvan con los principios rectores para la calificación de los bienes (Plácido V., 2017, p. 223).

Así, en el numeral 4 del artículo 302 se omitió la consideración como bien propio a la indemnización por daños inferidos a bienes propios de cada cónyuge, así como la que se perciba en cumplimiento de un seguro real. Igualmente, la indemnización es un bien propio porque viene a reemplazar o a sustituir el bien en el patrimonio personal del cónyuge, quien ha sufrido la destrucción o deterioro del mismo. La regla de la subrogación real, contenida en el numeral 2 del artículo 311, viene a completar el vacío; la indemnización no puede ser calificada como social, por más que no esté comprendida en la relación de bienes propios.

Se comprueba otra omisión en el numeral 5 del artículo 302, pues sólo se refiere a los derechos de autor e inventor y no se mencionan los otros derechos inherentes a la persona como son los demás derechos intelectuales: nombre y lema comercial, marca de fábrica o de servicio, diseño y modelo industrial, etc. También lo son el derecho a la jubilación o a la pensión, porque es personalísimo y vitalicio del jubilado o pensionista. Asimismo, el derecho de asociación (artículo 89 del Código Civil), el derecho de pedir alimentos (artículo 487 del Código Civil), el usufructo paterno (artículo 440 del Código Civil). Por ello, la regla debería considerar como bienes propios a todos los derechos inherentes a la persona, y no solamente a los derechos intelectuales. Sin embargo y mientras no se realice la respectiva reforma legislativa, los demás derechos personalísimos -no mencionados expresamente en este dispositivo- deben ser considerados siempre como bienes propios por tener tal condición. El precepto de ser un bien social por no estar incluido en la relación de bienes propios resulta ser contraria a su naturaleza.

De otra parte, si bien el numeral 7 del artículo 302 expresamente solo se refiere como propias a las nuevas acciones y participaciones que se distribuyan por un aumento de capital a consecuencia de la revaluación de activos fijos en una sociedad

donde un cónyuge tiene acciones o participaciones de carácter propio; la naturaleza de las nuevas acciones y participaciones que se distribuyan por nuevos aportes o por capitalización de utilidades, se determina por el principio rector del carácter oneroso o gratuito de la adquisición durante el matrimonio. Así, las acciones que se reciban serán propias, si los nuevos aportes se realizaron con fondos propios, o serán sociales, si se efectuaron con caudal social. Respecto de la capitalización de utilidades, las acciones que se perciban serán propias por cuanto no hay contraprestación alguna para su percepción; descartándose que sean sociales por no referirse a frutos civiles, que tienen la calidad de bienes sociales.

b) Según la responsabilidad por las deudas, es una comunidad de obligaciones separadas con responsabilidad subsidiaria. Así, en principio de las deudas personales responde el patrimonio propio de cada cónyuge; sin embargo, la responsabilidad por estas obligaciones puede alcanzar subsidiariamente al patrimonio social y, eventualmente al propio del cónyuge no deudor, si es que aquéllas se contrajeron en beneficio del futuro hogar (el artículo 307 del Código Civil dispone que “las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor”) o en provecho de la familia (el artículo 308 del Código Civil señala que “los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia”). De otro lado, de las obligaciones sociales, tanto las asumidas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio del poder doméstico como también las contraídas por ambos por actos de administración y disposición que exceden de tal potestad, responden los bienes sociales y, a falta o insuficiencia de éstos, los propios de cada cónyuge, a prorrata (artículo 317 del Código Civil).

Como queda indicado, en principio, de las deudas personales anotadas precedentemente responde el patrimonio propio de cada cónyuge. Sin embargo, en los casos de los artículos 307 y 308, la responsabilidad por estas obligaciones puede alcanzar subsidiariamente al patrimonio social y, eventualmente, al propio del otro cónyuge, si es que aquéllas se contrajeron en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia.

En tales circunstancias, para que la responsabilidad subsidiaria se haga efectiva se requiere:

- La previa comprobación que la deuda se contrajo en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia. Esta disposición no desvirtúa el régimen de separación de deudas personales que hace gravitar el pago sobre los bienes propios, porque es condición que la deuda aproveche a la comunidad, y si esto se acredita habrá quedado establecida la responsabilidad subsidiaria de los bienes sociales. Su probanza está a cargo del acreedor, quien deberá acudir a un criterio objetivo para el efecto: por la finalidad a la que está destinado la obligación contraída, se comprueba el beneficio que reportarán a la comunidad. Es pues, el beneficio de la común necesidad e intereses de los que conviven en el hogar conyugal la que hace comunicable la deuda personal.
- La acreditación de la falencia del activo propio del cónyuge deudor. Como la obligación pesa directamente sobre el que la contrajo y es principio universal que el acreedor tiene como garantía el patrimonio de su deudor, se prescribe la previa comprobación de falencia de aquél, la que una vez demostrada funcionará la mencionada responsabilidad subsidiaria (Plácido V., 2017, p. 258).

Cumplidos estos requisitos, el acreedor podrá hacer efectivo su crédito con cargo a los bienes so-

ciales y, en su caso, a los bienes propios del cónyuge no deudor. Es decir, podrá emplear las medidas legales a fin de que se le procure aquello que se le adeude; entre otras, embargar y rematar bienes sociales en aplicación de la responsabilidad subsidiaria por la deuda personal de uno de los cónyuges. Y debe quedar claro que, para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, debe evidenciar el cumplimiento de los requisitos previamente anotados. Aquí se evidencia una ponderación entre el principio de protección de la familia (artículo 4 de la Constitución) y el principio de protección de los mecanismos de solución de conflictos derivados de la relación contractual (artículo 62 de la Constitución).

Sin embargo, la anotada ponderación se ve desconocida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, cuando se pretende incorporar un último párrafo al artículo 307 del Código Civil para precisar que, en tal supuesto, “*el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación*”. Esto es, cuando fenezca el régimen de sociedad gananciales que da paso a su liquidación; lo que se produce exclusivamente por hechos aleatorios, como son la muerte y la ausencia, o por la acción de los cónyuges, como la invalidez del matrimonio, la separación de cuerpos, el divorcio y el cambio de régimen patrimonial (artículo 318). Como se aprecia, ninguna de esas circunstancias depende del accionar del acreedor.

Por ello, tal incorporación es un despropósito, por cuanto coloca al acreedor en una situación de indefensión, en la medida que no podrá emplear ninguna medida legal a fin de que se le procure aquello que se le adeude; y, genera una privilegiada tutela a favor de los cónyuges, a pesar de la demostración que la obligación fue contraída en beneficio de la común necesidad e intereses de los

que conviven en el hogar conyugal, lo que hace comunicable la deuda personal.

De otro lado, el principio contenido en el artículo 309 del Código Civil y siempre que se acredite el provecho o beneficio de la deuda para la familia, determina la garantía patrimonial de los acreedores por las deudas personales de uno de los cónyuges: por éstas responden sus bienes propios y la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación. Para que esto último ocurra, debe producirse alguna de las causales de fenecimiento de la sociedad de gananciales a que se refiere el artículo 318. De ellas, como se explicó, cuatro de ellas dependen de la voluntad de los cónyuges (que se invalide el matrimonio, que se separen de cuerpos, que se divorcien, que sustituyan su régimen patrimonial) y dos del azar (que se muera o ausente uno de los cónyuges); no pudiendo el acreedor promover la disolución del régimen patrimonial del matrimonio.

A partir de ello, es evidente que el acreedor podrá dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor e inclusive embargarlos y ejecutarlos: el patrimonio responsable se forma inicialmente con sus bienes propios. Si éstos no fuesen suficientes, el acreedor tiene la posibilidad subsidiaria de dirigirse contra la parte los bienes sociales que le corresponderá a su deudor en caso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, y respecto de la parte de los bienes sociales que le corresponderá en caso de liquidación de la sociedad de gananciales, en nuestro sistema jurídico existen dos posiciones encontradas: una, que niega toda posibilidad de embargo sobre tales bienes; y, otra, que acepta su admisión, sin posibilidad de ejecutarlo (Plácido V., 2017, p. 262).

Como se ha explicado, el régimen patrimonial del matrimonio regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y con respecto a los ter-

ceros. Se trata de una ponderación entre el principio de protección de la familia (artículo 4 de la Constitución) y el principio de protección de los mecanismos de solución de conflictos derivados de la relación contractual (artículo 62 de la Constitución). A partir de ello, sus normas deben resolver con justicia las relaciones entre los cónyuges y cuidando el interés de los hijos, de la familia, de los terceros y el público. Sin embargo, la revisión de las disposiciones sobre sociedad de gananciales contenidas en el Libro III del Código Civil evidencia que éstas han tenido una especial preponderancia en regular con mucho detalle las relaciones patrimoniales de los cónyuges; si bien no descuidan de fijar el régimen de responsabilidad patrimonial frente a terceros, no se refieren a los derechos y acciones que tienen éstos como efecto de las obligaciones. No obstante, ello no importa considerarlas como un compartimiento estanco al cual no puede referirse las disposiciones generales del Derecho de Obligaciones, más aún si se comprueba que no contiene disposiciones relativas a los efectos de las obligaciones. Es evidente, pues, que el sistema jurídico constituye un conjunto interrelacionado y complementario; por lo que, es procedente remitirse a una parte de ella para resolver un asunto no regulado en otra.

Por este motivo y de *lege lata*, admitimos la tesis del embargo sin posibilidad de ejecución. Ello responde a que, por un lado, no cabe duda que el cónyuge deudor goza de derechos expectáticos sobre el bien que le pudiera corresponder a la liquidación del patrimonio social existente con su cónyuge y que el embargo es una medida cautelar que, por su naturaleza, apunta a asegurar el cumplimiento de las obligaciones; y, por el otro, un sentido de justicia nos exige impedir 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, entonces, permitirse el embargo precisando que dicho gravamen se extiende sólo sobre la

parte que le correspondería al cónyuge deudor al fenecimiento de la sociedad de gananciales y que se hará efectivo al momento de la disolución del régimen. De esta manera, se respeta la naturaleza jurídica del régimen y se concilian los intereses de los acreedores (Plácido V., 2017, p. 267).

A pesar de ello y de *lege ferenda*, debe reformarse el Código Civil a fin de dejar sentado que el embargo de bienes sociales por deudas personales provoca, de pleno derecho, la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Ello permitirá que los intereses de los acreedores se hagan efectivos, pues además de embargar podrán rematar bienes sociales por deudas personales de uno de los cónyuges; y, protegerá los intereses del cónyuge no deudor, pues la liquidación del régimen permitirá identificar su parte que permanecerá intocable.

c) Según la gestión o administración de los bienes, es una comunidad de gestión o administración mixta. Así, respecto de los bienes propios se contempla un régimen de gestión separada cuando se señala en el artículo 303 del Código Civil que “cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos”. En cambio, con relación a los bienes sociales se distingue: para los actos de administración ordinaria de la familia, es de tipo indistinta, es decir, cualquiera de los cónyuges pueden realizarlos, lo que hace presumir la conformidad del otro (el segundo párrafo del artículo 292 del Código Civil señala que “para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges”); mientras que, para los actos de administración extraordinaria de la familia, es de tipo conjunta, es decir, para su realización se requiere la actuación de ambos consortes (el artículo 313 del Código Civil dispone que “corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social”; mientras que el artículo 315 del Código Civil

precisa que “para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer”).

Con relación a los bienes propios, la regla general es que cada cónyuge conserva la libre administración de éstos y puede disponer de ellos o gravarlos (artículo 303 del Código Civil). Es claro que el ejercicio de estas facultades del cónyuge propietario debe realizarse en armonía con el interés familiar; éste se constituye en la medida para afectar patrimonialmente a la familia y es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes propios, que lo perjudica o para verificar la realización de uno que demanda (Plácido V., 2017, p. 281).

En ese sentido, sí resulta oportuna la propuesta contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, por la que se propone incorporar un segundo párrafo al artículo 303 para precisar que “aun tratándose de bien propio ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer del inmueble donde está constituido el hogar conyugal. El juez puede autorizar el acto de disposición por causas justificadas, atendiendo el interés familiar”. No obstante, es importante conocer los alcances del término “asentimiento” contenido en la propuesta; en particular, si se toma como referencia que, para que un cónyuge pueda “renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación”, el artículo 304 exige “el consentimiento del otro” consorte. Lamentablemente, en la exposición de motivos no hay ningún fundamento de ello.

Para proponer una reforma al sistema de gestión o administración de los bienes del régimen de sociedad de gananciales, el legislador debe tener presente el tipo de comunidad según la gestión o administración de los bienes sociales que se ha asumido conforme a nuestro ordenamiento ju-

rídico; por cuanto los regímenes patrimoniales del matrimonio responden al concepto que cada agrupación tiene sobre el efecto del matrimonio, no existiendo un carácter de uniformidad en el tiempo y en el espacio, y se presentan con variantes que son fruto natural de las costumbres, la tradición, la organización familiar y todos los demás factores históricos, económicos y sociales de la realidad de cada país. Por eso, se deben poner en evidencia las características del régimen de sociedad de gananciales en cuanto a la gestión patrimonial de los bienes, con relación a la organización de las relaciones patrimoniales de los cónyuges; y, dentro de ello, determinar la naturaleza jurídica de la intervención conyugal. De esta manera, quedará en evidencia la consecuencia jurídica en caso ésta no se produzca. Esta precisión fundamental, justamente, no aparece efectuada con la propuesta.

Resulta importante realizar una breve referencia histórica sobre el régimen de gestión o administración de los bienes en la sociedad de gananciales, en nuestro sistema jurídico. La comunidad de gestión marital era el tipo de administración que siguió nuestra codificación anterior al Código Civil de 1984 por el influjo del antiguo derecho francés recogido por el Código Napoleón. En este tipo de comunidad, el marido administraba no sólo los bienes sociales y los suyos propios, sino también los propios de la mujer. Pero, el reconocimiento del principio de igualdad jurídica de los cónyuges determinó su desaparición de las legislaciones; que, en nuestro caso, se inició con el Decreto Ley 17838 del 30 de setiembre de 1969 que modificó el artículo 188 del Código Civil de 1936, requiriendo la intervención de la mujer en los actos de disposición (y gravamen) de los bienes sociales. Se debe precisar que dicha reforma legislativa no introdujo el tipo de gestión o administración separada, pues conservó la comunidad de gestión marital atenuada por la intervención de la mujer en determinados actos: “El marido es el administrador de los bienes comunes con las

facultades que le confiere la ley, requiriéndose la intervención de la mujer, cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso”. Ello es así, por cuanto en la comunidad de gestión separada, mientras dura el régimen cada uno de los cónyuges administra y dispone libremente de su patrimonio propio y social, es decir, de los bienes por él adquiridos, aun cuando estén destinados a entrar en la masa partible a la disolución del régimen patrimonial. En ese régimen de comunidad de gestión separada se justifica la referencia al término “asentimiento”, con clara referencia a un acto de legitimación.

Con la Constitución de 1979, el principio de igualdad entre los cónyuges gravitó directamente en todas las esferas del régimen de sociedad de gananciales y, en particular, en el tipo de comunidad gestión o administración. Ello es así, por cuanto este régimen procura distribuir en cabeza de ambos cónyuges las ganancias obtenidas durante su vigencia. Para esto, en primer lugar, la igualdad es contemplada como una medida estricta y objetiva resultante de la comparación de títulos de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad de gananciales. Por eso, para los bienes sociales el principio importa la regla de la gestión o administración conjunta conyugal y se expresa en una igualdad cuantitativa o de cosa a cosa, que asegura la titularidad de ambos cónyuges respecto de los bienes comunes; por lo que, aquí la igualdad se la entiende en sentido de reciprocidad en los cambios de la justicia conmutativa. Es una igualdad respecto de cosas o títulos, estrictamente jurídica, y, por ello, objetiva. Pero, en segundo lugar, es en la familia en la que se dan relaciones de justicia distributiva, en las que la solidaridad adquiere visos especiales de promoción de alguno de sus integrantes más débiles. Aquí, la regla de la gestión o administración conjunta conyugal es una medida igualitaria que asegura se distribuya en ambos cónyuges las decisiones a adoptar sobre los bienes sociales, atendiendo a las necesidades de cada uno, independientemente del rol asumi-

do en el hogar. De esta manera, la igualdad de cosas a persona permite establecer una igualdad de resultado en la gestión de los bienes sociales. Aquí la igualdad se la entiende en sentido de necesidades de la justicia distributiva.

Acorde con los conceptos precedentes, ahora se comprende la referencia al término “consentimiento” en el artículo 304 para la renuncia de herencias o legados o para no aceptar donaciones, como un acto que integra la manifestación de voluntad para hacer dejación de esos derechos; y, las razones, por las que la propuesta de modificación al artículo 303 debe ser acorde con ellas.

Ahora, respecto a los bienes sociales, en el Código Civil de 1984 se ha asumido una comunidad de gestión mixta: para los actos de administración ordinaria de la familia (artículo 292), es de tipo indistinta, es decir, cualquiera de los cónyuges puede realizarlos, lo que hace presumir la conformidad del otro. Este es el poder doméstico, que autoriza a cualquier cónyuge a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia; pero, no facultad realizar actos de administración y disposición que excedan de él y para lo cual se exige actuación conjunta. Los actos de administración extraordinaria de la familia (artículos 313 y 315) es de tipo conjunta, es decir, para su realización se requiere la actuación de ambos consortes. El sistema de actuación conjunta de los cónyuges implica el ejercicio de una facultad dominical compartida por ambos consortes, de tal forma que se requiere la voluntad concorde de los esposos como elemento constitutivo necesario para la eficacia estructural de los actos. Se trata, pues, de una coparticipación en la administración y disposición de bienes sociales (Plácido V., 2017, p. 286).

Sin embargo, se sostiene que la coparticipación uxoria resulta perjudicial para el matrimonio: por un lado, “introduce un factor de antagonismo e irritación y coloca al cónyuge que debe otorgar el consentimiento ante un auténtico conflicto”

(Vidal Taquini, 1990, p. 339): si lo otorga puede resultar perjudicial; si no lo hace por desconocimiento, inexperiencia o simple capricho, quizás ocasione el fracaso del negocio, con el consiguiente resentimiento que quedará entre los cónyuges que los llevará a la desunión de sus vidas; por el otro, “afecta el dinamismo del tráfico patrimonial” (Vidal Taquini, 1990, p. 340).

Disentimos de estas apreciaciones (Plácido V., 2017, p. 298):

La coparticipación uxoria acentúa la idea de comunidad en el matrimonio: hace más viva y operante la sociedad conyugal y reafirma que los bienes sociales pertenecen a ambos cónyuges; protege al cónyuge de la mala fe del otro, evitando que cuando las relaciones empiezan a deteriorarse se pueda enajenar real o simuladamente los bienes adquiridos durante el matrimonio, burlando así los derechos del primero. En resumidas cuentas, la necesidad del acuerdo de ambos cónyuges estrecha los vínculos al conocerse la situación económica de la familia, por participar activa y permanentemente en el manejo de sus bienes y de los sociales. En lo que se refiere al tráfico jurídico de bienes y servicios, es verdad que el mantenimiento de la coparticipación conyugal como una regla única afectará su dinamismo. Es por esta misma razón que se admiten normas especiales que atienden justamente a mantener su dinamismo. Así, el artículo 315 del Código Civil señala: “*Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales*”.

Por eso, y atendiendo a la naturaleza de la intervención uxoria, conforme a la cual la voluntad concorde de los cónyuges es un elemento esencial de la estructura del acto, su no concurrencia determina su ineficacia estructural o invalidez; resultando, en estricto, un caso de nulidad por falta de manifestación de voluntad.

Así, el acto practicado sin intervención de uno de ellos es nulo por falta de manifestación de voluntad: esta se configura con la intervención de ambos cónyuges, por el conjunto de sus declaraciones de voluntad (artículo 219, inciso 1, del Código Civil). Vale decir, la falta de intervención conyugal determina la inexistencia de manifestación de voluntad. No hay voluntad declarada ni voluntad de declarar, elementos que configuran la declaración de voluntad.

Las razones de la exigencia de la actuación conjunta conyugal se aprecian cuando se considera que esta está dirigida al amparo de la familia; provocar la coparticipación de los cónyuges en los negocios jurídicos de mayor trascendencia patrimonial evita que se lesione la base económica del núcleo familiar, impide que sobrevengan actos fraudulentos que un cónyuge pretenda realizar en perjuicio del otro cónyuge. Los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio constituyen pilares del ordenamiento jurídico y son el fundamento de la actuación conjunta conyugal.

Por ello, discrepamos de la propuesta de modificación al artículo 315 contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS. Así, propone que “si uno de los cónyuges dispone o grava un bien social sin la participación del otro, dicho acto es ineficaz”. Agrega que “el cónyuge que no participó en el acto de disposición o gravamen puede ratificarlo, en cuyo caso el acto será considerado eficaz desde el momento de su celebración”.

La incorporación de esta propuesta generará una incoherencia en el ordenamiento jurídico por cuanto no considera el tipo de gestión o administración conjunta de la sociedad de gananciales regulado en el Código Civil y que se conservará a pesar de la propuesta de reforma. Al contrario, toma en cuenta al tipo de gestión o administración separada, que es ajeno y extraño a nuestro sistema jurídico, y en el que es sostenible que cada uno de los cónyuges administre y disponga libremente de su patrimonio propio y social. Por eso, cuando para determinados actos de disposición se exija el asentimiento del otro consorte, dicha intervención constituye un elemento externo que legitima el acto de disposición; por lo que, si no concurre dicho elemento externo, el acto es ineficaz respecto del cónyuge que no interviene, quien puede ratificarlo si le interesa.

Adicionalmente y sin explicación alguna de esta supresión, en la propuesta contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, se ha desconsiderado la excepción a la regla de la actuación conjunta contemplada en leyes especiales y que resulta acorde con el tracto comercial; como ocurre, por ejemplo, en la legislación sobre títulos valores (Ley 27287) en cuya sexta disposición final se 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”, rigiendo la misma norma para los valores representativos mediante anotación en cuenta; asimismo, en la legislación bancaria, financiera y de seguros (Ley 26702), respecto del contrato de cuenta corriente bancaria, se dispone en su artículo 227 que “en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúe con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta”; o en la legislación laboral sobre la compensación por tiempo

de servicios (Decreto Legislativo 650), en cuyo artículo 39 se establece que “la compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de bien común sólo a partir del matrimonio civil... y mantendrá dicha calidad hasta la fecha de la escritura pública en que se pacte el régimen de separación de patrimonios o de la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ponga fin a dicho régimen”; y, sobre la afectación en garantía, el retiro parcial o total del depósito en caso de cese, “se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador cuenta con el consentimiento correspondiente para realizar tales actos”, estableciéndose que “para desvirtuar esta presunción basta que el cónyuge ... que acredite su calidad de tal, lo manifieste por escrito al empleador y al depositario”.

De otro lado, el sistema de coparticipación conyugal requiere que ambos cónyuges puedan y quieran actuar de común acuerdo, situación normal en el matrimonio. Siendo así, ofrece el inconveniente de la imposibilidad o negativa de uno de los cónyuges para prestar su necesario consentimiento. Consecuentemente, debe preverse legislativamente un mecanismo de solución a estas situaciones.

Nuestro Código Civil establece la regla de que, sobre los bienes sociales, corresponde a ambos cónyuges practicar los actos de administración y de disposición que exceda de la potestad doméstica (artículos 313 y 315). Sin embargo, no contempla expresamente una solución legislativa a los supuestos en que uno de los cónyuges no pueda o no quiera intervenir. Estimamos, que ella debe encontrarse en el principio rector de la gestión de los bienes, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor: el interés familiar, el cual está implícito en nuestros ordenamientos por el precepto constitucional de protección de la familia. A partir de ello, puede recurrirse al órgano jurisdiccional para que autorice supletoriamente la realización del acto. La imposibilidad de intervención de un cónyuge, que provoca la no

atención de una necesidad de vida, y la negativa injustificada del mismo, que constituye una omisión abusiva del derecho de disposición del bien social, perjudican gravemente el interés familiar. Sostener la posición prohibitiva, en el sentido de que, si un cónyuge no puede o no quiere realizar el acto, este nunca se verificará, es contrariar el interés familiar (Plácido V., 2017, p. 303).

En este extremo, la propuesta de modificación al artículo 315 contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, pretende completar el vacío normativo, otorgando una solución legislativa a los supuestos en que uno de los cónyuges no pueda o no quiera intervenir; aunque, desde la perspectiva de considerar a la intervención conyugal como un acto de asentimiento: “Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendándose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo”.

En resumen, la sociedad de gananciales es la comunidad existente entre marido y mujer sobre los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, y las rentas o beneficios producidos también durante el mismo por los bienes propios de cada uno de ellos y por los sociales; correspondiéndoles a cada uno la gestión y responsabilidad de su propio patrimonio y conjuntamente a ambos la del patrimonio social que debe responder al interés familiar. A su disolución, que se produce por las causas previstas en la ley, la comunidad es liquidada; adjudicando a cada cónyuge, en partes iguales y a título de gananciales, los bienes sociales que quedasen luego de pagadas las cargas y deudas de la sociedad de gananciales.

8. Tipificación del régimen de separación de patrimonios

En nuestro sistema jurídico la separación de patrimonios constituye un régimen patrimonial del matrimonio con carácter autónomo y originario. Antes existía una separación legal con carácter de sanción por la infracción de ciertas prohibiciones matrimoniales, impuesto por la ley; que, a su vez, “era un régimen derivado al contemplarse un solo régimen originario y diversas causales de disolución de la sociedad de gananciales con el mantenimiento del vínculo matrimonial” (Espín Cánovas, 1982, p. 324).

La separación de patrimonios es un régimen convencional, que también puede ser impuesto por decisión judicial o por imperio de la ley. El carácter originario y convencional sustenta afirmar que, si los cónyuges hubieran otorgado una convención matrimonial en la que pactan que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que haya de regular sus relaciones patrimoniales, debe considerarse que tales consortes están sometidos al régimen de separación de patrimonios.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema jurídico, en donde se regula de manera restringida la separación de patrimonios por decisión judicial, la orientación actual es referir las causales a supuestos de ineptitud para la gestión patrimonial y situaciones de incumplimiento de deberes familiares con repercusión económica a la familia. Así, en el primer caso, se comprenden a la interdicción civil, a la desaparición; mientras que en los segundos, se incluyen a la condena por abandono de familia, la realización por sí solo de actos que exceden de la potestad doméstica que entrañan fraude o peligro a los derechos del otro cónyuge, la separación de hecho por más de un año, el incumplir grave y reiteradamente con el deber de informar sobre los rendimientos de sus actividades económicas y el embargo de bienes sociales

por deudas personales de uno de los cónyuges. Basta comparar para apreciar la mayor amplitud que ahora se concede a la situación separatista y la repercusión que para lograrla tiene el incumplimiento de deberes familiares.

En el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, se propone modificar el artículo 329 para ampliar los casos en que la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios puede ser impuesta por decisión judicial: “El régimen de separación puede ser establecido por el juez: a) A pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. b) Si el otro cónyuge tiene un régimen de asistencia o ha sido condenado por delito doloso. c) Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo. En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado”.

Si bien coincidimos con el propósito que se busca con la reforma, consideramos que deben comprenderse los supuestos referidos a la separación de hecho conyugal por más de un año y, sobre todo, el embargo de bienes sociales por deudas personales de uno de los cónyuges; debiéndose, además, reconocer legitimidad a los acreedores para demandar la sustitución judicial como una medida de defensa de su derecho crediticio.

De otra parte, el régimen de separación de patrimonios se funda en la independencia absoluta de los patrimonios de los cónyuges. Ello significa que pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento de iniciarse el mismo y los que después adquiere con recursos propios o sustitución, así como los frutos y productos de éstos (artículo 327 del Código Civil).

Asimismo, el principio de separación se revela tanto en la administración y disponibilidad de bienes de cada cónyuge como en su exclusiva responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que contraiga (artículo 328 del Código Civil).

Pero esta absoluta separación está moderada, en cuanto afecta a la vida familiar en la esfera del poder doméstico y de las obligaciones para atender aquellas necesidades familiares. Si bien en sede de este régimen no hay norma que regula como se atenderán las cargas familiares, la regla general del artículo 300 del Código Civil, permite concluir que los cónyuges contribuirán a su levantamiento con su patrimonio personal, en proporción a la contribución que convengan o la que establezca el juez. Esto implica que, en suma, de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, responderán ambos cónyuges.

Asimismo, el interés familiar como principio rector para la gestión de los bienes atenúa la absoluta separación. En resumen, el ejercicio de las facultades de administración y disposición del cónyuge propietario debe realizarse en armonía con el interés familiar; lo cual se aprecia marcadamente respecto del inmueble donde está constituido el domicilio de la familia. Para estos casos, como se expuso para la gestión de los bienes propios en el régimen de sociedad de gananciales, debe requerirse la intervención de ambos cónyuges.

De otra parte, es posible que surjan bienes en copropiedad si estos son adquiridos por ambos cónyuges, rigiéndose los mismos por las reglas contenidas en el libro de los Derechos Reales del Código Civil. Igualmente, es probable que ambos cónyuges asuman obligaciones comunes, ya sean mancomunadas o solidarias según como se originen; remitiéndose su tratamiento a las disposiciones del libro de Obligaciones del Código Civil.

El régimen de separación de patrimonios fenece coincidentemente cuando se disuelve el matrimo-

nio por invalidación, por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges. Hay que añadir también el supuesto de cambio de régimen por así convenirlo los cónyuges en ejercicio de su derecho de sustitución (artículo 331 del Código Civil). De ocurrir el fenecimiento de este régimen, simplemente debe entregarse a su propietario los bienes que estuviesen en poder del otro cónyuge; salvo que medie alguna eventualidad que autorice el derecho de retención, por ser este acreedor de aquel y su crédito no esté suficientemente garantizado.

9. Tipificación del régimen patrimonial de la unión estable

La tipificación del régimen patrimonial de la unión estable exige tener presente que la regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a las previsiones de la Constitución de 1979, la que hoy está derogada; requiriéndose, por tanto, su interpretación conforme a la Constitución de 1993.

Los cambios sustanciales se aprecian de la comparación de las previsiones que sobre familia contienen las Constituciones de 1979 y 1993.

La primera, en sus artículos 5 y siguientes, se refería al punto de la siguiente manera:

Artículo 5.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación...”. El artículo 9 se refería a las uniones de hecho: “Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

La segunda, en sus artículos 4 y siguientes, se refiere al tema de la siguiente forma:

Artículo 4- La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”. El artículo 5 trata el tema de las uniones de hecho: “Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

De esta visión, se aprecian dos grandes cambios sustanciales:

a) Mientras que, en la Constitución de 1979, matrimonio y familia aparecen vinculados; en cambio, en la Constitución de 1993 estos dos institutos están desvinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, por el contrario, la familia que se protege es aquella que nace principalmente de un matrimonio, aunque no es la única fuente.

b) Mientras que, en la Constitución de 1979, la unión estable no es fuente generadora de una familia; en cambio, en la Constitución de 1993, la unión estable es una fuente generadora de una familia. En la primera, es claro que la unión estable es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia; bajo el criterio de la apariencia al estado matrimonial. En la segunda, por el contrario, la unión estable es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia; ahora se sigue el criterio de la equiparación al matrimonio.

Estas premisas son fundamentales tenerlas presente, más aún si como se ha señalado en el Código Civil de 1984 se sustenta en los postulados

de la Constitución de 1979 y, por ello, toda su normatividad está formulada sobre la idea de la familia de origen matrimonial. Por esa razón, al tema de la unión estable solo se le dedica un único artículo: el artículo 326 que la regula en su aspecto patrimonial.

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión estable; extendiéndose, por tanto, el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas.

Llegados a este punto debemos responder ¿cómo determinar la concordancia entre los principios de protección de la familia, de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable, contenidas en la Constitución de 1993?

La formulamos de la siguiente manera:

a) La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión estable. Existe, pues, pluralismo familiar. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.

b) El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.

c) La unión estable por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.

d) Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión estable, dentro de la jerarquía de valores constitucionales.

A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos que se prevean para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional de la familia.

Ya se ha señalado, que la unión estable es la otra fuente generadora de una familia. Ello se aprecia del propio texto constitucional. Si bien el artículo 5 de la Constitución de 1993 alude expresamente a los efectos patrimoniales de dicha unión, no puede pasar desapercibido que el texto también refiere a la conformación de un hogar de hecho y, como es innegable, cualquier hogar se sustenta en el afecto de la pareja con fines de constituir una familia, compartiendo metas, proyectos, valores y, por lo general, para tener descendencia, dando lugar a relaciones personales entre los componentes del grupo familiar. Surgiendo, por tanto, de la unión estable una familia, esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como la principal base de constitución.

Igualmente, del texto constitucional se deducen los elementos que configuran la unión estable generadora de una familia. Así, establece que se trata de una unión entre un hombre y una mujer; por tanto, se trata de una unión monogámica y heterosexual. Agrega la ausencia de impedimentos matrimoniales en los sujetos que componen la unión de hecho. Así lo exige el texto constitucional cuando precisa que el varón y la mujer deben ser “*libres de impedimento matrimonial*”. Asimismo, resulta claro que tal unión debe sustentarse en el libre consentimiento de los convivientes, lo que exige su reconocimiento judicial para exigir los efectos derivados de la unión; por lo que, también, debe reconocerse el principio de libre ruptura para su extinción. De otro lado, si bien en el texto del artículo 5 de la Constitución de 1993 no existe referencia alguna a un plazo que deba ser fijado en la ley para el reconocimiento de la

unión de hecho, como sí lo requería el artículo 9 de la Constitución de 1979, ello no significa que el plazo de dos años continuos al que se refiere el artículo 326 del Código Civil resulte ser incompatible con el actual texto constitucional, por cuanto éste exige estabilidad en la unión.

De otro lado y conforme con el artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. De ello se deduce, en primer lugar, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es el de comunidad de bienes; y, por último, que a esa comunidad de bienes se aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente.

De estas previsiones constitucionales, se advierte claramente que los convivientes no pueden convenir una “separación de patrimonios” para regular sus relaciones patrimoniales. La previsión constitucional evidencia lo expuesto cuando señala que la unión de hecho “da lugar a una comunidad de bienes”, lo que responde al mandato diferenciador que surge del principio de promoción del matrimonio; por eso, a esta última institución, el legislador civil puede reconocerle los regímenes patrimoniales que estime pertinente, en la medida que a ello no se ha hecho referencia en el texto constitucional. Se trata de una nota diferenciadora de la concordancia de los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable, que se resume en lo siguiente: si se quiere regular las relaciones patrimoniales bajo el régimen de separación de bienes, debe contraerse matrimonio; pues si sólo se convive, se someterán al régimen de comunidad de bienes.

En ese sentido, constituyen un despropósito las propuestas de reforma a los artículos 295, 296, 326 y 327 del Código Civil, contenidas en el An-

teproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, que permiten optar o sustituir la comunidad de bienes por el régimen de separación de patrimonios; en la medida que desconocen las previsiones constitucionales que configuran la naturaleza especial del régimen patrimonial de la unión estable.

Por otra parte, debe advertirse que el artículo 326 del Código Civil de 1984, acorde al requerimiento contenido en el artículo 9 de la Constitución de 1979 que hacía referencia al “tiempo y las condiciones que señala la ley”, condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión estable, “siempre que” ésta haya durado por lo menos dos años continuos. Esto significa que, mientras no se cumpla con este plazo, los convivientes someten sus relaciones patrimoniales a las reglas de la comunidad de bienes y, en su caso, a las de copropiedad, en vista de no existir regulación sobre la primera en el Código Civil.

En tal sentido y bajo el influjo de la Constitución de 1979, una vez cumplido el plazo señalado, a partir del día primero del año tercero en adelante, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicarán las reglas de sociedad de gananciales, en cuanto fuese pertinente; lo que no importa una conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales. Esto último es relevante cuando se compruebe la impertinencia de la aplicación de las normas de sociedad de gananciales; en estos casos, las disposiciones de la comunidad de bienes y, en su caso, las de copropiedad serán las pertinentes.

Sin embargo, desde la perspectiva de la Constitución de 1993, el artículo 326 del Código Civil de 1984 debe ser reinterpretado, desde que en aquélla no existe condicionamiento alguno. En efecto, se comprueba que en el texto del artículo 5 de la

Constitución de 1993 no aparece la frase en el “tiempo y las condiciones que señala la ley”, que contenía el derogado artículo 9 de la Constitución de 1979. A ello, debe agregarse que, con la Constitución de 1993, de la unión estable surge una familia que merece protección constitucional. Por lo que, una vez cumplido el plazo señalado, con eficacia retroactiva al inicio de la convivencia, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicarán las reglas de sociedad de gananciales, en cuanto fuese pertinente; lo que no importa, como ya se dijo, una conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales. Esta interpretación del artículo 326 del Código Civil de 1984 se ajusta al principio protector de la unión estable como familia, a que se refiere la Constitución de 1993; apreciándose, conforme a dicho mandato de protección, un tratamiento idéntico al del matrimonio, en tanto se acredite que es una unión estable propia, en el que los efectos patrimoniales se producen desde la celebración de las nupcias.

Ahora, tanto el artículo 9 de la Constitución de 1979 como el artículo 5 de la Constitución de 1993, señalan que la comunidad de bienes está sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. A partir de ello, se debe apreciar que la aplicación extensiva que proponen de las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes de los convivientes tiene límites. Ello se comprueba con la frase “en cuanto le fuere aplicable”. Esto quiere decir que no se trata de una aplicación automática de tales disposiciones, sino sólo de aquellas que resulten pertinentes. Vale decir, que ante un problema patrimonial de los convivientes la solución se debe encontrar, en primer lugar, en las normas del régimen de sociedad de gananciales que resulten pertinentes aplicar; y, en caso comprobar la impertinencia de tal aplicación extensiva, sólo en este caso la respuesta estará en las disposiciones del régimen de copropiedad.

Pero ¿cómo saber cuándo una norma de sociedad de gananciales es pertinente o no aplicar a la comunidad de bienes de los convivientes? La respuesta se encuentra en los límites de la aplicación extensiva que deberán ser apreciados caso por caso.

Con la Constitución de 1979, los límites se podían deducir de los siguientes criterios: a) el respeto a la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de los convivientes; y, b) la inaplicación de las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales que establezcan excepciones o restrinjan derechos.

Sin embargo, con la Constitución de 1993 que reconoce a la unión estable como base fundante de una familia que merece protección constitucional, los límites se reducen al respeto a la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de los convivientes; en la medida que las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales que restringen derechos responden al mandato constitucional de protección. Así, en el caso del artículo 304 del Código Civil, la restricción al derecho de renunciar a una herencia o legado, o de no aceptar una donación, atiende a la conservación para la sociedad de los frutos y productos que esos bienes propios puedan generar, en caso sean aceptados; mientras que respecto del artículo 312 del Código Civil, la restricción de la libertad de contratación entre los cónyuges sobre bienes sociales pretende conservar la expectativa sobre los gananciales de futuro que puedan generar los bienes sociales.

En cuanto al respeto de la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de los convivientes, por ejemplo, no resulta pertinente aplicar la previsión del artículo 296 del Código Civil según el cual los cónyuges pueden modificar su régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Ello es así, por cuanto el régimen patrimonial de los convivientes es único y forzoso; no pudiendo, por tanto, sustituir -durante la

convivencia- la comunidad de bienes impuesta por mandato constitucional. Otro ejemplo es el referido a la impertinencia de la aplicación del artículo 324 del Código Civil que establece la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de hecho, por cuanto esta última situación importa la extinción de la unión de hecho. Vale decir, que en caso de separación de hecho se extingue la comunidad de bienes entre los convivientes y debe procederse a su liquidación; cesando de producirse derechos comunitarios.

Como se explicara, la sujeción a la verificación de un plazo para determinar cuándo son o no aplicables las normas del régimen de sociedad a la comunidad de bienes originada de una unión estable, produce que, antes del cumplimiento del plazo, los convivientes deben probar su participación en la adquisición de los bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume; mientras que, una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los mismos, correspondiendo la probanza a aquel que alega la calidad de bien propio. Sin embargo y como queda dicho, desde la perspectiva de la Constitución de 1993, todos los bienes adquiridos se presumirán sociales desde el inicio de la convivencia, una vez que se cumpla con el plazo del artículo 326 del Código Civil.

De manera general, debe considerarse pertinentes las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales relativas a la calificación de los bienes, la responsabilidad por las obligaciones, la gestión patrimonial y las de liquidación del régimen patrimonial.

10. Conclusiones

1. El Bicentenario de la Independencia del Perú se presenta como la gran oportunidad histórica para pensar lo pensado y proyectar mejoras

de futuro, en diferentes áreas y disciplinas. En el caso de los operadores jurídicos, ello importa una posibilidad para realizar una revisión integral de las instituciones jurídicas con perspectiva de reforma. Este ensayo se centrará en los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable, lo que se justifica si se considera que la actual regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, revisarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993.

2. Del matrimonio y de la unión estable derivan consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida -en uno y otro caso- crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo; por ello, es necesario organizar un régimen que determine como se contribuirá para la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, cuál será la repercusión sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros y, también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas.
3. Una regla gobierna el establecimiento de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable: debe responder al concepto que cada agrupación tiene sobre el efecto del matrimonio y de la unión estable, no existiendo un carácter de uniformidad en el tiempo y en el espacio, y se presenta con variantes que son fruto natural de las costumbres, la tradición, la organización familiar y todos los demás factores históricos, económicos y sociales de la realidad.
4. En la regulación de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable existe un ámbito de acción para la autonomía privada, si bien con limitaciones para garantía

de los cónyuges o convivientes y de los terceros. Estos límites, además de los generales de la autonomía privada, proceden en especial del aspecto institucional que el matrimonio y la unión estable tienen. Ellos son producto del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que imprime un matiz particular y propio al sistema familiar y del que no es ajeno el régimen económico del matrimonio y de la unión estable; no se está, pues, ante relaciones jurídicas puramente económicas.

5. Con la Constitución de 1993, la familia que se ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión estable. Existe, pues, pluralismo familiar. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional. Ahora bien, desde que se ordena en el texto constitucional que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que éste se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión estable, dentro de la jerarquía de valores constitucionales. Por ello, la comunidad de bienes de los convivientes constituye un elemento diferenciador que surge de la concordancia de los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable; determinándose así que, durante la vigencia de esta última, aquel régimen patrimonial sea único y forzoso.

Bibliografía

- Asociación No hay Derecho. (2000). Casación N°1345-98 LIMA del 16 de diciembre de 1998. En Asociación No hay Derecho, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Tomo II* (pp. 148-152). Ediciones Legales.

- Asociación No hay Derecho. (2000). Casación N°880-97 LORETO del 20 de octubre de 1998. En Asociación No hay Derecho, *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria* (pp. 290-291). Ediciones Legales.
- Barbero, D. (1967). Sistema de Derecho Privado. Tomo I. Ejea.
- Basset, U. (2010). La calificación de los bienes en la sociedad conyugal. Abeledo Perrot.
- Belluscio, A. (1979). Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Depalma.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. Revista de Derecho Privado.
- Borda, G. (1962). Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo I. Perrot.
- Castán Tobeñas, J. (1941). Derecho civil español común y foral. Tomo III. Reus.
- Espín Cánovas, D. (1982). *Manual de Derecho Civil español. Familia. Vol. IV*. Editoriales de derecho reunidas.
- Fassi, S., y Bossert, G. (1977). *Sociedad conyugal. Tomo I*. Astrea.
- Josserand, L. (1951). Derecho civil. Los regímenes matrimoniales. Tomo III. Volumen 1. Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Mazeaud, J. (1965). *Lecciones de Derecho Civil. Parte IV. Volumen I*. Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mosset Iturraspe, J. (1982). *Mandatos*. Ediar.
- Plácido V., A. (2017). Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones estables en la doctrina y en la jurisprudencia. Instituto Pacífico.
- Planiol, M., Ripert, G., y Boulanger, J. (1952). *Traite Elementaire de Droit Civil. Tome VIII*. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.
- Ripert, G., y Boulanger, J. (1965). Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomo IX. La Ley.
- Tobías, J. (1990). Actos de administración y actos de disposición. En *Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*. Rubinzal-Culzoni.
- Valverde, E. (1942). *El derecho de familia en el Código Civil peruano Tomo I*. Imprenta del Ministerio de Guerra.
- Vidal Taquini, C. (1990). Régimen de bienes en el matrimonio. Astrea.
- Zannoni, E. (1986). Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Astrea.