



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN
PATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA
DENOMINADA SOCIEDAD DE GANANCIALES”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Bachiller. ORTIZ ALBURQUEQUE JOSE

ASESOR:

MGTR. OMAR GABRIEL VELASCO PALACIOS

LINEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO CIVIL

PIURA- PERÚ

2018

FACULTAD DE DERECHO
Escuela de Derecho

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo siendo las 10.00 horas del 27 de noviembre 2018, con la asistencia de los señores profesores, Abogados **Dr. Marco Antonio Carmona Brenis, Leonel Villalta Urbina y Omar Gabriel Velasco Palacios**; el primero como Presidente, el segundo como Secretario y asesor, con la concurrencia de público se abrió la actuación de sustentación de TESIS para obtener el Título de Abogado (a) del (la) Bachiller en Derecho don (ña) **JOSE WALTER ORTIZ ALBURQUEQUE**.

TESIS, denominada: **"NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA DENOMINADA SOCIEDAD DE GANANCIALES"**.

Los señores miembros del Jurado examinaron al graduando de acuerdo con lo previsto en el Art. 24 inciso f) y Art. 29 del Reglamento de Graduación Académica y Titulación Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo.

Acto seguido, el Jurado procedió a la votación del examen y, verificado el cómputo respectivo el señor Presidente constató que había sido:

Aprobado por Unanimidad

Después de lo cual el señor Presidente del Jurado dio por terminada la actuación, sentándose la presente Acta que firmaron para constancia.



[Signature]
Dr. Marco Antonio Carmona Brenis

[Signature]
Abg. Leonel Villalta Urbina

[Signature]
Mg. Omar Gabriel Velasco Palacios

CAMPUS PIURA:
Av. Profundación Chulucanas s/n.
Tel.: (073) 285 900 Anx.: 5501.

fb/ucv.peru
@ucv_peru
#saliradelante
ucv.edu.pe

DEDICATORIA

A mis padres por el apoyo incondicional.

A mi amada esposa.

A mi pequeño hijo.

José

AGRADECIMIENTO

Mi sincero agradecimiento a todos mis docentes que compartieron sus enseñanzas en la Universidad, en especial a mi asesora de tesis.

Agradezco también a las personas de una u otra manera me brindaron su ayuda desinteresada en la realización del presente informe.

A todos gracias

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo ORTIZ ALBURQUEQUE JOSE WALTER, con DNI N.º 44978675, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la universidad César Vallejo.

Piura, 2018



Ortiz Alburqueque José Walter

DNI: 44978675

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

Tengo a bien presentar mi trabajo de investigación titulado: “Nulidad o anulabilidad de los actos de disposición patrimonial de uno de los cónyuges en la denominada sociedad de gananciales”; la cual es una investigación de tipo descriptiva explicativa, que ha sido desarrollada analizando de por medio la doctrina y normatividad vigente sobre este tema. Así mismo puedo decir que la tesis cumple con la estructura y lineamientos establecidos por la Universidad César Vallejo. Por otro lado el tema del que trata la investigación considero que es novedoso ya que necesita ser detallado de manera más específica en la norma, para no dar lugar a vacíos legales o de libre interpretación. También quiero manifestar que me encuentro en la disposición de poder recibir sus críticas y observaciones al trabajo que de seguro enriquecerán el mismo. Sin más que decir me someto a la voluntad del jurado evaluador.

El autor.

INDICE DE CONTENIDO

	Pág.
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Presentación	iv
Resumen	v
Abstract	vi
I. INTRODUCCIÓN	
1.1. Realidad problemática	8
1.2. Trabajos previos	11
1.3. Teorías relacionadas al tema	12
1.3.1. Matrimonio	12
1.3.2. Sociedad de gananciales	45
1.3.3. Ineficacia del acto jurídico	63
1.3.4. Nulidad y anulabilidad	65
1.4. Formulación del problema	77
1.5. Justificación	77
1.6. Hipótesis	79
1.7. Objetivos	80
1.7.1. General	80
1.7.2. Específicos	80
II. METODO	
2.1. Diseño de la investigación	81
2.2. Variables, Operacionalización	82
2.3. Población y muestra	82
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	82
2.5. Validez y confiabilidad	83
2.6. Métodos de análisis de datos	83
2.7. Aspectos éticos	85
III. RESULTADOS	
3.1. Desarrollo de los objetivos de la investigación	86

3.2. Descripción de los objetivos específicos	87
3.3. Desarrollo de la proposición formulada y respuesta a la formulación del problema de investigación	94
3.4. Aplicación de la jurisprudencia nacional	97
3.5. Aplicación doctrinal	102
IV. DISCUSIÓN	106
V. CONCLUSIONES	108
VI. RECOMENDACIONES	110
VII. BIBLIOGRAFÍA	111
VIII. ANEXOS	112

RESUMEN

La presente tesis en realidad está destinado a sugerir un cambio en su normativa en relación a lo establecido a la letra en el artículo 315° del Código Civil Peruano, y que el negocio jurídico celebrado finalmente llegue a cumplir sus efectos para los cuales estaba destinado. Si tenemos entonces que el cónyuge inocente con el acto jurídico desarrollado por su esposo(a) se vea beneficiado y resulte ser económicamente muy bueno para el intereses de ambos, y habiendo presentándose esta situación, la primera solución sería que el acto jurídico quede confirmado sea expresa o tácita, siendo que con la Confirmación explícita el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmar. Es expresar la confirmación cuando en forma directa se manifiesta la voluntad de dar validez al acto jurídico.

En la confirmación expresa, el vicio y el derecho a la anulación aparece de la manifestación de voluntad de confirmar, puesto que el agente debe hacer referencia a la causal de anulabilidad y su deseo de confirmarlo. La confirmación expresa es el acto jurídico unilateral (porque es realizado por aquel a quien corresponde el derecho de instar la anulación, sin que sea necesario el concurso de la otra parte cuando el acto anulable no es unilateral) y accesorio por el cual la parte a quien corresponde la acción de anulación declara querer la validez definitiva del acto anulable, con conocimiento de la causal de anulación y habiendo esta cesado.

De otro lado con la confirmación tácita la voluntad en el acto confirmatorio, supone aplicar que sobre el particular establece el artículo 141° del Código Civil, según el cual la manifestación es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Si bien la manifestación de voluntad es un tema de ardua discusión por la diversidad de sus variables y por la cercanía que tienen con la frontera de la manifestación expresa y con el silencio en algunos supuestos específicos.

Aplicado esto al ámbito de confirmación puede afirmarse que en este caso la actitud o comportamiento tácito tiene que ver con la ejecución total o parcial del acto anulable (viciado) por parte de quien es titular de la acción de anulabilidad, en armonía con lo que indica el artículo 231°

De otro lado ya habiendo optado por una primera solución, tenemos además de ello la protección al cónyuge afectado a través de una tutela jurídica compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el cónyuge culpable, teniendo derecho a una indemnización de perjuicios que se denomina compensatoria porque reemplaza o equivale, en primer término, a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer en todo o en parte, o que ha ejecutado defectuosamente. Decimos que esto es así, en principio, porque el acreedor tiene derecho, además, a ser indemnizado de todos los daños que indebidamente se le hayan irrogado, aunque el valor de estos sobrepase al de la prestación debida.

Finalmente, al tercero se le protegerá por actuar de buena fe buscando que el adquirente de un Derecho Registrado, no sea afectado por vicios existentes en actos registrados anteriores o por actos no inscritos, orientándose a lograr la Seguridad del Tráfico, permitiendo que la única información que se requiere conocer sea la que aparece en el Registro. No es igual en los distintos Sistemas Registrales. En el Perú, se encuentra, fundamentalmente, en el Principio de Fe Pública Registral (Art. 2014 del C.C.) y en la oponibilidad de lo inscrito (Art. 2022 del C.C.)

Palabras Claves: Nulidad; anulabilidad; actos de disposición patrimonial y sociedad de gananciales.

ABSTRACT

This thesis is actually intended to suggest a change in its regulations in relation to what is established in the letter in Article 315 of the Peruvian Civil Code, and that the legal business finally concluded to meet its purpose for which it was intended. If we then have the innocent spouse with the legal act developed by her husband (a) be benefited and be economically very good for the interests of both, and having presented this situation, the first solution would be that the legal act is confirmed express or tacit, being that with the explicit Confirmation the voidable act can be confirmed by the party to whom the cancellation action corresponds by means of an instrument that contains the mention of the act that is to be confirmed, the cause of annulment and the express manifestation of confirming. It is to express the confirmation when in a direct way the will to give validity to the legal act is manifested.

In the express confirmation, the vice and the right to the cancellation appear of the manifestation of will to confirm, since the agent must make reference to the cause of cancellation and his desire to confirm it. The express confirmation is the unilateral legal act (because it is performed by the person to whom the right to request the annulment corresponds, without it being necessary for the other party to participate when the voidable act is not unilateral) and accessory by which the party who corresponds the annulment action declares to want the definitive validity of the annulable act, with knowledge of the cause of cancellation and having ceased

On the other hand with the confirmation tacita the will in the confirmatory act, supposed to apply that on the subject establishes Article 141 of the Civil Code, according to which the manifestation is tacit when the will is inferred undoubtedly from an attitude or circumstances of behavior that reveal their existence

Although the manifestation of will is a subject of arduous discussion due to the diversity of its variables and the closeness that they have to the frontier of the express manifestation and silence in some specific case

Applied this to the field of confirmation can be stated that in this case the tacit attitude or behavior has to do with the total or partial execution of the voidable act (stale) by the person who owns the action of nullity, in harmony with what it indicates Article 231°.

On the other hand, having already opted for a first solution, we also have the protection of the affected spouse through a compensatory legal guardianship for the loss of the property of the social patrimony against the guilty spouse, being entitled to a compensation of damages that is denominated compensatory because it replaces or is equivalent, in the first place, to the benefit that the debtor has failed to satisfy in whole or in part, or that has executed defectively. We say that this is so, in principle, because the creditor has the right, in addition, to be compensated for all the damages that have been unduly paid, even if the value of these exceeds that of the benefit due

Finally, the third party will be protected for acting in good faith seeking that the purchaser of a Registered Right, is not affected by vices existing in previous registered acts or by unregistered acts, oriented to achieve Traffic Safety, allowing the only information what is required to know is that which appears in the Registry. It is not the same in the different Registration Systems. In Peru, it is found, fundamentally, in the Principle of Public Registration (Art. 2014 of the C.C.) and in the effectiveness of the inscribed (Art. 2022 of the C.C.)

Keyword: Nullity; avoidability; acts of patrimonial disposition and community of acquisitions.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática.

Los actos jurídicos son celebrados para que sean eficaces jurídicamente, sin embargo pasa que en muchos casos los actos jurídicos no son eficaces, porque no produce los efectos normales siendo calificado de ineficaz, tanto cuando no se dan los efectos perseguidos o cuando se hacen cesar, o los efectos que no pueden valerse frente a ciertas personas.

Jiménez (2005); considera que:

“[...] en nuestro país, el debate doctrinal sobre la inexistencia, éstos, consideraban que; se produce la inexistencia cuando la falta de un elemento sea de tal relevancia que impida hasta la apariencia de un acto jurídico, lo cual determina que no pueda producir efectos ni siquiera negativos”. (p. 156).

Para Avendaño (2007); manifiesta que: *“[...] los actos ineficaces son aquellos que nunca han producido efectos jurídicos o que habiéndolos producido dejan de producirlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico”. (p. 137).*

Cabe precisar que se entiende por patrimonio autónomo aquel que en vida propia sin necesidad de estar vinculado a un sujeto de derecho, son un conjunto de derechos y obligaciones que no están imputados a una persona determinada. Consecuencia de ello es que los bienes sociales constituyen en buena cuenta, un patrimonio autónomo, que no pertenece ni al marido ni a la mujer ni en forma material, no en cuotas ideales, y para el cual el ordenamiento jurídico establece reglas especiales que permite el ejercicio de los atributos inherentes al derecho de propiedad, con determinadas características particulares.

Como se explicara, la regulación es distinta de la establecida para el caso de los bienes propios así como de los que se tienen en copropiedad. Siendo

que el patrimonio autónomo está integrado por lo siguiente: a) sociedad de gananciales del matrimonio, b) condominio o copropiedad, c) bienes de asociaciones, comités y fundaciones irregulares.

La anulabilidad es la forma menos grave de la invalidez negocial, y lo es porque a diferencia de lo que ocurre con la nulidad supone que la irregularidad que presenta el negocio únicamente afecta el interés de la parte (o de una de las partes) que lo celebra. Como consecuencia de ello la anulabilidad, no determina que el negocio no produzca las consecuencias a las cuales está dirigido sino solamente que dichas consecuencias puedan ser, durante cierto lapso, destruidas por la parte afectada por la irregularidad; por lo menos teóricamente la anulabilidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente:

De acuerdo al artículo 2014 del Código Civil:

“[...]”

a. La eficacia precaria del negocio;

b. La posibilidad de que el negocio sea saneado,

c. La naturaleza constitutiva de la sentencia que compruebe su existencia. Claro está que la nulidad no podrá ser alegada contra terceros que actuando de buena fe y a título oneroso adquieran algún derecho de un cónyuge que en el Registro Público aparece con facultades para otorgarlo”.

Pero, como el interés afectado no es otro que el del cónyuge que no interviene para controlar el poder dispositivo de bienes sociales y puede suceder, por el contrario, que, aun sin su consentimiento, no tenga nada que oponer al acto realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien que prefiera proteger su interés de algún otro modo, de acuerdo con su consorte, no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende del arbitrio del cónyuge no interviniente. En tal sentido, solo éste puede decidir sobre su impugnación o convalidación expresa o tácita. Esta última se produce cuando el cónyuge no interviniente asume un

comportamiento acorde con los efectos del acto realizado sin su participación.

Como se ha explicado, nuestro Código Civil admite, como regla general, que corresponde a ambos cónyuges su realización, salvo que cualquiera de ellos faculte al otro mediante poder especial. Sin embargo concibo la idea que sería lógico que mientras no existiera la voluntad del otro cónyuge, pero a raíz del contrato dicha persona obtuviera un beneficio económico y no se le afectara sus intereses, podría hacer posible que el contrato surta sus efectos, por ejemplo con su aceptación tácita o expresa, a través de una Escritura Pública. De ser lo contrario considero que sería perjudicial para el tráfico comercial.

Rescatar del mismo modo que las diversos plenos ya se acogen a lo que sería como causal de anulabilidad, en razón a que de la lectura de los plenos se apreciaba también que el ordenamiento jurídico protegerá al tercero que celebros el contrato de buena fe en el sentido que desconocía el estado civil del cónyuge culpable. Además, se dice que el cónyuge inocente tendrá una tutela jurídica compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el cónyuge culpable. Como es de apreciarse también se da una salida para el cónyuge perjudicado la tutela compensatoria contra el cónyuge culpable, y a la vez hace prevalecer la buena fe, la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica.

Tenemos por ejemplo que a si se adoptara la postura como causal de anulabilidad, esta postura no perjudica el tracto comercial, ya que para ello se autoriza que leyes especiales puedan establecer excepciones; como ocurre, por ejemplo, en la reciente legislación sobre títulos valores; Ley N° 27287; en cuya sexta disposición final se establece que: “[...] *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.

1.2. Trabajos previos.

Como indica Nissen (1998) en su trabajo referido “Cabe sostener que en ausencia de soluciones específicas, en especial en cuanto a los efectos de la nulidad del acuerdo asambleario, se debe recurrir al ordenamiento civil, como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 384 de la ley 19550, que al incorporarse al Código de Comercio, hace procedente la remisión al Código Civil de conformidad con las normas antes descritas.

Sin embargo una breve lectura de los arts. 1037 a 1065 del Código Civil argentino nos demuestra la improcedencia de la aplicación in totum de esas disposiciones al tema que nos ocupa sobre todo por la naturaleza del contrato de Sociedad, considerado por el propio legislador como un contrato plurilateral de organización, que no se agota con el cumplimiento de las prestaciones por parte de los socios, sino que supone una actividad permanente dentro del tráfico mercantil, lo cual descarta muchas de las previsiones establecidas por el Código Civil en materia de nulidad, pensadas casi exclusivamente por los actos jurídicos bilaterales, y cuya consecuencia no es otra cosa que la vuelta de las cosas a su estado originario, como si el acto viciado nunca hubiera sido celebrado (Art. 1050 del CC argentino).

Ello, como fácil es imaginar, no es compatible con el derecho de las sociedades, pues la aplicación del art. 1050 del Código Civil afectaría legítimos intereses de los terceros que han contratado con la sociedad, para quienes las deficiencias que han afectado a la constitución de la Sociedad o el regular funcionamiento de sus órganos son cuestiones que le resultan extrañas. Es, pues, impensable considerar, al menos como principio general que el acuerdo social que ha sido ejecutado o ha tenido principio de ejecución, debe ser tenido, frente a una decisión judicial invalidatoria, como si el nunca hubiera sido celebrado, pues ello no sería otra cosa que una ficción jurídica incompatible con la verdad de lo acontecido y fuente de injusticias y perjuicios para terceros de buena fe.

Basta imaginar los perjuicios que ocasionaría al tráfico mercantil y la inseguridad que generaría la aplicación del art. 1050 del C.C., frente al supuesto de declararse la nulidad de la designación de un determinado directorio, pues debería de ello derivarse la nulidad de toda contratación efectuada por ese órgano de administración con posterioridad a su viciosa designación, lo cual es sencillamente impensable”. Esta argumentación tan claramente expresada por Nissen puede aplicarse perfectamente a nuestra realidad jurídica, no solamente en el caso de los efectos generados por las decisiones de los Órganos de Sociedades Anónimas sino también en el caso de las Asociaciones o a las personas jurídicas sin fines de lucro en general, en donde la invalidez declarada judicialmente de los actos que hayan sido expedidos por los órganos asociativos respectivos (Asamblea General, Consejo Directivo) no puede perjudicar los derechos adquiridos de terceros de buena fe ni perjudicar el normal desenvolvimiento del ente¹¹⁵ .

1.3. Teorías relacionadas al tema.

1.3.1. Matrimonio.

1.3.1.1. Origen.

Eduardo (1990); manifiesta que:

“[...] la institución del matrimonio es tan antigua como el hombre mismo. En los pueblos primitivos se practicó el matrimonio por raptó y por compra, caracterizado porque aquel fue mas violento que este a título lucrativo; sin embargo, se le considero como un acto muy serio del que dependía la perpetuidad de la familia y de sus cultos, por eso su celebración se llevaba a efecto con mucha seriedad, rituales e inclusive sacrificios”. (p. 123).

El matrimonio en el derecho romano tuvo carácter monogámico y admitió varias formas como: la **confarreatio** o matrimonio reservado para patricios, que se cumplió en presencia de la estatua de Júpiter, de un pontífice y de diez testigos; la **coemptio** o matrimonio por

compra que al principio fue efectiva y luego meramente simbólica ; y el **usus** que fue la adquisición de la mujer por una suerte de prescripción durante un año y que diera lugar a la **usurpatio trinoctii** (abandono del lecho conyugal durante tres días al año). Igualmente, el matrimonio **cum manus** consistió en una especie de adopción de la mujer por el marido y el matrimonio **sine manus** en el concubinato tolerado.

Borda (1969), manifiesta que:

*“[...] en el derecho germano el matrimonio era una institución civil consistente en la compra simbólica de la mujer, como es el caso de la **gifta** o matrimonio en la puerta de la iglesia, que simboliza la transferencia de la potestad paterna a la marital por la entrega de dinero, armas, ganado, etc. Con posterioridad, el trueque matrimonial quedo reducido a la mera promesa o desposorios”.*

En el derecho medieval, la iglesia tomo la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que se reafirmó en los Concilios de Letrán (siglo XIII) y de Trento (siglo XVI). Se consideraba así el matrimonio canónico como un contrato y al mismo tiempo como sacramento. En esta etapa como en toda la antigüedad fueron los padres quienes concertaban la celebración del matrimonio en lugar de los directamente interesados.

Se entiende que el matrimonio religioso tenía carácter indisoluble porque solo concluye con la muerte, bastando para ello dos testigos, sin que sea necesaria la concurrencia del eclesiástico. Además la relajación medieval permitió la realización del matrimonio o juras o clandestino y la práctica de la barragania.

Al iniciarse el derecho moderno, el edicto de Nantes permitió a lo protestantes casarse ante sus pastores, pero la expulsión de sus ministros torno difícil la situación, ya que en 1685 los protestantes fueron obligados a casarse nuevamente ante sacerdotes católicos. Se

inicia así la lucha por descomponer el matrimonio en sacramento, cuya validez solo pertenecía a la iglesia y sus tribunales y contrato con efectos civiles cuya competencia les correspondía solo a las jurisdicciones laicas.

La lucha por la laicización del matrimonio recrudece en el siglo XVIII durante la revolución francesa al extremo que el código de Napoleón la consagra definiendo el matrimonio como una institución esencialmente civil lo que ha influenciado en la mayor parte de las legislaciones civiles del mundo.

De este modo el matrimonio civil particularmente burgues es considerado como un contrato, como una cuestión de derecho que depende en la mayor parte de las veces, de consideraciones económicas sociales y culturales al punto de convertirse a la mujer en instrumento de producción y también en objeto sexual. Solo por excepción se presentan cosas de matrimonios basados en el amor y concertados con toda libertad lo que constituye regla para las clases oprimidas.

En el derecho comparado actualmente existen diversos sistemas matrimoniales como el indeterminado y el determinado. De acuerdo con el sistema indeterminado llamado también confesional, no se exige formalidad conocida para la celebración del matrimonio, pues se trata de un régimen propio de los pueblos antiguos que reconocían efectos jurídicos a todas las formas matrimoniales a los católicos se les aplicaba disposiciones del Concilio de Trento, a los luteranos las suyas, a los judíos de su religión, etc. Este sistema rigió en Bulgaria antes de la Segunda Guerra Mundial. (Cornejo, 1985).

En cambio el sistema determinado o único asume a su vez los siguientes subsistemas;

A. Exclusivamente religioso, que solo reconoce el matrimonio contraído según la religión oficial del estado como ocurre en Grecia.

- B. Exclusivamente civil, que reconoce efectos solo al celebrado por un funcionario público o autoridad competente por exclusión de la idea religiosa. Tal acontece en: Francia, Alemania, Suecia, Portugal y en la mayoría de países latinoamericanos.

El sistema mixto que tiene a su vez dos modalidades:

- A. El Facultativo; que ofrece elegir entre la forma religiosa y la civil, pero que ambos producen los mismos efectos jurídicos.
- B. El subsidiario, que considera una forma principal y otra accesoria como ocurrió en el sistema del Derecho español de 1981.

En lo que atañe al Perú específicamente el código de 1852 adoptó el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones de Concilio de Trento. El 23 de diciembre de 1897 se reconoció dos formas matrimoniales:

- a. La canónica para los católicos
- b. La civil para los no católicos.

Mediante Decreto Ley 6889 se secularizó el matrimonio, en tal forma que los códigos civiles de 1936 y 1984 adoptan el sistema exclusivamente civil. (Cornejo, 2000).

1.3.1.2. Naturaleza jurídica.

Bautista (2007); considera que:

"[...] durante cerca de un siglo, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó, porque la respuesta era casi unánime e indiscutida: se consideraba el matrimonio civil como un contrato. Pero desde principios del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han renunciado a ella para sustituirla por otras ideas, la más extendida de las cuales consiste en considerar al matrimonio como una institución. Se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado, que

forma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse; una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente”. (p. 132).

Esta nueva doctrina tiene la ventaja de arrojar una luz viva sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio. Pero no hay que exagerar la parte de verdad que contenga, ya que si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene también naturaleza de contrato.

Cornejo (2000); manifiesta que:

*“[...] el matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado; el oficial del estado civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso se explica también que los esposos no pueden en modo alguno modificar los efectos del matrimonio, ni poner fin a él por el **mutus dissensus** y que la teoría de las nulidades del matrimonio, se aparte de las nulidades contractuales del derecho común. Por eso se justifica finalmente la aplicación inmediata en materia matrimonial de las leyes nuevas a matrimonios ya celebrados, mientras que los efectos de los contratos celebrados antes de regir determinada ley son respetados en principio por ésta”. (p. 211).*

Peralta (1996); expresa que:

“[...] pero el matrimonio no deja de ser un contrato al mismo tiempo que una institución. Si la doctrina del siglo XIX no ha puesto suficientemente en claro su carácter de institución, no hay que caer en una reacción exagerada, olvidando su carácter contractual. Eso sería ponerse en contradicción con las declaraciones más formales de los creadores del

matrimonio civil, bajo la Revolución, y de los autores del mismo Código Civil. Sería, además, colocarse en la imposibilidad de darse cuenta de una serie de disposiciones de nuestra legislación. ¿Cómo explicar, si el matrimonio no es un contrato, el papel preponderante atribuido al consentimiento y que establece el art. 146 en una fórmula lapidaria: no hay matrimonio cuando no hay consentimiento»? ¿Cómo explicar que por lo menos una parte de la teoría de los vicios del consentimiento se haya introducido en esta materia? ¿Cómo explicar que, en una institución de orden público, no sean todas las nulidades absolutas? La única concepción que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez". (p. 153).

1.3.1.3. Teorías sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

A. Tesis contractual.

Comprende dos posiciones; la contractualista canónica que conceptúa al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido, resaltando la libre y plena voluntad de los contrayentes que tienen la condición de bautizados y que constituyen el vínculo, como función esencial sustentada en el principio expresado en el primer libro de la Biblia bajo el enunciado de: “[...] lo que dios unió, no lo separe el hombre”; fundamentando a su vez de la indisolubilidad del matrimonio, y la contractualista civil tradicional, para la cual los contrayentes varón y mujer celebran convenio en cuya virtud se dan recíprocamente el dominio de sus propios cuerpos en orden a la generación de la prole con la obligación de cohabitar en un régimen de vida inseparable y que responde a la concepción clásica del contrato en el campo del derecho privado bajo la enseñanza de los

franceses Rousseau , Montesquieu y Voltaire, para quienes, al ser un acto jurídico gobernado por la autonomía de la voluntad, al contrato permite a los cónyuges proceder a la rescisión o resolución del contrato matrimonial del mismo modo que las partes rescinden, resuelven o revocan un contrato. (Peralta, 1996).

Max Arias – Schreiber (2002) explica que:

“[...] en relación con el tema, se señala que también, durante este siglo, se perfila otra concepción contractual de distintos alcances, que distingue al contrato como acto jurídico de la disciplina normativa del contrato, que puede o no está regida por la autonomía de la voluntad. Se trata de un contrato de derecho familiar que no está librado a los dictados de la autonomía de la voluntad y que no puede ni rescindirse ni resolverse así como tampoco estar sujeto a modalidades en razón de que esta disciplina viene regulada por la ley que establece los derechos y deberes irrenunciables y recíprocos de los cónyuges, según el cual el matrimonio sería acto de poder estatal o acto jurídico complejo”. (p.211).

B. El matrimonio como negocio jurídico del derecho de familia.

El siguiente giro doctrinal desemboca en la calificación del matrimonio como un negocio jurídico complejo. Se define la naturaleza del matrimonio como negocio bilateral típico del Derecho de familia. Son criticados los partidarios de esta teoría por entenderse que sólo realizan abstracciones conceptuales. Esta propuesta presenta las mismas dificultades de concreción del conjunto normativo aplicable al matrimonio que genera cualquier apelación al negocio jurídico, sin atender nada más que a los aspectos formales. (Bossert, 1989).

1.3.1.4. La institución matrimonial.

Resulta indiscutible que la noción de matrimonio requiere ante todo una base convencional, un acuerdo, que deberá conllevar un deseo

de compartir la vida con el otro cónyuge. Sin embargo, el consentimiento de varón y mujer no es suficiente ni bastante para determinar por sí mismo la verdadera existencia del matrimonio, porque el denominado estatuto matrimonial queda enteramente sustraído a la voluntad de los contrayentes (salvada la decisión sobre régimen económico) y resulta establecido por la legislación aplicable de forma imperativa. La expresión estatuto matrimonial resalta la existencia de un conjunto normativo propio aplicable al matrimonio, que demuestra que para el Derecho la relación matrimonial es una institución propia y autónoma.

Cornejo (2000); considera que:

*“[...] es necesario reconocer y establecer que, **in strictu sensus**, el acto jurídico matrimonial no es contrato sino acto jurídico bilateral ejecutado y constituido por los contrayentes quienes expresan su consentimiento con arreglo a la normatividad legal”. (p. 98).*

Para esta posición, existe siempre al decir la estructura del acto de la celebración del matrimonio un nexo concurrente del consentimiento, la ley y la actuación constitutiva del funcionario de los registros del estado civil tratándose de una situación jurídica cuyas reglas están fijadas anticipadamente por el legislador, independientemente de la voluntad de los contrayentes, cuya autonomía es eficaz solamente para expresar su adhesión al conjunto de normas impuestas por el Estado en esta materia y que resulta luego impotente para retractarse de tal adhesión en razón que los efectos del matrimonio se producen automáticamente.

Cornejo (2000); afirma que:

“[...] se trata, entonces, del matrimonio entendido como institución de orden público dado que el funcionario interviniente comprueba el consentimiento matrimonial expresado por los contrayentes y además, exige el

cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley, y en el que los contrayentes, si bien son libres para prestar dicho consentimiento matrimonial, una vez contraído el matrimonio no pueden sustraerse a los efectos de la institución, porque esta regida por conjunto de normas que fijan las obligaciones y derechos de los consortes tanto en sus relaciones internas como externas, elevando así el rango del matrimonio". (p. 127).

1.3.1.5. Noción jurídica.

El termino matrimonio deriva de la voz latina **matrimoniun**, que significa estado de madre, y de las voces griegas **matri** (madre) y **nunium** (oficio); originalmente era la madre quien se encargaba de cuidar a los hijos o a la familia; esto es que el termino matrimonio se relacionaba con el oficio de la madre de cuidar y educar a los hijos.

Se define también al matrimonio como: la sociedad legitima del hombre y la mujer que se unen con vínculos indisolubles para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida y participar; también lo define como la: “[...] *carga o gravamen para la madre*”.

Sánchez; citado por Couture (2002), lo define como:

*“[...] que es la mujer quien ostenta el mayor peso tanto antes como después del parto. En cambio en Francia, en Italia y en Inglaterra; no reconocen la misma raíz etimológica los sinónimos de matrimonio; donde se dice: **mariage**; palabra derivada de marido”. (p. 68).*

Existen muchas definiciones que se dan y se han expresado en relación con el matrimonio. Citaremos algunos conceptos vertidos por los especialistas. La definición que da la Real Academia de la Lengua es: “[...] *unión de varón y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales*”.

Carlo, (1954) define al matrimonio como:

“[...] la noción del matrimonio puede parecer a primera vista tan intuitiva; tal común a todas las épocas históricas y a todos los países; que no necesite definiciones ni explicaciones. Pero apenas se mira un poco más adentro en el instituto, se observa que realmente en la evolución histórica, en el derecho comparado y hasta en los vínculos singulares, tal como se presentan bajo el imperio de una misma ley se advierten los más variados elementos”. (p. 152).

Planiol y Ripert, (1946) sostienen que:

“[...] el matrimonio es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre si una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad [...] el matrimonio crea una asociación entre los dos esposos; con obligaciones recíprocas pero su objeto esencial es la creación de la familia”. En el fondo, no es otra cosa que la unión sexual reconocida por la ley puesto que la procreación de los hijos crea deberes para los padres”. (p. 235).

Arias (1952); señala que: *“[...] el matrimonio es la unión permanente; exclusiva y lícita del hombre y la mujer; esto significa que sean respetadas las exigencias legales de forma y de fondo”. (p. 99).*

Valverde (1965), expresa por su parte:

“[...] el matrimonio es una institución social que se caracteriza por su unidad expresada en la forma monogamia, en la dirección del hogar atribuida al marido y en la subordinación de los múltiples fines; por la permanencia que es consustancial de la vida misma, de la sucesión del casamiento y que se ofrece en función de la necesaria protección a los hijos; objetivo vinculado a la conservación y perfeccionamiento de la especie, y por la tanto en la legalidad que esta ley establece fuera de la voluntad individual, un régimen jurídico e inalterable para los contrayentes”. (p. 173).

Cornejo (1985); por su parte refiriéndose al matrimonio señala que:

“[...] en el lenguaje del derecho, la misma palabra matrimonio se usa para designar el acto creador de la unión conyugal, esto es el compromiso que asumen los contrayentes para cumplir los deberes que imponen el matrimonio como estado. [...] matrimonio; el hombre y la mujer asociado en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley; se complementan recíprocamente y cumpliendo los fines de la especie la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia”.
(p.157).

Vidal (2000); por su parte sostiene que:

“[...] el matrimonio entendido como relación o vínculo ya constituido (la llamada sociedad conyugal) es un núcleo elemental y el fundamento de la familia; incluso sirve para constituir el mismo la familia, aun antes o independientemente del nacimiento de los hijos [...] es la plena e íntima comunidad de vida espiritual y material; dentro de tal finalidad se halla el carácter ético y elevado respecto del propósito último del matrimonio”. (p. 83)

En nuestra sociedad y en nuestra cultura cabe afirmar que el matrimonio es la unión estable entre hombre y mujer que tiene por objeto compartir la vida y sus avatares. En esta aproximación inicial se dejan de lado los aspectos divinos. No obstante, el profundo desarrollo canónico del matrimonio ha influido notoriamente en numerosos aspectos que constituyen la regulación jurídico-civil del mismo. Interesa destacar algunas notas propias del matrimonio en nuestra cultura que resalten los aspectos fundamentales de la unión matrimonial.

De otro lado no puede ignorarse que el matrimonio es una unión para una obra común, lo que es lo mismo una unión para unos fines; desconocer esta peculiaridad llevaría no comprenderlo bien. Existen

corrientes de pensamiento que acentúan la unión de amor y desplazan, hasta ignorarla, la obra común para ellas, el matrimonio es compañerismo una especie de relación de amistad, caracterizada solamente por la índole sexual de amor, encerrada en la relación interpersonal y sustentada en la más estricta indiferenciación e igualdad entre varón y mujer; sin proyectarse en unos fines y sin otros deberes intrínsecos ni lazos jurídicos que los propios de una amistad.

Esta disposición desvirtúa la institución cuyo rasgo característico es la obra común a la que se obligan varón y mujer, esto es ambos esposos y que es consecuencia necesaria de la diferenciación que existe entre ellos por obra de la naturaleza.

Por último Valverde (2002); afirma que:

“[...] el matrimonio conlleva de modo esencial una obra común el hogar y los hijos. Y no es esto una mera consecuencia de lógico deseo que tienen dos personas que se aman de estar juntos; no, es simplemente una forma privilegiada de convivir”.
(p. 93)

1.3.1.6. Deberes y derechos que surgen del matrimonio.

El estado marital suscita una serie de relaciones entre los cónyuges y entre los cónyuges y sus hijos. Las relaciones que nacen del matrimonio pueden ser clasificadas en dos grupos:

- a. Las relaciones de orden personal y
- b. Relaciones de orden patrimonial o económico.

Ambos grupos de relaciones han sido tratadas por las doctrinas y reguladas por distintas legislaciones. El Código Civil Peruano ha regulado estas relaciones en forma independiente:

- a. Las relaciones personales entre los cónyuges en el título II de la Sección Segunda- Sociedad Conyugal del Libro III-Derecho de Familia; artículos 287° a 294°; y

- b. Las relaciones de orden patrimonial o económico: en el Título III de la Sección y Libro I antes citados, artículos 295° a 331°.

Cornejo (1985); considera que en cuanto se refiere a las relaciones personales de los miembros de la familia interesa afirmar que:

“[...] si es cierto que el ordenamiento jurídico no puede ignorar las relaciones personales de los miembros del grupo doméstico, también es verdad que solo puede señalar las reglas generales, porque sería imposible gobernar en detalle los innumerables episodios de la vida íntima y cotidiana del núcleo familiar”. (p. 117).

El rol de la autonomía privada en el derecho de familia, en cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges, interesa tratar del rol que la autonomía privada desempeña en el derecho de familia. La celebración del matrimonio importa la expresión de voluntad de los cónyuges, el consentimiento, es determinante en la celebración de un matrimonio válido.

Marx Arias – Schreiber (2002) afirma que:

“[...] la relación jurídica que nace del matrimonio tiene un contenido personal y patrimonio establecido en la ley, el que por naturaleza es indisponible a la autonomía privada, y a modo de aclaración precisa, que cuando afirmamos 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 modificarse ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo. Se sostiene que una de las características del derecho de familia es que la mayoría de sus normas son de orden público y que por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente restringida en este campo del derecho civil; asumiendo entonces relevancia jurídica solo al momento de la creación de

actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de estos por el orden público familiar indisponible. A modo de comentario el tratadista aclara que no obstante, ello no importa que la autonomía privada no pueda regular su contenido de la relación jurídico matrimonial, vale decir determinar cómo se van a cumplir los derechos y deberes que deriva de ese estado de familia”. (p. 237).

Una revisión del sistema familiar peruano nos demuestra que la autonomía privada cumple un doble rol en el derecho de familia: primero a nivel de la creación de la relación jurídica familiar; y segundo, y quizás la más trascendental a nivel de contenido de esa relación jurídica familiar, a través de la regulación de los derechos y deberes de cada estado de familia.

Tomando a Borda (1969) debemos precisar que:

“[...] la autonomía privada tiene como límite para su actuación el orden público familiar. Siendo que la autonomía privada en el derecho de familia cumple un rol no solo a nivel de la creación de las relaciones jurídicas familiares, sino y sobre todo a nivel de la regulación del contenido de cada una de ellas dentro del orden público familiar; interviniendo por lo general, el órgano jurisdiccional para suplir la imprevisión de la autonomía privada y en última instancia la legalidad de su actuación”. (p. 178).

1.3.1.7. Obligaciones de los padres con los hijos: obligación alimentaria.

Así el artículo 287° dice a la letra que: *“[...] los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos”.*

Esta obligación comienza con la concepción continua durante el periodo de la adolescencia y termina con la mayoría que la ley fija para que se extinga, en virtud de la presunción de haber alcanzado

entonces los hijos el completo desarrollo de su personalidad, que los hace capaces para el ejercicio indispensable de todas sus actividades. No obstante, subsiste la obligación de proveer el sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios conducentes a una profesión u oficio, y de las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia.

Interesa hacer mención aquí del hijo concebido y de sus derechos como sabemos la vida humana comienza con la concepción siendo así que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, quedando condicionada la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que este ser nazca vivo.

Teniendo en cuenta que dentro del artículo 287° están incluidos los gastos derivados de la gestación en concordancia con el artículo 101° del Código de los Niños y Adolescentes, cuando señala que también se considera alimentos los gastos de embarazo de la madre desde su concepción hasta la etapa del post parto.

Cabe recordar que esta posición coincide con el tratamiento que el código civil establece, tratándose de alimentos, tanto para la madre que es casada como para la madre que no lo es, denominada madre extra matrimonial: la primera esta amparada por el deber de asistencia que nace que nace del matrimonio y cuyo cumplimiento compete al marido; la segunda está amparada por el artículo 414° que declara el derecho a alimentos de la madre durante los sesenta días anteriores y los sesenta días posteriores al parto, así como al gasto ocasionado por este y por el embarazo, en los casos de paternidad extramatrimonial declarada judicialmente y de la paternidad extramatrimonial reconocida.

1.3.1.8. Obligaciones recíprocas de los cónyuges.

A. Deber de fidelidad.

El deber es consustancial al matrimonio, vale decir que “hace al matrimonio” y tiene fundamento moral, y la llamada fidelidad moral, se trata en el comportamiento del cónyuge con terceros que no excede de lo meramente amistoso o propio del trato social, y su inobservancia puede constituir las causales de injuria grave o conducta deshonrosa que hace insoportable la vida conyugal.

Sobre este punto se señala que la unión de cuerpos y almas quedaría profundamente resquebrajada si se permitieran las relaciones extra conyugales. Precisando sus características este el primero de los deberes conyugales y tiene carácter recíproco.

De ello resulta como consecuencia necesaria y con igual estrictez, que el adulterio está prohibido tanto al varón como la mujer, debe anotarse que la fidelidad es recíproca, incompensable y permanente, siendo lo primero declarado por el artículo 288° del Código Civil, lo segundo, se deriva del carácter indisponible que tienen los deberes conyugales y significa que la fidelidad de uno de los cónyuges, no autoriza al otro cónyuge a ser el a su vez infiel. La idea se aprecia claramente en el artículo 336° del Código Civil, según el cual no puede intentarse el divorcio por adulterio si el cónyuge ofendido lo provocó, consintió o perdonó.

La infidelidad no consiste solamente en el comercio sexual con terceras personas. Ella se da cuando se mantiene con dichas terceras personas relacionadas que sin llegar al extremo antes señalando pueda lesionar los sentimientos del otro cónyuge o prestarse a interpretaciones equivocadas. Este deber condena no solo al adulterio, sino también todo otro comportamiento que sin llegar al trato sexual con tercera persona, entrañe una deslealtad

conyugal por lo que tenga de excesiva intimidad o de afección amorosa.

Gatti (1962) expresa que:

“[...] este deber tiene dos aspectos; uno negativo que tiene el deber de abstenerse de mantener con otra persona relaciones que hieran la honda comunidad de vida que representa el matrimonio; y otro positivo que consiste en el deber de reservar al otro cónyuge todo su afecto y su sentimiento amoroso”. (p. 56).

En el artículo 288° el Código establece el deber recíproco de fidelidad; como se aprecia de su lectura, este artículo tiene una redacción genérica de la que se puede deducirse:

- a. Que la norma esta expresada en sentido positivo, es decir que habla del deber de fidelidad, que conjuntamente con el de la asistencia se deben en forma recíproca los esposos.
- b. Que la infidelidad puede ser sometida, indistintamente por el marido por la mujer.
- c. Que en ambos casos, es decir ya sea tratándose del hombre ya sea tratándose de la mujer, las consecuencias y las sanciones son iguales.
- d. Que la denominación de infidelidad comprende tanto el adulterio propiamente dicho como toda o cualquier otra forma de deslealtad conyugal.

Para Borda (1969); manifiesta que:

“[...] en el ámbito civil, la legislación vigente, concede al cónyuge perjudicado u ofendido la posibilidad de accionar para obtener la separación de cuerpos o divorcio (artículos 333° inciso 1, y 349° del código civil) y en el ámbito personal sanciona la bigamia y el matrimonio ilegal de persona libre con pena privativa de la libertad (artículo 139° y 140° Código

Penal). Ambas figuras configuran el adulterio y la complicidad del mismo". (p. 89).

Hay que agregar en el aspecto de las relaciones sexuales materiales, es decir en el ámbito de la llamada fidelidad material, comprende en débito conyugal y la continencia sexual:

- a. El débito conyugal es el derecho del cónyuge a que el otro se sostenga con el relaciones sexuales; y
- b. La continencia sexual es el deber del cónyuge de abstenerse de relaciones sexuales con terceros. Indica, que con respecto a las relaciones sociales, es decir con la llamada fidelidad moral, ella se traduce en el comportamiento del cónyuge con terceros que no excede de lo meramente amistoso o propio del trato social.

Se señala entonces que las violaciones a los deberes conyugales fundamentan las distintas causales de divorcio. En el caso del deber de fidelidad, el incumplimiento del débito conyugal que se manifiesta en la negativa injustificada de cada uno de los cónyuges a sostener relaciones sexuales con el otro configura un caso de injuria grave. Lo mismo ocurre cuando un cónyuge en el ejercicio del débito conyugal, pretende imponer determinadas prácticas sexuales consideradas por el otro como aberrante o lesivas de su dignidad. Respecto a la continencia sexual, el deber de fidelidad resulta violado por el adulterio o por la homosexualidad.

Max Arias – Schreiber (2002); manifiesta que: “[...] *con relación a la fidelidad moral, su inobservancia puede constituir las causales de injuria grave o conducta deshonrosa que hace insoportable la vida conyugal, según los casos*”. (p. 199).

B. Deber de cohabitación.

Al tratar el tema de matrimonio quedo establecido que ellos son dos: la procreación y educación de los hijos y la plena comunidad de vida de los esposos. De este segundo fin del matrimonio surge el deber, para ambos esposos, de posibilitar o facilitar el logro de la plena comunidad marital y espiritual de vida entre los cónyuges.

Este deber es impuesto por la ley tanto al hombre como a la mujer. El matrimonio supone la vida de los cónyuges en una casa común: de hecho deriva, precisamente la palabra “casamiento”. Pero no es suficiente vivir bajo el mismo techo, es necesario cumplir también con el “débito conyugal” que es uno de los fines esenciales del matrimonio. De otro lado, existe el deber de atemperación de los caracteres único medio de lograr convivencia armónica y feliz.

En su artículo 289° el Código declara que es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en domicilio conyugal. Esta norma se complementa con el artículo 290° que a su vez, declara que ambos cónyuges tienen el deber y derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar el mejor desenvolvimiento del mismo.

Ahora bien es preciso indicar que a diferencia del deber de fidelidad que es inflexible y que no admite excepción legal alguna, como dice Cornejo (1985), el deber de cohabitación si admite excepciones:

[...]

- a. *Pudiera suceder que la cohabitación ponga en peligro la vida, la salud, el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sustento de la familia. El artículo 289 posibilita que esta situación, el juez suspenda el deber de cohabitación*
- b. *Analizando el tema relativo a este deber desde otro ángulo queda evidenciado igualmente un menor grado de severidad con que el código norma este deber de*

cohabitación. A diferencia del deber de fidelidad, que necesariamente se da en tanto exista el matrimonio, el deber de cohabitación pueda dejar de existir sin que desaparezca el matrimonio”. (p. 189).

En relación a este aspecto se plantea una interrogante en el sentido de saber si los cónyuges pueden poner término al deber de cohabitación por decisión propia y de común acuerdo. Atendiendo que el matrimonio no es solo contrato sino también institución, puede decirse que ningún convenio puede establecer válidamente una separación de hecho de marido y mujer. En este aspecto, si los esposos hubiesen establecido de mutuo acuerdo la suspensión de la vida en común, como quiera que tal “acuerdo” carezca de validez jurídica cualquiera de ambos puede exigir del otro la reanudación de la cohabitación en el momento que así lo desee.

El Código Civil ha garantizado el cumplimiento de este deber conyugal con las normas contenidas en los artículos 291°, 324°, 333° inciso 5 y 349°:

[...]

- a. Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges de deben en una y otro campo.*
- b. Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando este abandona a la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según la circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges.*

- c. *En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de separación.*
- d. *Constituye causa de separación de cuerpos el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración de los periodos de abandono exceda a ese plazo.*
- e. *Puede demandarse el divorcio por causales señaladas en el artículo 333° incisos 1 a 10°.*

Bajo el epígrafe “*vida común en el domicilio conyugal*”, se define como aquella que consiste en la comunidad de vida entre marido y mujer en el domicilio conyugal. Agrega que la vida común no solo importa a la cohabitación bajo el mismo techo, por lo cual el marido no puede arrojar a la mujer de la casa conyugal, ni esta quejarse de violación de domicilio cuando el marido pretende forzar su puerta, sino también que cada esposo está obligado a cumplir con respecto al otro débito conyugal. Es en este último sentido que se emplea la expresión “cohabitación” en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial (artículo 363, incisos 2 y 3 del código civil).

La legislación peruana hace referencia a los vocablos: “domicilio conyugal”, “casa conyugal” y “hogar conyugal”. Tenemos que;

- a. **Domicilio Conyugal.** Es el lugar donde habitualmente residen los cónyuges para hacer vida común de conformidad con los artículos 33 y 36 del Código Civil.
- b. **Casa Conyugal.** Es el espacio físico o material que sirve como vivienda, morada, y en donde se constituye o asienta el domicilio conyugal.
- c. **Hogar Conyugal.** Es el conjunto de relaciones que surge entre los cónyuges, como consecuencia de la convivencia y que se realiza dentro del espacio físico donde se estableció el domicilio conyugal. Siendo así, debe utilizarse solo la expresión

“domicilio conyugal” para referirse a todos los supuestos vinculados con el cumplimiento o no del deber de cohabitación.

Vale resaltar que el deber de cohabitación no exige que exista en todo momento la convivencia material de los cónyuges, pueden ocurrir casos en los que se deba suspender la cohabitación por razones de interés familiar. El artículo 289° del código civil, que estamos analizando, contempla una fórmula que permite comprender todos aquellos aspectos que afectando ostensiblemente el equilibrio emocional de uno de los esposos dentro de un marco de razonabilidad, permitan inferir la inconveniencia de mantener la cohabitación.

Se añade que esta la suspensión de este deber de cohabitación puede ser establecida convencional o judicialmente, casos ambos en los cuales la suspensión, por su propia índole, es circunstancial y momentánea, dura solo mientras subsista la anómala causal que le da origen; que, sin embargo y como se anoto precedentemente, carece de todo valor y eficacia jurídica el convenio que, no respondiendo a las causales admitidas por ley pudieran hacer los cónyuges en orden al cumplimiento de sus deber de vivir juntos.

C. Deber de asistencia.

La solidaridad plena que supone al matrimonio impone a los cónyuges el deber de prestarse mutua ayuda económica y espiritual, de asistirse en las dolencias y en la vez, de sufrir y aceptar las situaciones derivadas de la pobreza o de la enfermedad de uno de los cónyuges, en suma de compartir alegrías y penas.

La obligación de hacer vida en común, que tienen los cónyuges no agota su fin en sí misma: hemos dicho antes que la función procesadora y la comunidad material o visible de habitación no constituye ni pueden constituir por si solas todo el contenido de matrimonio. El matrimonio tiene una doble finalidad: asegurar la

perpetuidad de la especie y crear y mantener una plena comunidad de vida entre los cónyuges. De no existir esta segunda finalidad el matrimonio perdería su carácter ético quedando reducido a una unión sexual apenas superior a la que tienen los animales y convirtiéndose la comunidad material de techo en una mera apariencia sin plena comunión espiritual que debe caracterizarla.

En su artículo 288° el Código dispone que los cónyuges se deban recíprocamente fidelidad y asistencia. Trata además, este artículo, del deber de asistencia. La doctrina distingue entre el concepto genérico de asistencia y el específico de alimentos. La noción de asistencia recoge al igual que la fidelidad una serie de presupuestos éticos que sustancialmente podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal. Así, en la asistencia en sentido amplio, quedan comprendidos la mutua ayuda, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse. Por esta razón el incumplimiento de asistencia en sentido amplio configura las causales de injuria grave, atentando contra vida del cónyuge o violencia, para demandar el divorcio.

La asistencia en sentido estricto se refiere a los alimentos que, como prestación si bien se fundan en el deber de asistencia, se traducen en valores pecuniarios, de contenido económico, que aseguran la subsistencia material y comprende todo lo necesario para el sustento, el vestido, la habitación y asistencia médica de los cónyuges. La obligación alimentaria rige durante el matrimonio, exista convivencia o no. Después del divorcio o de la invalidez del matrimonio, ella se da de manera excepcional.

Finalmente en cuanto concierne al divorcio el artículo 350° del Código Civil dispone la extinción de la obligación alimentaria entre marido y mujer la que, no obstante, no opera en forma automática: ella debe ser declarada judicialmente en razón que la norma

pertinente reconoce con carácter de excepción la posibilidad de fijación de una pensión alimenticia para el ex cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio, hipótesis en la cual la obligación alimentaria cesara automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. (Cornejo, 2000).

D. Atribuciones comunes del marido y la mujer.

Señalan que en la sociedad conyugal al igual que en toda sociedad, debe haber unidad de dirección. Tradicionalmente y con la finalidad de asegurar tal unidad, el derecho concedió al marido un conjunto de facultades que fueron denominadas “potestad marital”. Para este conjunto de derechos, el Derecho clásico estableció una posición totalmente subordinada de la mujer. El Código vigente implemento la norma constitucional que en 1980 proclamo la igualdad del varón y mujer:

E. El sostenimiento del hogar, la dirección y representación de la sociedad ante terceros.

El artículo 167° del Código derogado imponía al marido la obligación de suministrar a la mujer y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus necesidades y facultades, lo que justifica porque el marido gozaba de una serie de derechos que le permitían mejor un desenvolvimiento en la actividad para recaudar medios dinerarios a fin de sostener el hogar, pero, ahora gracias a la profesionalización de la mujer y su reincorporación en la actividad económica ya no se justifica que sea solo varón quien asuma esta obligación.

Consecuentemente con la igualdad de derechos y obligaciones el varón y la mujer frente a la ley, y particularmente teniendo en cuenta la realidad, el artículo 291° del código vigente, señala que si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la

familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y la colaboración que ambos se deben uno y otro campo.

Es más el segundo párrafo, del mismo dispositivo expresa que cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro, cuando este abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa a volver en ella. En esta situación, el juez puede según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos, pero, el mandamiento de embargo quedara sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges.

1.3.1.9. Representación de la sociedad conyugal.

El artículo 168° y 169° del Código Civil derogado de 1936 establecía que el marido es el representante de la sociedad conyugal, pero para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad conyugal estaba representada indistintamente por el marido o la mujer.

Sin embargo, se presentaron una serie de problemas relacionados con los tópicos siguientes:

- a. Naturaleza del poder de representación. Unos, consideran que la fuente es la voluntad expresa o tácita del marido y otros que esa fuente es la ley.
- b. Extensión del poder. Que pretende establecer hasta que punto los gastos efectuados por la mujer sobrepasan los límites permitidos, y también hasta que punto pueden resultar perjudicados los terceros por el excesivo uso de la representación de la mujer.
- c. Limitación del ejercicio de representación. Se refiere a que si esta es una facultad del marido o del órgano jurisdiccional.
- d. Forma de hacer conocer la limitación a terceros. Unos estiman que debe notificarse a estos a fin de que se abstengan de contratar con la mujer, y otros que no es necesaria dicha notificación.
- e. Extensión del poder de representación en una situación de separación de hecho. Existen discrepancias pues para unos cesa

la representación de la mujer por la separación de hecho y para otros que subsiste dicha facultad.

Si los cónyuges optaron por el de la sociedad de gananciales, la representación legal es conjunta en cuanto a la administración del patrimonio, así como para disponer de los bienes o gravarlos, salvo para los actos de disposición de los bienes muebles, que pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. La intervención conjunta del marido y la mujer puede ser exceptuada por actos de disposición en los casos considerados por situaciones especiales.

En cambio, se eligieron el régimen de la separación de patrimonios, obviamente, nada impide que la representación se la otorguen a un tercero. El artículo 292° del Código Civil peruano expresa que:

“[...] corresponde conjuntamente a los cónyuges la representación legal de la sociedad conyugal, sin embargo, cualquiera de ellos, puede dar poder al otro para que se ejerza solo dicha representación, en todo o en parte. La hipótesis que plantea el numeral mencionado es la de dos personas capaces, pues los casos de incapacidad de uno de los cónyuges o la situación de hecho impidiente, están previstos en el artículo 294°”.

En efecto, la sociedad conyugal puede ser representada por el otro cónyuge, en los siguientes casos:

- a. La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges. Cualquiera de ellos, en embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial. En realidad no existe cambio alguno, excepto en cuanto a su redacción.
- b. Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

- c. Pero si, cualquiera de los consortes abusa de los derechos a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o en parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado.

En principio el trabajo es el ejercicio humano físico o intelectual aplicado a la producción y a la obtención de riquezas el mismo que puede ser ejercitado libremente por cualquier persona siempre que no afecte el orden público, la moral y las buenas costumbres. Pero esta libertad se ve limitada en razón de los fines del matrimonio y de los deberes y derechos que nacen del mismo.

El artículo 279° del Código Civil peruano ordena que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar con el asentimiento expreso o tácito del marido; pero si es que lo negara, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia.

El código posibilita expresamente el ejercicio por cada uno de los cónyuges de una profesión o industria o de cualquier otra actividad o trabajo fuera del hogar. Para ello se requiere del asentimiento del otro cónyuge, pudiendo se esté expreso o tácito. En caso de negativa de este otro cónyuge, el juez puede autorizar tal ejercicio o trabajo si así lo justifica el interés de la familia.

Cornejo (2000); señala que:

“[...] en artículo 293° regula esta materia cuando dispone que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industrias permitidos por ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro y que si este lo negara, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia”. (p. 134).

1.3.1.10. Extinción del matrimonio.

A. Separación de cuerpos.

En primer lugar debemos precisar que cuando aludimos a la separación de cuerpos nos estamos refiriendo a aquella que nace de una resolución judicial dictada por el proceso correspondiente. No se trata pues de la simple, separación de hecho de los casados, sino de un nuevo “*status*” jurídico que emana de la observancia de un proceso judicial. No deberá por ello confundirse esta figura con la mera interrupción de la convivencia de los cónyuges. Así lo declara Domingo Aznar, cuando afirma que tradicionalmente se ha venido entendido que para interrumpir sin violar la obligación de vivir juntos que los cónyuges tienen, es necesaria una sentencia judicial obtenida a solicitud del cónyuge que pueda demandarla y en virtud de las causas marcadas por la ley.

Nuestro Código vigente define la separación de cuerpos con claridad en su artículo 332° al disponer que esta institución suspenda “*los deberes relativos al lecho y habitación*” y da por concluido el régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Concluye la norma afirmando la característica sustancial de la separación: la subsistencia del vínculo legal del matrimonio, con todo lo que ella implica.

Cornejo (1985), por su parte define a la separación de cuerpos como:

“[...] la figura en virtud de la cual cesa en los cónyuges la obligación de hacer vida en común (es decir que se suspenden los deberes de mesa, lecho y habitación) y se pone fin en su caso, a la sociedad legal de gananciales o de comunidad universal de patrimonios: pero queda subsistente

el vínculo matrimonial (lo que impide a los cónyuges contraer nuevas nupcias con distinta persona) y se instaura, también en su caso, un régimen patrimonial de separación”. (p. 156).

En la legislación Peruana en el Capítulo II del Título IV de la sección segunda del libro de Familia el código ha acogido la figura de la separación de cuerpos, disponiendo en su artículo 332° que ella suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial

Pueden dividirse en dos grandes grupos las causas que pueden generar la separación de cuerpos: aquellas que la legislación señala específicamente y aquellas que se ocultan de modo indeterminado y genérico, bajo el enunciado mutuo disenso.

En el primer grupo tenemos las causales que el código señala taxativamente en los incisos 1 al 10 de su artículo 333°: el adulterio, la violencia física o psicológica que el juez apreciara según las circunstancias, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda este plazo, la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, y la condena por delito doloso o pena privativa de la libertad mayor de dos años impuesta después de la celebración del matrimonio.

Belluscio (1979); señala que:

“[...] en el segundo grupo de causas que se ocultan, de modo indeterminado y genérico, bajo el anunciado tradicional del “mutuo disenso” tenemos la causal que el

código consagra en el inciso 11 del citado artículo 333°, la separación convencional después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”. (p. 213).

Los efectos de la separación se desprenden del artículo 332°, ya comentado al definir la institución. Pasaremos a analizarlos a sus características. En cuanto a los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí. Tenemos que la separación de deberes de lecho y habitación y la separación de cuerpos permite a los cónyuges el vivir separadamente desapareciendo de ese modo el concepto de “*domicilio conyugal*”. Ambos quedaran por tanto la libertad para fijar su propio domicilio, sin que ello implique no obstante que se les autoriza para convivir con otra persona. Cabe precisar por consiguiente, que la separación de cuerpos no extingue el deber de fidelidad conyugal que impone el artículo 288° del Código Civil y ello no es sino una consecuencia del vínculo matrimonial.

Otro de los efectos en virtud de lo dispuesto por el artículo 291° del código civil Peruano, es el relacionado a los alimentos, siendo ello así el cónyuge (sin distinción de sexo) dedicado exclusivamente al trabajo en el hogar y al cuidado de los hijos, tiene derecho a ser sostenido por el otro. Es evidente que al producirse la separación queda en desventaja el cónyuge que se dedicaba exclusivamente al hogar, muchas veces sin medios para procurarse la supervivencia. La ley establece por ello que al producirse la separación el juez deberá señalar una pensión alimenticia a ser abandonada por el marido o la mujer.

Así mismo en virtud del primer término el artículo 343° del código civil establece de manera contundente que el cónyuge culpable de la separación perderá los derechos hereditarios que le corresponden. Es evidente que esta norma se refiere únicamente a la separación por causa específica y no así a la separación

convencional, en la cual ambos cónyuges mantendrán en principio sus derechos hereditarios intactos.

Por otra parte es preciso señalar la existencia del precepto contenido en el artículo 746° del Código Civil, ubicado en el libro IV de Derecho de Sucesiones, en virtud del cual el cónyuge puede desheredar a su esposo(a) por las causales previstas en los incisos 1 al 6 del artículo 333°, esto es, por adulterio, violencia física o psicológica, atentando contra la vida, injuria grave, abandono injustificado o conducta deshonrosa.

En cuanto a los derechos y obligaciones de los cónyuges para con los hijos, la separación de cuerpos, en teoría no tendría que modificar las relaciones entre los padres e hijos puesto que se trata de derechos y obligaciones distintas e independientes de los que puedan existir entre los cónyuges.

Albaladejo (1991); opina que: “[...] *los hijos a decir siguen siendo tan hijos como antes, y las obligaciones para con ellos no depende de la situación matrimonial de los padres, sino de ser (casados o no, en situación matrimonial normal o no) padres de tales hijos*”. (p. 154).

No obstante es evidente que las consecuencias prácticas que acarrea toda separación conyugal determinan que exista una serie de aspectos de la vida de los hijos, sobre todo los menores, que será preciso regular. Al producirse la separación de cuerpos por consiguiente la cesación de la convivencia será necesario decidir con cuál de los cónyuges habitaran en lo sucesivo los hijos menores y en función de esa decisión se regularan los demás aspectos prácticos.

Como norma general el artículo 340° de nuestro Código Civil dispone que los hijos se confíen al cónyuge inocente, tratándose de la separación por causal específica. Ello siempre y cuando el juez no determine que permanezcan con el otro cónyuge, o bien

con un tercero (abuelos, hermanos o tíos, en ese orden y si es posible y conveniente).

Como sabemos, la patria potestad normalmente se ejerce conjuntamente por el padre y la madre (Artículo 419° del código civil) y al producirse la separación en ejercicio conjunto puede resultar inconveniente por la sencilla razón de que ambos padres ya no viven juntos y por es lógico que quien se quede a cargo de los menores ejerza la patria potestad.

Frente la obligación de sostener económicamente a los hijos la ley atiende no tanto a la determinación de cuál de los cónyuges asumirá su tenencia y cuidado, sino a las posibilidades económicas de los esposos. De ahí que conforme al artículo 342 del código civil, el juez deba señalar la pensión alimenticia que los padres o uno d ellos deberán abonar a los hijos.

B. Divorcio.

Para Boulanger (1963):

*“[...] el termino divorcio proviene de la palabra latina **divortium** que significa separación, ruptura proveniente del verbo **divertere** que significa separarse o irse cada uno por su lado. Tiene otro significación más amplia es la relajación de la intimida vida en común por ruptura del vínculo conyugal o por separación de los esposos”. (p. 67).*

El divorcio es el decaimiento absoluto del vínculo matrimonial (donde la separación de cuerpos es el decaimiento relativo de dicho vinculo) así lo señala el artículo 348° del Código Civil que preceptúa que “el divorcio disuelve el vínculo matrimonial. Esto significa que desaparece totalmente el nexos conyugal por lo que cada cónyuge (o ex cónyuge) tiene la facultad de contraer nuevo matrimonio con persona distinta de quien fuera su consorte. Es

pues el divorcio *“la ruptura de un matrimonio valido en vida de los esposos”*.

Con el divorcio los cónyuges podrán contraer matrimonio nuevamente (ya sea con tercera o entre ellos mismos) en virtud de la declaración de disolución del vínculo matrimonial: sentencia de divorcio.

Puig (1966); considera que el divorcio: *“[...] rompe unas nupcias legal y válidamente contraídas. En esto se diferencia el divorcio de la nulidad del matrimonio que supone un estado de derecho viciosamente establecido”*. (p. 97).

Para Varsi (2004); considera que:

“[...] de acuerdo a lo señalado por el Código Civil en su artículo 349° puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333°, siendo las siguientes:

- a. Adulterio*
- b. Atentado contra la vida del cónyuge*
- c. Violencia física o psicológica*
- d. Injuria grave*
- e. Abandono injustificado del hogar por dos años*
- f. Conducta deshonrosa*
- g. Uso habitual de drogas o sustancias que puedan generar toxicomanía*
- h. Enfermedad grave de transmisión sexual*
- i. Homosexualidad sobreviniente del matrimonio*
- j. Condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años*
- k. Imposibilidad de hacer vida en común*
- l. Separación de hecho de los cónyuges por dos años ininterrumpidos sino tuvieran hijos menores de edad o cuatro años si tuvieran hijos menores de edad”*.

Tenemos de otro lado que los efectos del divorcio en relación a los cónyuges, se presenta cuando la disolución del vínculo matrimonial empieza desde la sentencia de divorcio; esto quiere decir que los derechos y deberes que derivan del matrimonio terminan a partir de la fecha de notificación del fallo correspondiente, subsistiendo sin embargo, sin embargo otros como la obligación alimentaria de los padres hacia sus hijos o hacia el cónyuge necesitado por ejemplo, otro de los efectos es poner fin a la relación alimentaria, esto tiene una salvedad cual es que el ex cónyuge culpable deberá pasarle una pensión alimentaria al otro, si este no tuviera medios suficientes para proveer a sus necesidades. Además el ex cónyuge indigente tiene derecho a recibir una pensión de alimentos aunque el haya dado motivos para el divorcio. Pero cesa, a obligación alimentaria cuando el ex cónyuge contrae nuevo matrimonio y cuando cesa el estado de necesidad.

Asimismo se obliga eventualmente al cónyuge culpable al pago de una indemnización, está sola puede concederla solo el juez si la causal del divorcio lesiona seriamente los legítimos intereses personales del cónyuge inocente. Se trata de resarcir así el daño moral que pudiera este haber sufrido Finalmente otro de los efectos del divorcio es la pérdida del cónyuge culpable de los gananciales, siempre que estos procedan de los bienes del cónyuge inocente.- Así lo establece el artículo 352° del código civil. Opera este efecto de pleno derecho sin que tenga necesariamente que ordenarse en la sentencia. Al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales es que se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo indicado.

1.3.2. Sociedad de gananciales.

1.3.2.1. Concepto.

De modo general, la sociedad de gananciales proviene del término **societas** que significa asociación de personas que cumplen un fin mediante la cooperación y de ganancial o gananciales que es sinónimo de provecho, utilidad o de lucros nupciales, por consiguiente vienen a ser las ganancias o beneficios económicos que los esposos obtienen al finalizar el matrimonio, y en sentido amplio se conceptúa como:

“[...] la sociedad que, por disposición de la ley, que existe entre marido y la mujer desde el momento de la celebración del matrimonio hasta su disolución, en virtud de la cual se hacen comunes de ambos cónyuges los bienes gananciales, de modo que después se parten por mitad entre ellos o sus herederos, aunque el uno hubiera traído más capital que el otro”.

Díez y Gullón (2008), señalan que:

“[...] mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las gananciales o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquella. A simple vista se acentúa el carácter comunitario del sistema”.

En sentido estricto se afirma que la sociedad de gananciales es un régimen de la sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad. Esto implica la existencia de bienes propios del marido, bienes propios de la mujer y bienes de la sociedad.

Esta institución se encuentra inserta en el Título III que versa sobre Régimen Patrimonial, capítulo II y comprende los artículos del 310° al 326° del Código Civil. El matrimonio es el acto jurídico fundamental y esencial, tiene como todo acto jurídico, efectos propios, unos personales, otros patrimoniales.

Para Max Arias - Schreiber, (2002); considera que:

“[...] entre los efectos de las nupcias está el resurgimiento de una situación patrimonial entre los cónyuges, situación particular de la cual emergen no solamente relaciones pecuniarias entre los cónyuges, sino también relaciones de estos con terceros, que requieren una regulación legal, y surge así el bien denominado Régimen patrimonial. Conforme al artículo 301° en este régimen hay bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad. Conforme a lo normado por los artículos 303° al 307°, los bienes propios son administrados y dispuestos en forma independiente y responden de las obligaciones particulares de cada cónyuge, en cambio los bienes sociales deben ser administrados y dispuestos en forma mancomunada por ambos esposos, como lo precisan los artículos 313° y 315°”. (p. 231).

Bossert y Zannoni (1989); precisan:

“[...] el régimen matrimonial admite una categoría de bienes, los propios de marido o de la mujer, y otra los bienes gananciales, cuyo destino, tras la disolución, es distinto. Los bienes propios son los que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y los adquiridos durante este a título gratuito, por subrogación real o con otro bien propio, o por una causa o título de adquisición anterior al matrimonio. En tanto los bienes gananciales son los que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso, o aun después de la disolución de la sociedad conyugal, por una causa o título anterior a la disolución”. (p. 234).

La denominación de gananciales se explica por el hecho de que los cónyuges hacen suyas por mitades al disolverse la unión, las gananciales o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante la vigencia de la vida conyugal. En la sociedad de gananciales, pasan a integrar el capital común, las rentas de los bienes propios de los cónyuges, los frutos del trabajo de cualquiera de

ellos y los muebles o inmuebles que adquieran durante el matrimonio a título oneroso y con fondos comunes.

Placido, (2001) sostiene que:

“[...] la sociedad de gananciales es la comunidad existente entre el marido y la 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 de su propio patrimonio; y a ambos, la del patrimonio social; los que deben responder al interés familiar. A su disolución; que se produce por las causales previstas en la ley, la comunidad es líquida adjudicando a cada cónyuge; en partes iguales y a título de gananciales.” (p. 125).

Por último Cornejo (1985) considera un concepto más explícito, cuando se señala que: *“[...] antes de la celebración del matrimonio, dice el artículo 295°, los futuros cónyuges pueden optar por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzara a regir al celebrarse el casamiento”.* (p. 65).

1.3.2.2. Naturaleza jurídica.

A. Es una persona jurídica.

Según esta posición la comunidad conyugal es una persona jurídica como cualquier otra, por tanto es titular de derechos, posee un matrimonio propio (distinto al de los cónyuges) y soporta obligaciones y cargas. Hay en fin, un interés colectivo y una voluntad expresados por el órgano legal.

Esta doctrina ya no es admisible, pues la idea de una persona moral interpuesta ente los cónyuges e independiente de ellos hiera. Guillermo (1969), sosteniente que: *“[...] como se ha hecho notar con razón, el sano sentimiento popular y moral sobre la institución matrimonial”.* (p. 87). Pero además conduce a

consecuencias absurdas porque de ninguna manera se puede introducir, esta personalidad jurídica, injertada como un ente extraño entre el marido y la mujer.

B. Es una copropiedad o patrimonio autónomo.

Algunos autores ven en este instituto un condominio en el sentido de que ambos son dueños de los bienes, pero no en el sentido del derecho real legislado, pues el régimen ha sido concebido “para mantener y estrechar la unión, estimulados en la cooperación y vinculados a la prosperidad común.

En ese sentido se ha afirmado que sería una copropiedad peculiar de carácter asociativo e indivisible, afecto primordialmente a mantenimiento del hogar cuya administración ha sido conferida por ley a uno de los cónyuges según el origen de los bienes.

La doctrina en comento ha sido objetada porque no se trata de una copropiedad o bien que pertenece por cuotas ideales a dos o más personas, ya que generalmente esta se establece sobre bienes determinados y no precisamente sobre universalidades como son las masas de bienes gananciales.

C. Es una Sociedad Sui Generis.

Se ha afirmado que sería una comunidad, otra posición considera que la sociedad de gananciales es una forma particular o peculiar de sociedad, esto es una sociedad patrimonial legal en la que se destaca el elemento personal (cónyuges) el patrimonial (bienes propios y sociales) y el legal (ordenamiento jurídico que la regula)

Pues bien la sociedad de gananciales antes que una comunidad legal es también un estado jurídico que rige las relaciones económicas inter conyugales. En ese sentido los términos sociedad y comunidad no son antitéticos, si se entiende a la sociedad con un criterio más amplio como asociación.

La naturaleza jurídica de la sociedad conyugal incide mas de una vez en el modo de resolver cuestiones específicas relativas a la titularidad de los bienes, a su gestión y a su responsabilidad. Por eso se dice que sus elementos son; unidad de masa (unión de patrimonios) la unidad de administración (que corresponde a ambos o a uno de ellos) y la unidad de responsabilidad (que son asumidas por ambos consortes)

No obstante lo dicho, constituye una comunidad en el sentido que se atribuye a los regímenes que se basan sobre la existencia de bienes que, cualquiera que fuese el cónyuge que los adquirió durante el matrimonio, son coparticipados a la disolución del matrimonio. De ahí que algunos autores pretendan considerarlo como un régimen intermedio.

D. Posición del Código.

Cornejo (1985), considera que:

“[...] la denominación de sociedad de gananciales para designar al primero de los regímenes fue decidida por la comisión Revisora, acaso en vista de que fue la que usaron el código de 1852 y 1936, tal es el nombre incorporado al vocabulario usual de las gentes”. (p. 56).

Técnicamente sin embargo aquella denominación resulta equívoca, ya que como se dicho anteriormente, existe en el plano de la teoría y de la legislación comparada, dos regímenes gananciales: el de comunidad y el de participación; y la diferencia entre ambos es de esencia, tanto es así que el primero integra el grupo de los regímenes de comunidad y el segundo el de los regímenes de separación.

1.3.2.3. Bienes propios y bienes sociales.

A. Bienes propios.

De acuerdo a lo establecido en el Código Civil Peruano y según lo señalado por la postura Max Arias – Schreiber (2002), son bienes propios:

“[...]

- a. *Los que aporte al iniciarse el régimen de la sociedad de gananciales.*

Esta disposición se recoge al principio de la época de la adquisición; son propios los bienes adquiridos antes del matrimonio, por los cónyuges; sean aquellos tangibles o intangibles; muebles o inmuebles, créditos o rentas, en general todos los valores patrimoniales transmisibles, de cualquier naturaleza, sin atender el origen o título de adquisición. Se puede distinguir entre esos bienes, los adquiridos con independencia absoluta del casamiento, y los que se obtienen en vista de su futura celebración como las donaciones matrimoniales y siempre que el donante expresamente, atribuya la propiedad a uno de los cónyuges. De no ser así; solo será bien propio la alícuota sobre el bien donado a ambos cónyuges.

- b. *Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido aquella.*

Deriva del anterior principio; el hecho material posterior a la adquisición está determinado y precedido por el derecho a ella, que es anterior al matrimonio y que forma por esto parte del patrimonio propio del cónyuge. Se trata de una formula amplia que comprende diversos supuestos, en los

que el acto jurídico, generador de la adquisición sea anterior al matrimonio, tales como, el de los bienes habidos bajo condición suspensiva, que se cumple durante el matrimonio, el de los que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato; el de los adquiridos por usucapión, cuando la posesión sea anterior al matrimonio, o el de otras adquisiciones realizadas en análogos supuestos.

- c. Los que adquiriera durante la vigencia del régimen a título gratuito.*

En esta disposición se recoge el principio del carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante el matrimonio; siendo el régimen de sociedad de gananciales una comunidad limitada a las adquisiciones a título oneroso; se comprende porque no se incluyen los bienes que se recibe por herencia, legado donación o cualquier otra liberalidad. El bien será propio si es transmitido a título gratuito, a uno de los cónyuges. Si se beneficia a ambos consortes, surge un condominio y cada uno de ellos incorporara en su patrimonio personal la alícuota correspondiente. Debe observarse que respecto de las donaciones remunerativas, el bien tendrá carácter de bien social. El efecto, la donación es siempre un acto gratuito; la denominación empleada de donación remunerativa no puede explicarse sino como un vicio de lenguaje.

- d. La indemnización por accidentes de tránsito o por seguros de vida; daños personales o de enfermedad, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.*

La indemnización por accidentes o la que se paga en cumplimiento de un contrato de seguro que cubre los riesgos personales indicados tiene carácter personalísimo porque el resarcimiento equivale a la alteración, disminución o pérdida de la actividad del cónyuge;

indemnización que por eso es incommunicable al patrimonio social, que se forma con los productos de aquella actividad personal y no con esta; que es exclusivamente de su autor. Es la aplicación de la teoría de reembolso, que pretende conservar el equilibrio de los patrimonios; si el beneficiario para obtener la indemnización que resulta por el hecho del seguro, aprovecha de una inversión de fondos que son sociales, es natural que se halle obligado a su reembolso, en la misma medida que se afecta para ese objeto del patrimonio social.

e. Los derechos de autor o inventor.

Indesligables de la persona del creador o inventor; en ellos radica el carácter propio del bien. No obstante se omite referirse a otros derechos inherentes a la persona como son los demás derechos intelectuales; y también la calidad de una asociación. Por ello la regla debería considerarse como bienes propios a todos los derechos patrimoniales inherentes a la persona y no solamente a los derechos intelectuales.

f. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.

Para esta calificación se prescinde del origen de los fondos empleados para su adquisición, la regla de la subrogación real que tiende a conservar el integro un patrimonio a través de los sucesivos actos de disposición realizados sobre el mismo, determina o que el bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio tenga la calidad de fondos empleados para su adquisición o que surja un crédito a favor del patrimonio del que se emplearon los fondos para la adquisición, el cual será reembolsado por el cónyuge a quien se atribuye la titularidad del bien.

Esta omisión constituye un grave defecto del inciso, pues existen bienes de enorme valor pecuniario, tales como las instalaciones de rayos X; las computadoras, el material quirúrgico, los libros de una biblioteca, los instrumentos mecánicos, etc.

- g. Las acciones y participaciones de las sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.*

Así, se califica como bienes propios, las nuevas acciones y participaciones que se distribuyen 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. Sin embargo y por fórmula empleada; también pareciera ser un supuesto derivado del principio del carácter gratuito de la adquisición del bien durante el matrimonio; por cuanto, en los casos de aumento de capital por revaluación de activos fijos; los socios no realizan aporte alguno.

Las diferentes interpretaciones aludidas cobran importancia respecto de los supuestos más usuales en que se aumenta el capital de una sociedad donde un cónyuge tiene acciones o participaciones con carácter propio: nuevos aportes y, capitalización de utilidades, respecto de este último; como no hay dividendos por haber resuelto la sociedad la no distribución de la ganancia el cónyuge rembolsara a la sociedad el valor de los beneficios que se capitalizaron para reservar el derecho del otro consorte.

- h. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.*

Constituye un supuesto de aplicación del principio del carácter gratuito de la adquisición durante el matrimonio: La renta vitalicia otorgada gratuitamente por un tercero a favor de uno de los cónyuges. La gratuidad reside en la falta de contraprestación a cargo del cónyuge beneficiado. La segunda parte de esta norma es un caso de aplicación de la subrogación real: la suma dinero o el bien fungible que recibe el cónyuge beneficiado viene a sustituir en su patrimonio personal a los bienes empleados para cumplir con la contraprestación de su parte.

- i. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.*

Bienes propios que sirvan a la persona para satisfacer sus necesidades de vestido y a objetos vinculados a sus méritos y afectos; por las cuales se les califica como bienes propios.

B. Bienes Sociales

Borda (1969) considera que:

“[...] los gananciales son los bienes adquiridos durante la vida en común, por el esfuerzo de cualquiera de los cónyuges por el juego o el azar en el producto de las rentas y frutos de los bienes propios y de los bienes comunes. Señala que quizá sería más exacto decir que son gananciales todos los que no pertenecen como propios a cualquiera de los cónyuges”. (p. 78)

El Código de 1936 contenía una enumeración detallada de los bienes sociales bajo la denominación de bienes “comunes”. El anteproyecto del código de 1984, acogido por la comisión reformadora y revisora, optó por una solución más simple y

comprehensiva cuando señalo que son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302°.

Tenemos entonces que son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302°; incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiere por su trabajo industria u profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa de caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abandonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso.

En relación a dichos bienes tenemos que el artículo 312° del C.C establece una norma que no existía en el código de 1936 ni tampoco en el anteproyecto del ponente: los cónyuges no pueden celebrar contratos entre si respecto de los bienes de la sociedad. Sin embargo un antecedente de esta norma se encuentra en el artículo 1339° del código de 1936 en cuya virtud se prohibía a los cónyuges contratar entre si salvo por poderes.

Según se advierte del tenor de ambas normas, el código de 1936 establecía la prohibición de contratar de los cónyuges entre si sin que interesara la condición legal de los bienes objeto de la contratación dicho de otro modo, prohibida la contratación relativa a todos los bienes cualquiera fuese su clase y/o condición. Asimismo consagraba una excepción a dicha prohibición el otorgamiento de poderes. Por el contrario el código civil vigente consagra una prohibición absoluta en cuanto se refiere a los contratos a que se contrae: los cónyuges no pueden celebrar entre si ningún contrato. Pero por otro lado, circunscribe esta prohibición a los bienes de la sociedad.

Max Arias – Schreiber (2002) considera que:

“[...] es perfectamente lógico ya que forman parte del caudal de la sociedad conyugal y en esta tienen ellos una participación común e indivisa. Pero lo que es novedoso y sumamente importante es que este precepto constituye una prohibición, lo que deja libertad absoluta para que los esposos puedan celebrar contratos respecto de sus bienes propios o cuando este separación de patrimonios, lo que no sucedía con el artículo 1339° del código de 1936 que prohibía de un modo absoluto la contratación entre cónyuges y luego solo la admitió para el otorgamiento de poderes”.

Es importante también considerar el artículo 313° en cuya virtud corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. El segundo párrafo de esta norma dispone que; *“sin embargo cualquiera de ellos puede facultar al otro para que suma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de alguno de los bienes”.* Y que *“en este caso el cónyuge administrador indemnizara al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos”.*

Para Valverde (1942); considera que: *“[...] el común derecho a administrar los bienes sociales establecidos por la norma antes indicada tiene una excepción, la misma que está regulada por el artículo 314° en las situaciones de los incisos 1 y 2 del artículo 294°”.* (p. 89).

Este artículo dicen textualmente que la administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los casos del artículo 294°, incisos 1 y 2.

- a. Impedimento del otro por interdicción u otra causa.
- b. Ignorancia del paradero del otro o encontrarse en lugar remoto.

Max Arias Schreiber (2002) destaca que:

“[...] también el artículo 315° según el cual la adquisición de bienes muebles puede ser hecha por cualquiera de los cónyuges, resulta evidente que el legislador ha querido facilitar esta clase de actos respecto de bienes de acelerada circulación como son los bienes muebles. Estima el autor que este precepto es sumamente peligroso en nuestros días por el gran valor que tienen muchos bienes muebles, como las acciones, joyas, instrumentos de profesión, artes, y análogos”. (p. 97).

En virtud de lo dicho en el futuro debería introducirse una norma matemática y de posible reajuste similar a la que existe para la donación de bienes muebles de valor o exigir en todo caso el consentimiento de los cónyuges o el otorgamiento de poderes autoritativos. Así mismo la doctrina toma en cuenta a las cargas y responsabilidades, y la ley establece durante la vigencia de sociedad de gananciales una relativa separación de los bienes. La misma normatividad rige tratándose de las que deben responder los cónyuges.

Esta uniformidad en la regulación de los aspectos antes indicados obedece a que los regímenes de los aspectos antes indicados del aspecto patrimonial del casamiento. El patrimonio de una persona se forma no solo con los bienes que constituye el activo sino también con las deudas las mismas que integran el pasivo. Ahora bien al igual que los bienes las deudas pueden ser propias de uno de los cónyuges o de comunes de la sociedad.

De otro lado se toma en cuenta a las deudas de la Sociedad, y se entiende por deudas sociales aquellas que tienen por objeto levantar las cargas de la sociedad o aquellas que en ejercicio de la facultad de disposición de los bienes de la sociedad que en común les asiste han sido contraídas igualmente por los cónyuges. En ambas hipótesis el pago de estas deudas sociales es de cuenta de

la sociedad de gananciales y se efectúa en consecuencia con los bienes sociales.

El artículo 316° enumera en sus nueve incisos que son de carga de la sociedad:

A. Es sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.

Encuentra su origen en la obligación de los cónyuges de alimentar a sus hijos establecidos en el artículo 287 y en el hecho de que esta obligación es atendida comúnmente por los cónyuges con el producto de sus trabajo o con las rentas de sus bienes propios siendo así que ambos tienen la condición de bienes sociales de acuerdo con el artículo 315° del Código Civil.

B. Los alimentos que uno de los cónyuges está obligado por la ley a dar a otras personas.

En su inciso 2 del artículo 316 dispone que sean de carga de la sociedad los alimentos que uno de los cónyuges está obligado por la ley a dar a otras personas.

C. El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges.

A efectos que este importe tenga la condición de carga de la sociedad se requiere que

- a. La liberalidad de que se trata sea hecha por los dos cónyuges en forma conjunta.
- b. Ella recaiga en los hijos comunes de dichos cónyuges.

De lo contrario recaería a medias sobre los bienes propios de cada cónyuge, o por el contrario sería un acto ordinario de disposición de bienes comunes por el artículo 315.

- a. Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios

propios así como las retribuciones y tributos que los afecten.

- b. Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este.
- c. Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales así como las retribuciones y tributos que les afecten.

De acuerdo con los incisos 4, 5 y 6 del artículo 316°. El Código Civil vigente en relación a las reparaciones de mera conservación o de mantenimiento hechas en los bienes propios este código dispone que ellas sean de cargo de la sociedad. Este tratamiento legal es equitativo. De otro lado la razón de las reparaciones es de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios de uno de los cónyuges constituyan cargas o deudas de la sociedad reside en que resultaría inadmisibles que esta última reclame y haga uso del derecho de usar y disfrutar de aquellos y que al tiempo en que deban serle devueltos a su dueño se pretenda que este último asuma los gastos de tales reparaciones

En cuanto se refiere a las mejoras necesarias la obligatoriedad de su realización por la sociedad reside en que sería absurdo que por no efectuarse aquellas el cónyuge propietario pueda perder los bienes de que se trata o que las reciba en grave estado de deterioro, no obstante que la sociedad ha venido gozando de los mismos.

D. Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones que estuviesen afectados tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan.

No existe duda ni controversia respecto del caso de los bienes sociales. Sin embargo podría suscitarse controversia cuando

se trata de las obligaciones que recaen sobre el patrimonio de uno de los cónyuges.

El pago de tales atrasos o réditos ¿debe gravar siempre el patrimonio común sin que interese establecer la época en que ellos se originaron o contrariamente se debería distinguir entre los réditos devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que pesarían sobre el patrimonio común y los devengados en fecha anterior que recaerían sobre los bienes propios del cónyuge deudor esta duda ha sido resuelta claramente por la parte final del inciso 7 cuando dice “cualquiera que sea la época a que correspondan”.

Aun cuando esta posición parece inequitativa debe decirse que ella se sustenta en el hecho de que generalmente lo que se dedica al pago de tales réditos son los frutos o rentas de los bienes mismos y de que estos frutos o rentas son bienes comunes desde el momento en que se genera la sociedad de gananciales.

- a. Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.
- b. Los gastos que cause la administración de la sociedad.

Max Arias – Schreiber (2002) comenta que:

“[...] además de las cargas de la sociedad hay otro grupo de obligaciones que sin estar dirigidas a las fines de las primeras han sido contraídas por los cónyuges dentro de su común facultad de disposición de los bienes sociales. Estas obligaciones se denominan deudas sociales [...] ambas clases de obligaciones responden los bienes sociales y subsidiariamente los propios de ambos cónyuges, a prorrata y que “la distinción entra cargas y deudas sociales sirve no solo para circunscribir y limitar la potestad doméstica de los cónyuges, sino también para

establecer en el pago al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Primero se atenderá al pago de las cargas y luego el de las deudas sociales”. (p. 153).

1.3.2.4. Sociedad de gananciales como patrimonio autónomo.

El patrimonio autónomo es definido en el primer párrafo del artículo 65° del Código Procesal Civil como aquel patrimonio que existe cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien sin constituir una persona jurídica.

Alzamora (1984) dice: “[...] el patrimonio autónomo que son masas patrimoniales correspondientes a determinada persona que ha perdido relación con ellas pero no personas jurídicas autónomas [...] refiriéndose a la masa que tiene una personalidad jurídica provisional de la que deriva su capacidad para ser parte en el proceso”. (p. 67).

Es representado el patrimonio autónomo, en un proceso judicial conforme al artículo 65° del Código Procesal Civil.

- a. Por cualquiera de los que integran, tratándose de la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos (como, por ejemplo, la sucesión indivisa y el régimen de copropiedad), siempre que actúen como demandantes.
- b. Por todos los que conforman si es que tienen la calidad de demandados. Esto es aplicable el artículo 93° del Código Procesal Civil referido al litisconsorcio necesario y según el cual, cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, solo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario.

En caso de desconocerse a uno o más de los sujetos que tienen derecho respecto de los bienes considerados como patrimonio

autónomo, se les notificara la demanda a través de edictos, bajo apercibimiento de designarse a un curador procesal.

1.3.3. Ineficacia del acto jurídico.

1.3.3.1. Noción jurídica.

La regulación de diversos actos jurídicos por parte de nuestro ordenamiento responde a la necesidad de dar los lineamientos básicos que deben orientar la celebración de los mismos, para de esa manera asegurar la consecución de los objetivos queridos por las partes con su realización, entonces vemos que se busca como consecuencia normal y esperada “la eficacia” entendida como la capacidad de los actos para producir sus correspondientes efectos.

Taboada (2002); afirma que:

“[...] entendemos por eficacia a la consecuencia normal y lógica de los actos jurídicos, la cual se manifiesta en sus efectos jurídicos. Sin embargo cuando dichos actos no son celebrados conforme a ley surge como contraposición a la eficacia “la ineficacia”; figura en torno a la cual se centra nuestra investigación; que como precisaremos más adelante se da cuando un acto jurídico no ha producido nunca sus efectos jurídicos (por su invalidez) o que habiéndolos producido deja de hacerlo por causal sobreviniente a la celebración del negocio (ineficacia funcional)”. (p. 87).

Diversos autores definen a la ineficacia en los siguientes términos:

Taboada (2002):

“[...] la ineficacia consiste en una sanción y respuesta para los negocios jurídicos que el sistema jurídico considera que no deben producir nunca efectos jurídicos, o para aquellos que habiendo producido dichos efectos deben dejar de producirlos; esto en virtud a que la autorregulación dada entre las partes en

los contratos debe ser realizada siempre dentro del marco legal cumpliendo los presupuestos y requisitos impuestos por el ordenamiento”. (p. 98).

Rubio (2003); define el termino como:

“[...] la ineficacia es el error sustancial, formal o legal que impide se realicen o produzcan los efectos jurídicos. La ineficacia del acto jurídico, al contrario, será la incapacidad de éste para producir sus efectos, bien porque ha sido mal constituido, o bien porque ciertas circunstancias exteriores a él impiden tales efectos”. (p. 113).

Morales (2002); considera que:

“[...] la ineficacia del negocio jurídico es la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses no merecedores de tutela. “Nosotros definimos a la ineficacia como la consecuencia que priva de efectos jurídicos a los supuestos existentes en que se vulnera el ordenamiento jurídico ante la falta de elementos estructurales del acto o ante un acto que si bien fue válido en su formación este deviene en ineficaz por causas ajenas a su estructura.

1.3.3.2. Tipos.

A. Ineficacia estructural.

Llamada también ineficacia por causa intrínseca, ineficacia inicial u originaria, consistente en la falta de producción de efectos por “haber nacido muerto” o una negación a los efectos operando retroactivamente por “haber nacido gravemente enfermo”. Los autores coinciden en mencionar a la coetaneidad al momento de la formación del negocio jurídico como el primer rasgo de la ineficacia estructural.

Sin embargo, como veremos no basta que se trate de una causal de ineficacia que se presente al momento de formación, sino que además de ello es necesario que la causal suponga un defecto en la estructura del negocio jurídico, pues solo centrarnos en dicha característica nos haría pensar que la rescisiones un supuesto de ineficacia estructural lo cual es errado. En consecuencia en nuestro ordenamiento constituyen supuestos de ineficacia estructural los casos de la nulidad y la anulabilidad, recibiendo ambos casos la calificación de inválidos

B. Ineficacia funcional

Llamada también sobreviniente o ineficacia por causa extrínseca, se presenta cuando un acto jurídico que venía produciendo sus efectos deja de producirlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico, encontramos la rescisión y la resolución.

En la ineficacia estructural nos encontramos ante un acto jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos los elementos del acto, pero por un evento ajeno a su estructura deja de producir efectos; tal es el caso de los supuestos de resolución, rescisión y mutuo disenso.

La regla general es que la falla se presenta con posterioridad a la celebración o formación del acto jurídico, sin embargo si bien en la rescisión la causa de ineficacia es coetánea a la formación del negocio jurídico, en la generalidad de los casos las causales de ineficacia funcional son sobrevinientes a la formación de los actos jurídicos.

1.3.4. Nulidad y anulabilidad.

1.3.4.1. Noción jurídica de acto nulo.

Partiremos por señalar que la voz Nulidad deriva de la palabra Nulo, vocablo cuyo origen etimológico proviene de *nullus* que debe

entenderse como falta de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes o por carecer de las solemnidades que se requieren en su substanciación o en su modo.

En el diccionario Jurídico Cabanellas, encontramos una definición del término nulidad dentro del ámbito procesal y que comprende a su vez una clasificación, así citando a Gelsi Bidart (1949), se entiende por nulidad procesal:

“[...] el estado de inexistencia (no ser, nada jurídica) de un acto procesal; provocado por su desviación o apartamiento del tipo legal respectivo, sea en su propia estructura (vicios o defectos de sus requisitos internos) o en sus antecedentes o circunstancias externas procesales, que se traduce por la ineficacia para producir su (o sus) efectos propios y que puede presentarse desde su comienzo (nulidad) o al principio solo, en potencia, requiriendo una resolución jurisdiccional que lo constituya (anulabilidad), según sea la gravedad de aquel apartamiento”. (p. 89).

Entre las definiciones clásicas podemos citar al renombrado procesalista, Alsina (1963), para quien la nulidad: *“[...] es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico procesal de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello”. (p. 112).*

Por su parte, Couture (1980) afirma que: *“[...] la nulidad consiste en el apartamiento de las formas necesarias establecidas por la ley”. (p. 145).*

De otro lado Hinostroza (1997) entre las definiciones modernas manifiesta que: *“[...] la nulidad consiste, procesalmente hablando en la privación o negación de los efectos normales de los actos procesales que no han guardado las formas prescritas”. (p. 142).*

Por su parte Ticona (2010) afirma que: “[...] *la nulidad procesal es un medio impugnatorio y como tal está destinado a cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo un proceso*”.

1.3.4.2. Efectos del acto nulo.

El acto nulo como lo venimos viendo lo es de pleno derecho y no surte efectos queridos por las partes. Sin embargo una vez celebrado, produce los efectos ulteriores que ahora vamos a considerar. Se trata de los efectos ulteriores interpartes y de los efectos ulteriores frente a terceros, respecto a los cuales, si bien el Código Civil no contiene norma al respecto que la situación preexistente a la celebración del acto nulo no ha sido modificada, como tampoco la que se ha querido crear con la misma celebración.

A. Los efectos ulteriores interpartes.

Para examinar los efectos hay que partir de dos hipótesis: que los derechos, como los deberes u obligaciones, resultantes del acto jurídico hayan sido ejercitados o cumplidas, o que no lo hayan sido.

En el primer caso, es decir, cuando los derechos han sido ejercitados o los deberes cumplidos, y por ello, la situación jurídica preexistente al acto nulo se ha modificado el hecho, la parte que aspira a que se declare la nulidad absoluta del acto celebrado se verá precisada a incoar la correspondiente acción de nulidad.

En tal hipótesis, la acción no va dar creación a una nueva situación jurídica, pues como ya hemos visto, la sentencia es meramente declarativa y solo verifica la situación preexistente a la celebración del acto nulo, ya que este no tuvo ni puede tener eficacia alguna, y como señala Stolfi (1934) que:

“[...] cada uno puede reclamar que le sea restituida la prestación cumplida, restituyéndose a su vez la que ha recibido. La restitución no proviene de la sentencia que

declara la nulidad, sino del título anterior al acto nulo que pueda invocar cada parte respecto a la prestación que cumplió. Además la restitución puede abarcar la entrega de frutos o intereses, según la naturaleza de la prestación. Por ello, será conveniente acumular la acción de nulidad una acción restitutoria, que comprenda la entrega de frutos o el pago de intereses". (p. 65).

En el segundo caso, o sea, cuando los derecho no han sido ejercitado ni los deberes cumplidos, no se ha alterado en absoluto la situación jurídica preexistente a la celebración del acto, y en esta hipótesis, frente a la pretensión de una de las partes, que quiera hacerla valer ante un órgano jurisdiccional, la otra dispone de la excepción de nulidad que la tomamos en el sentido de medio de defensa y no de excepción en el sentido del Código Procesal Civil, por lo que pueda hacerla valer como reconvencción que al igual que la acción puede dar lugar a la declaración judicial de que el acto es nulo.

B. Los efectos ulteriores frente a terceros.

El acto nulo, tampoco surte efectos en contra ni en favor de terceros independientemente de la buena o mala fe de los celebrantes del acto. El Código Civil no tiene norma al respecto y creemos que ella hubiera sido innecesaria pues la conclusión expuesta no puede ser otra. Y además porque el acto nulo lo es independientemente de la sentencia que lo declara y porque como afirman Arauz y Llambias (1955): “[...] el acto nulo, por serlo carece de energía jurídica traslaticia”. (p. 87).

1.3.4.3. Noción de acto jurídico anulable.

Para Vidal, (2000):

“[...] la idea de anulabilidad de un acto jurídico apareció en el Derecho Romano con posterioridad a la de la nulidad. Se originó como un medio de protección concedido por el Pretor a

*quien podía ser perjudicado por un acto jurídico al que se le reconocía validez por que reunía las condiciones exigidas por el **ius civiles**, pero adoleciendo de un defecto en su formación”. (p. 145).*

Para Beti, (2000):

“[...] anulable es el negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales y hasta originando la nueva situación jurídica puede, tras la reacción de la parte interesada, ser removido con fuerza retroactiva y considerando como si nunca hubiera existido: la nulidad surge sólo por efecto de sentencia cuando un interesado toma la iniciativa de hacerla pronunciar por el juez como consecuencia de los vicios que afectan al negocio”. (p. 117).

El acto jurídico anulable, es decir, el que padece de nulidad relativa, es aquel que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez, y por tanto, es eficaz, pero, por adolecer de un vicio, a pedido de una de las partes, puede devenir en nulo. No ofrece, al contrario de lo que ocurre con el acto nulo, dificultades serias en su delimitación conceptual.

El acto anulable produce normalmente los efectos que le son peculiares, pero, a petición de parte interesada, puede declararse nulo judicialmente con efectos retroactivos al momento de su celebración, siempre que concurra alguna de las causales (vicios o defectos de los requisitos de validez) legales que lo invalidan.

Finalmente Torres (2001); señala que:

“[...] el acto anulable no es nulo por sí, pero está afectado de un vicio que lo invalida. Produce efectos, pero éstos pueden ser eliminados si, y sólo si, el acto es impugnado por la parte en cuyo interés se ha establecido la invalidez. La eficacia del acto anulable, pese a la invalidez, puede llegar a ser definitiva

por efecto de la prescripción de la acción de anulación o de la confirmación". (p. 127).

1.3.4.4. Efectos del acto jurídico anulable.

A. Efectos posteriores del acto anulable.

Declarada su nulidad el efecto retroactivo de la sentencia lo hace nulo desde su celebración, es decir, como si no hubiera sido celebrado, quedando extinguidos los efectos queridos y pretendidos y, por consiguiente, si el derecho emergido del acto jurídico no ha sido ejercitado ni los deberes u obligaciones cumplidos, ninguno de los sujetos puede reclamar ni está obligado a cumplir nada respecto al otro. Por el contrario, si el derecho emergido ha sido ejercitado y los deberes u obligaciones han sido cumplidos, cada una de las partes ha de restituir lo que haya recibido y puede reclamar lo que ha entregado. Sin embargo, al igual que con el acto nulo, la nulidad del acto anulable trae efectos posteriores tanto inter partes como frente a terceros, aunque el código no haya legislado al respecto, salvo los actos celebrados por incapaces, lo que veremos a continuación.

B. Los efectos interpartes.

Como consecuencia, de la sentencia anulatoria, si el acto ha sido ejecutado mediante el ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber se han cumplido las prestaciones en que las obligaciones consisten, las partes deben restituirse lo que recíprocamente hayan recibido, con sus respectivos frutos o intereses. Sin embargo, cabe anotar que la doctrina considera que puede haber algunas restricciones a la obligación de restitución, como por ejemplo, la devolución de frutos consumidos y ciertos efectos de contratos de tracto sucesivo.

Por ello, a la acción anulatoria puede acumularse una de resarcimiento de los daños y perjuicios, salvo que la causal

invocada sea la del error. Cuando la anulación la genera la incapacidad relativa de una de las partes, son de aplicación las reglas de los artículos 226°, 228°, 229° del Código Civil.

Por su parte el artículo 226° del C.C: “La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común. La norma es una reproducción literal del artículo 1078° del código de 1936, y pese a que el código derogado no la instalo en el título relativo a la nulidad.

León (2002) señalo que: “[...] ese debió ser su lugar y que la regla general era aplicable solo al caso del acto anulable por causa de la incapacidad relativa del agente”. (p. 67).

La norma, como puede apreciarse, ofrece serias dificultades para su entendimiento y explicación. Por eso, recurrimos nuevamente al maestro, quien partiendo del principio que según el cual la anulabilidad solo la puede invocar la parte a la que beneficia, la explico en el sentido de que se trataba de un acto jurídico que un capaz y un incapaz celebraron como una sola parte, con otro u otros, de la otra parte.

Como la anulabilidad solo la puede demandar el incapaz, escribió León (2002):

“[...] creemos con Espínola, que la acción solo compete al incapaz. Bien se comprende este autor, el alcance (del artículo 83° del código de Brasil de 1916) si de un lado se obliga un capaz y de otro, simultáneamente un capaz y un relativamente incapaz, solo este podrá anular parcialmente el acto, solo a él aprovecha el efecto de la anulación, salvo que fuera indivisible el objeto, caso en el que aprovechara también al capaz que juntamente con él se obligara a la prestación, porque entonces el acto se anula totalmente”. (p. 98).

En virtud pues del artículo 226°; se introduce una excepción al principio de que solo el afectado por la causal de nulidad relativa puede invocarla, y particularmente, en el caso de la incapacidad, que solo podría alegarla el representante legal del incapaz o el propio incapaz cuando cesare su incapacidad. Pero esta excepción se hace viable, para pedir la anulación, cuando el capaz comparte con el incapaz un derecho una obligación indivisible porque en esta hipótesis ambos se benefician con la anulación.

Por la del artículo 228°: “[...] *nadie puede repetir lo que pago a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho*”. Con muy ligeros, la norma está tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora, que la que tomó, a su vez textualmente, del artículo 1130° del código de 1936.

El autor refiere, comentando la norma antecedente, recordó que obedecía al propósito de impedir préstamos de dinero a los incapaces, ofreciéndoles esta protección. De este modo, expreso el maestro si es verdad que la protección existe en cuanto se permite al incapaz anular el acto, resultaría frustrante obligársele a restituir lo que precisamente por tal incapacidad ha disipado sin provecho. La ley supone que por razón de su propia incapacidad, el incapaz ha disipado lo que se le pagó. Mas, si se destruye tal presunción, demostrándose que lo pagado se convirtió en provecho del incapaz, correspondiendo la prueba al adversario, tiene este último derecho a la restitución por aplicación de la ***actio in rem verso***.

C. Los efectos frente a terceros.

En este acápite nos basaremos en lo señalado por Torres (2001); en donde se señala que:

“[...] los efectos ulteriores del acto anulado frente a terceros supone la consideración de dos hipótesis: Que el tercero

haya adquirido el derecho o contraído la obligación con anterioridad al acto anulable o con posterioridad a él”. (p. 95).

Si el tercero ha adquirido el derecho o contraído la obligación con posterioridad a la declaración de nulidad el acto anulable es absolutamente ineficaz, pues este acto no puede surgir ningún efecto luego de la sentencia que lo declaro nulo. Distinta es la situación del tercero que ha adquirido el derecho o ha contraído la obligación con anterioridad a la anulación.

Al respecto León (2002), sin considerar la dualidad de hipótesis que nosotros hemos planteado, opinó que:

“[...] si el tercero procedió de buena fe y adquirió el derecho a título oneroso podía quedar indemne frente a la acción impugnatoria, e incluso, favorecerse, en todo caso, con la prescripción adquisitiva. Esta solución, a nuestro parecer, es la que corresponde frente a los terceros adquirentes de derechos porque es el criterio informante para los casos de simulación y de fraude cuando son sub adquirentes, cuando se trata, desde luego, de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso”. (p. 147).

Tratándose de obligaciones contraídas por terceros, la situación es también distinta. Si la obligación ha sido cumplida, corresponde, según sea el caso, la restitución que debe hacerse a la parte que promovió la acción anulatoria o al mismo obligado que le dio cumplimiento, por quien dio lugar a la causal anulatoria. Si la obligación no ha sido cumplida, queda liberado el obligado, esto es, la parte a quien correspondía la obligación en el acto anulable.

1.3.4.5. Confirmación del acto jurídico anulable.

La anulabilidad se fundamenta en la protección del interés privado del legitimado para accionar, de ahí que frente al acto anulable, la parte

afectada puede optar, si tiene necesidad en la protección, por demandar judicialmente para que se declare su nulidad o si ya no tiene necesidad de protección puede convalidarlo mediante confirmación, o puede dejar que transcurra el plazo de prescripción para ejercer la acción de anulación (prescripción extintiva o liberatoria o sanatoria) o renunciar a la acción una vez que a cesado la causal de anulabilidad.

La confirmación es una forma de convalidación de un acto anulable, por medio del cual el titular de la acción de anulabilidad manifiesta expresa o tácitamente su deseo de querer la validez y eficacia definitiva del acto anulable. La confirmación encuentra su fundamento en el principio de conservación del acto jurídico. La confirmación implica a la acción de anulabilidad (acto negativo) pero es algo más que una simple renuncia, es una manifestación de voluntad expresa o tácita de que se quiere mantener el acto libre de toda amenaza de destrucción (acto positivo).

El acto anulable es eficaz desde su celebración produce los efectos que le son propios como si se tratara de un acto sano sin defectos o vicios que afecten su validez, aunque está amenazado de anulabilidad. La confirmación suprime la amenaza de anulación y asegura la validez y eficacia definitiva del acto que ya no podrá ser impugnado de anulabilidad; la extinción de la amenaza de destrucción del acto no significa que la confirmación tiene efectos retroactivos; sino que simplemente el acto y sus efectos ya producidos dejan de estar amenazados de ser destruidos mediante anulación.

La confirmación opera **ex tunc**, esto es, con efecto retroactivo pues la finalidad exclusiva es convalidar el acto viciado desde su origen. Pero el carácter ex tunc del acto confirmatorio hay que apreciarlo con cuidado. Como apunto León (2002): “[...] *la confirmación en cuanto acto meramente declarativo produce efectos retroactivos, solo respecto a las partes, pero no respecto a terceros, como veremos más adelante*”. (p. 116).

Por eso Coviello (1949); es de opinión que:

“[...] la confirmación no atribuye al negocio confirmado efectos jurídicos que no tenía, en tiempo pasado, sino que tan solo quita la posibilidad de que los efectos jurídicos lleguen a desconocerse en el futuro. Creemos, que en el sentido retroactivo del acto confirmatorio esta sus efectos convalidatorios”. (p. 173).

Los efectos convalidatorios del acto de confirmación, determinan además, que a la confirmación se le llame también convalidación, en razón de que subsana los defectos y vicios del acto anulable y le da validez. Pero creemos que debemos distinguir la confirmación de la convalidación. La doctrina suele usar la convalidación como indicativo de todo hecho o acto que haga desaparecer la impugnabilidad de un acto jurídico. De esto modo, la confirmación viene a ser una especie de género, que es la convalidación.

Esta, entendida como género, es todo hecho que da lugar a la eliminación de la posibilidad de invocar un vicio o causal que sustente la pretensión de impugnar un acto jurídico que se califica de anulable. Así, puede haber una convalidación **ex voluntate**, que viene a ser la confirmación de la que nos estamos ocupando **ex lege**, que es consecuencia del transcurso de los plazos **prescriptorios** o de caducidad respecto de la acción para intentar la anulación del acto.

El fundamento de la confirmación, se fundamenta en el principio de conservación del acto jurídico que ya hemos visto, busca mantener su eficacia y preservar el fin práctico perseguido por las partes. El principio de la conservación del acto jurídico, en el caso de la confirmación, orienta su aplicación a la estabilidad de las relaciones jurídicas originadas por actos o negocios en cuya confirmación se han incurrido en vicios o causales que no lesionan el orden público o que si lo afectan, su magnitud hace preferible el mantenimiento del acto,

precisamente, mediante el acto confirmatorio. Se trata pues de un principio *in favor negotii*.

Por la manera de manifestarse la voluntad, la confirmación puede ser formal y no formal pues como veremos, en la primera debe haber necesariamente una manifestación de voluntad expresa y revestida de formalidades, mientras que en la segunda, en la no formal, la confirmación puede hacerse mediante una manifestación de voluntad también expresa, pero sin excluirse la manifestación tácita. El criterio de distinción que dejemos expuestos corresponde al trámite de la confirmación en el Código Civil, así como a las maneras de manifestarse la voluntad de conformidad con el artículo 141°, que ya hemos estudiado.

Para Torres (1998); considera que:

“[...] nuestro código civil, en vigor considera, pues tanto a la confirmación formal como a la confirmación no formal con un tratamiento, en esta última, que puede inducir a la confusión. De ahí, que consideremos imprescindible detenernos en el análisis de sus normas para trazar una delimitación, basándose en la manera como se manifiesta la voluntad confirmatoria”. (p. 137).

Como ya hemos visto a lo largo del estudio que venimos haciendo, la confirmación tiene por finalidad hacer que el acto anulable surta sus efectos, ab initio, de manera plena y definitiva, y estos son, en esencia, los efectos fundamentales inter partes. Por eso, los efectos de la confirmación deben analizarse respecto a los terceros, pues la consideración a ellos es lo más importante, máxime si los efectos inter partes se reducen a mantener los que ya venía produciendo se reducen a mantener los que ya venía produciendo el acto que se confirma.

Precisamente, en atención a los terceros, el código civil advierte, como regla general, en el artículo 230°: *“[...] que salvo el derecho de*

tercero, el acto anulable puede ser confirmado". Por eso, como bien lo conceptuó el maestro León (2002): "[...] *el acto confirmatorio no es oponible a terceros, pero siempre que se trate de un tercero adquirente de un derecho a título singular, pues los sucesores a título universal del confirmante no pueden invocar, en este caso, su calidad de terceros*". (p. 201).

En relación con los terceros adquirentes a título singular, el código civil no hace distinción según se hayan adquirido el derecho a título oneroso o a título gratuito, con buena o con mala fe, sino que simplemente deja a salvo su derecho, siempre que, obviamente, se haya generado en un acto válidamente celebrado que legitime la oponibilidad al acto confirmatorio.

Por eso, consideramos que la regla general debe ser interpretada, simplemente, en protección del legítimo derecho del tercero adquirente a título singular. La hipótesis la explica León (2002) con el ejemplo de la venta de un inmueble lo vende **a secundus** y después confirma la primera venta. Como explico el maestro, la confirmación de la primera venta no puede perjudicar **a secundus** y este puede oponerse a la confirmación del acto practicado con **primus**.

1.4. Formulación del problema

Es por ello que el problema de investigación queda formulado en los siguientes términos: ¿Cómo debe ser considerado nulo o anulable en beneficio de las partes contratantes y el tráfico comercial los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges de una sociedad de gananciales?

1.5. Justificación del estudio.

A manera de análisis sustentare, el tema de tesis referido a la disposición de los bienes por una de los cónyuges como causal de nulidad o anulabilidad, iniciare, el presente conceptualizando el matrimonio y tenemos como una de sus definiciones: "La unión de un hombre y una mujer, reconocida por la ley,

investida de ciertas consecuencias jurídicas y dirigidas al establecimiento de una plena comunidad de vida. En el lenguaje del derecho, sabemos que el matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges, con los consecuentes derechos y deberes recíprocos, que ya conocemos bien y que son gobernados por el principio de igualdad.

Además derivan también consecuencias de índole patrimonial que nacen de la vida en común, vale decir que se crea la necesidad de atender las obligaciones y erogaciones que la familia va exigiendo, ante esto el derecho interviene brindando, regulando y recogiendo institutos para la correcta administración del patrimonio. Entonces el matrimonio va a tener que adecuarse al conjunto de normas reguladoras de índole económico entre sus cónyuges y con los terceros, agregando a ello que el Código Civil en referencia al Régimen Patrimonial, permite a elección de los cónyuges, solo dos regímenes patrimoniales típicos, tenemos: la sociedad de gananciales o la separación de patrimonios.

El primero es un régimen de comunidad de patrimonios o de patrimonio común, el cual está compuesto, por bienes propios de cada uno de los cónyuges, y por bienes sociales, que vienen a ser aquellos adquiridos durante el matrimonio, mientras en el segundo cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, correspondiéndoles los rendimientos de los mismos.

Del mismo modo es esencial referirse a la sociedad de gananciales, se dice que el régimen matrimonial admite una categoría de bienes, los propios de marido o de la mujer, y otra los bienes gananciales, cuyo destino, tras la disolución, es distinto, tenemos que los bienes propios son los que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y los adquirido durante este a título gratuito, por subrogación real o con otro bien propio, o por una causa o título de adquisición anterior al matrimonio.

En tanto los bienes gananciales son los que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso, o aun después de la disolución de la sociedad conyugal, por una causa o título anterior a la disolución. El acto jurídico

anulable, o sea, el que padece de nulidad relativa, es aquel que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez, y por tanto, es eficaz, pero, por adolecer de un vicio, a pedido de una de las partes, puede devenir en nulo. No ofrece, al contrario de lo que ocurre con el acto nulo, dificultades serias en su delimitación conceptual.

Teniendo entonces que el acto anulable es el negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales y hasta originando la nueva situación jurídica puede, tras la reacción de la parte interesada, ser removido con fuerza retroactiva y considerando como si nunca hubiera existido: la nulidad surge sólo por efecto de sentencia cuando un interesado toma la iniciativa de hacerla pronunciar por el juez como consecuencia de los vicios que afectan al negocio.

Finalmente, de acuerdo al diccionario jurídico de Cabanillas, (2010); encontramos una definición del término nulidad dentro del ámbito procesal y que comprende a su vez una clasificación, así citando a Gelsi Bidart, se entiende por nulidad procesal:

"[...] el estado de inexistencia (no ser, nada jurídica) de un acto procesal; provocado por su desviación o apartamiento del tipo legal respectivo, sea en su propia estructura (vicios o defectos de sus requisitos internos) o en sus antecedentes o circunstancias externas procesales, que se traduce por la ineficacia para producir su (o sus) efectos propios y que puede presentarse desde su comienzo (nulidad) o al principio solo, en potencia, requiriendo una resolución jurisdiccional que lo constituye (anulabilidad), según sea la gravedad de aquel apartamiento"

1.6. Hipótesis.

Los actos de disposición patrimonial realizados por uno de los cónyuges dentro de una sociedad de gananciales deben ser considerados anulables puesto que esto llevaría a un beneficio a los cónyuges de poder confirmar el acto cuando le sea beneficioso a la vez de mejorar el tráfico comercial.

1.7. Objetivo.

1.7.1. Objetivo General

Determinar de que manera deben ser considerados los actos de disposición patrimonial nulos o anulables realizados por uno de los cónyuges pertenecientes a una sociedad de gananciales.

1.7.2. Objetivo Específico

1. Analizar lo que se conoce como ineficacia del acto jurídico dentro del sistema jurídico peruano.
2. Determinar la verdadera naturaleza jurídica de la denominada sociedad de gananciales teniendo en cuenta lo regulado por el Art. 65 del Código Procesal Civil.
3. Analizar los plenos jurisdiccionales que tratan sobre el tema relativo a la disposición patrimonial por uno de los cónyuges y tomar una postura al respecto.
4. Proponer una inserción normativa como causal de anulabilidad de los actos de disposición patrimonial realizados por uno de los cónyuges dentro de la sociedad de gananciales.
5. Proponer una modificatoria relativa a la disposición de uno de los cónyuges de los bienes inmuebles dentro del Código Civil Peruano.

II. MÉTODO

2.1. Diseño de investigación.

Lino (2010) manifiesta que:

“[...] la investigación a realizarse es descriptiva y analítica; ya que el producto final de la investigación jurídica contiene una descripción tanto histórica y analítica como actual del hecho o situación jurídica la investigación consiste en describir las partes o los rasgos de los fenómenos fácticos o formales del Derecho. Trata esencialmente entes ideales, su método es la lógica deductiva y sus enunciados analíticos. Las fases de la descripción son generalmente: La observación, que consiste en examinar los aspectos generales y específicos del objeto; la elección, que consiste en seleccionar los rasgos más característicos del objeto descrito; la disposición, que consiste en ordenar los rasgos seleccionados de acuerdo con algún criterio metodológico y la redacción que consiste en exponer por escrito lo observado o analizado de acuerdo con los objetivos propuestos” (p. 161).

Según Cerda (1998):

“[...] tradicionalmente se define la palabra describir como el acto de representar, reproducir o figurar a personas, animales o cosas...”; y agrega: “Se deben describir aquellos aspectos más característicos, distintivos y particulares de estas personas, situaciones o cosas, o sea, aquellas propiedades que las hacen reconocibles a los ojos de los demás” (p. 71).

De acuerdo con este autor, una de las funciones principales de la investigación descriptiva es la capacidad para seleccionar las características fundamentales del objeto de estudio y su descripción detallada de las partes, categorías o clases de ese objeto.

2.2. Variables, operacionalización.

Variable Independiente: los actos de disposición patrimonial nulos o anulables

Variable dependiente: Sociedad de gananciales.

2.3. Población y muestra

Fracica (1988), la define como: “[...] *el conjunto de todos los elementos a los cuales se refiere la investigación. Se puede definir también como el conjunto de todas las unidades de muestreo*”. (p. 36).

Según Jany (1994), población es “[...] *la totalidad de elementos o individuos que tienen ciertas características similares y sobre las cuales se desea hacer inferencia*” (p. 48).

Todos las usuarias del programa juntos del distrito de Huancabamba, los cuales de acuerdo al último reporte ascienden a un total de 1550 hogares en condición de pobreza extrema.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

2.4.1. Técnicas

Análisis documentario.

Se define como el: “[...] *proceso de revisión documentaria en la investigación estará orientada a la detección, obtención, consulta y extracción de información para la estructuración de las bases teóricas de la investigación de una diversidad de fuentes de consulta*” (Straus y Corbin, 2002).

Fichaje.

Para abordar la investigación hemos creído conveniente utilizar la técnica del fichado, de tipo resumen, bibliográficas y textuales, cuyos instrumentos fueron las fichas bibliográficas. La técnica del fichado, consiste en registrar

de manera ordenada el contenido de la información de libros, periódicos y documentos en general, utilizándose para ello unas tarjetas, papeletas, fichas de papel o cartulina, con su instrumento bibliográfico. (Straus y Corbin, 2002).

También se ha realizado revisión documentaria sobre el tema investigado. Como instrumentos, se han utilizado diferentes de fichas: Bibliográficas, resúmenes, textual.

Entrevista.

Técnica que permite, recoger información en forma directa, esta técnica conlleva a establecer opiniones de los especializados o llamados los consultores expertos, que fundamentaran la investigación en la medida que desde la praxis profesional (Straus y Corbin, 2002).

2.4.2. Instrumentos.

Para el desarrollo de la presente investigación se diseñaron dos instrumentos; los cuales se aplicaron primero a los operadores del derecho; el cual estuvo constituido por ocho ítems de preguntas cerradas orientadas en la operacionalización de las variables; así mismo el segundo instrumento fue una entrevista la cual se aplicó al cuerpo directivo al Ilustre Colegio de Abogados de Piura; para recoger sus apreciaciones sobre el tema. La validación de dichos instrumentos se realizó por medio del llamado juicio de expertos.

2.5. Métodos de análisis de datos

Método Hermenéutico.

El procesamiento de la información desde la “triangulación hermenéutica” entiéndase por “proceso de triangulación hermenéutica” la “acción de reunión y cruce dialéctico de toda la información pertinente al objeto de estudio surgida en una investigación por medio de los instrumentos correspondientes, y que en esencia constituye el corpus de resultados de la investigación” (Cisterna, 2005).

Selección de la información.

La “selección de la información es lo que permite distinguir lo que sirve de aquello que es desechable”. El “primer criterio guía para esta acción es el de pertinencia, que se expresa en la acción de sólo tomar en cuenta aquello que efectivamente se relaciona con la temática de la investigación y el segundo criterio, que es el de relevancia, lo que se devela ya sea por su recurrencia o por su asertividad en relación con el tema que se pregunta”. Estos “hallazgos de información pertinente y relevante son los que permitieron pasar a la fase siguiente que a continuación se detalla” (Cisterna, 2005).

Triangulación.

Como “acción de revisión y discusión reflexiva de la literatura especializada, actualizada y pertinente sobre la temática abordada, es indispensable que el marco teórico no se quede sólo como un enmarcamiento bibliográfico, sino que sea otra fuente esencial para el proceso de construcción de conocimiento que toda investigación debe aportar”. Para ello, hay que “retomar entonces la discusión bibliográfica y desde allí producir una nueva discusión, pero ahora con los resultados concretos del trabajo de campo desde una interrogación reflexiva entre lo que la literatura nos indica sobre los diversos tópicos, que en el diseño metodológico hemos materializado como categorías y sub-categorías, y lo que sobre ello hemos encontrado cuando hemos realizado la indagación de la información”. La “realización de esta triangulación es la que confiere a la investigación su carácter de cuerpo integrado y su sentido como totalidad significativa” (Cisterna, 2005).

Interpretación de la información.

La interpretación de la información constituye en sí misma el momento hermenéutico propiamente tal, y por ello es la instancia desde la cual se construye conocimiento nuevo en esta opción paradigmática. El poder realizar correctamente este proceso interpretativo se ve enormemente posibilitado cuando partimos de elementos teóricos de base, que nos

permiten pensar orgánicamente y, con ello, ordenar de modo sistematizado y secuencial la argumentación (Cisterna, 2005).

2.6. Aspectos éticos

Este trabajo de análisis e investigación se centra en el eje central que significa el problema focalizado de la realidad, pero que no ha sido atendido correctamente por la ciencia jurídica del derecho, para ello se ha usado una serie de fuentes bibliográficas de donde se ha extraído información muy útil para la investigación, tomando las debidas citas bibliográficas, teniendo en cuenta los derechos de autor, por ende, esta investigación no se ha visto afectada por el plagio, siguiendo los lineamientos de una verdadera investigación.

III. RESULTADOS

3.1 Desarrollo de los objetivos de la investigación.

En la presente investigación relacionado al tema de la disposición o gravamen de un bien social sin la intervención de ambos cónyuges, me he inclinado por la causal de anulabilidad, teniendo en cuenta que la disyuntiva se origina porque en la mayoría de casos analizados, el marido (aunque no se descarta que existan casos en que sea la mujer) compra un inmueble dentro del matrimonio; sin embargo, sólo lo inscribe a su nombre, por lo que para efectos del tráfico y de publicidad registral él es el verdadero propietario de dicho inmueble.

Presentándose el problema cuando, sin la intervención de su esposa(o), decide vender o gravar este inmueble, para que posteriormente, la esposa(o) indignado por el comportamiento de su cónyuge demande la nulidad de dicho acto jurídico.

Es importante resaltar que el Negocio Jurídico de disposición de bienes sociales celebrado por uno de los Cónyuges es un negocio jurídico completamente eficaz pero invalido por nulidad relativa correctamente inoponible, porque cumple con todos los requisitos de validez del negocio jurídico y tiene todos los elementos esenciales, así los sujetos que manifiestan su voluntad (cónyuge culpable o tercero) son sujetos de derecho capaces, el objeto de la relación o situación que nace del negocio jurídico es física y jurídicamente posible y el fin que es la del negocio es completamente lícito.

Sin embargo considero a diferencia de la nulidad que la anulabilidad es la forma menos grave de la invalidez negocial, y lo es, porque a diferencia de lo que ocurre con la nulidad supone que la irregularidad que presenta el negocio únicamente afecta el interés de la parte (o de una de las partes) que lo celebra. Como consecuencia de ello la anulabilidad, no determina que el negocio no produzca las consecuencias a las cuales está dirigido sino solamente que dichas consecuencias puedan ser, durante cierto lapso,

destruidas por la parte afectada por la irregularidad; por lo menos teóricamente la anulabilidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente: a) La eficacia precaria del negocio; b) La posibilidad de que el negocio sea saneado, c) La naturaleza constitutiva de la sentencia que compruebe su existencia.

Claro está que la nulidad no podrá ser alegada contra terceros que actuando de buena fe y a título oneroso adquieran algún derecho de un cónyuge que en el Registro Público aparece con facultades para otorgarlo (artículo 2014 del Código Civil).

Como se ha explicado, nuestro Código Civil admite, como regla general, que corresponde a ambos cónyuges su realización, salvo que cualquiera de ellos faculte al otro mediante poder especial. Sin embargo concibo la idea y resultaría lógico que mientras no existiera la voluntad del otro cónyuge, pero a raíz del contrato dicha persona obtuviera un beneficio económico y no se le afectara sus intereses, podría hacer posible que el contrato surta sus efectos, por ejemplo con su aceptación tácita o expresa, a través de una Escritura Pública. De ser lo contrario considero que sería perjudicial para el tráfico comercial.

Tenemos por ejemplo que a si se adoptara la postura como causal de anulabilidad, esta postura no perjudica el tracto comercial, ya que para ello se autoriza que leyes especiales puedan establecer excepciones.

3.2 Descripción de los objetivos específicos.

Analizar lo que se conoce como ineficacia del acto jurídico dentro del sistema jurídico peruano.

Es importante tratar el tema de la ineficacia en el sistema jurídico peruano en razón a su importancia que toma en el tema doctrinario y teniendo en cuenta que en el derecho Privado sin duda la ineficacia de los Actos jurídicos es uno de los institutos más importantes dentro del Derecho civil patrimonial.

Analizando lo ya establecido se dice que los negocios jurídicos, son supuestos de hecho conformados por una o más declaraciones de voluntad,

realizados con el fin de alcanzar un determinado resultado práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.

Es así, que muchas veces los negocios jurídicos se forman con defectos en su estructura, y en otras veces se forman con todos los presupuestos, elementos y requisitos propios del negocio jurídico, sin embargo padecen de un defecto posterior a la celebración del negocio jurídico, presentándose entonces una ineficacia en el funcionamiento, cuando en realidad los actos jurídicos son celebrados para que sean eficaces jurídicamente.

Sin embargo sucede que en muchos casos los actos jurídicos no son eficaces, porque: no llegan a producir los efectos jurídicos por haber nacido muertos o porque los efectos jurídicos que estaban produciendo llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración del acto jurídico, o por ser contrarios a las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

En estos supuestos estamos dentro de la doctrina de la ineficacia: “[...] si el acto jurídico no produce sus efectos normales es calificado de ineficaz, al acto es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos o cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas”.

La razón de ser de esta categoría jurídica radica en el hecho que cuando se celebra un acto jurídico y este no cumple con algún requisito que establecen las normas jurídicas, cuando el contenido del acto jurídico no se ajusta a derecho o por contravenir principios del orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas, cuando estos se encuentran viciados o cuando los actos jurídicos que han venido produciendo normalmente sus efectos, desde la fecha de su celebración dejan de producirlos; el ordenamiento jurídico reacciona en forma negativa estableciendo sanciones.

El sustento de la categoría genérica de la ineficacia de los actos jurídicos es la tutela del principio de legalidad en el ámbito de los actos de la autonomía privada, pues el objetivo del sistema jurídico es que los actos de la autonomía privada produzcan efectos jurídicos, siempre y cuando los

mismos se ajusten a los requisitos de orden legal para que los actos jurídicos sean eficaces.

Los actos ineficaces son aquellos que nunca ha producido efectos jurídicos o que habiéndolos producido dejan de producirlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico.

La ineficacia de los actos jurídicos se ve determinado por ciertas circunstancias en la cual no se ha cumplido con ciertos requisitos o no se ha cumplido con los efectos que las partes han querido. Entonces, a falta de elementos resulta la ineficacia del acto jurídico, La invalidez del acto jurídico resulta de la falta de los elementos esenciales y por consiguiente su nulidad.

La nulidad de un acto jurídico se diferencia de la anulabilidad de la siguiente forma: La nulidad de un acto jurídico se debe a la falta de los elementos esenciales (voluntad, agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito), entonces, al momento de realizar el acto jurídico si faltase uno de estos o todos estos elementos en el acto jurídico sería nulo de pleno derecho (ipso jure), el acto jurídico nace muerto si causar ningún efecto jurídico posterior.

La anulabilidad del acto jurídico consiste en que, celebrado el acto jurídico, este reúne todos los requisitos esenciales para su celebración, pero, luego de un estudio, se puede determinar que existió en la voluntad manifestada un vicio (error, dolo, violencia e intimidación), entonces determinado este vicio, este acto es anulable.

Determinar la verdadera naturaleza jurídica de la denominada sociedad de gananciales teniendo en cuenta lo regulado por el Art. 65 del Código Procesal Civil. Al tratar el tema sobre disposición de bienes sociales es imprescindible establecer la naturaleza jurídica de la llamada Sociedad de Gananciales.

Tenemos entonces que la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es la de ser un patrimonio autónomo e indivisible, por tanto es un todo

patrimonial, un conjunto de bienes, en el que no existen cuotas ideales, lo que lo hace diferente de una co-propiedad.

Lo que tienen los cónyuges no son derechos y acciones sobre el patrimonio común, sino derechos **espectaticios**, es decir, tienen la expectativa (la esperanza) de tener un derecho de propiedad sobre los gananciales, se trata de un patrimonio especial, un conjunto de bienes que sirve de base económica a la familia, por lo que implica que la titularidad patrimonial se vincula a dos personas atadas por matrimonio.

Como bien lo advierte Benavente: “[...] *el problema de la naturaleza de la Sociedad de Gananciales, es por tanto, en buena medida el problema de la manera de interpretar la titularidad de los bienes y derechos que lo componen*”. (Benavente, 1993)

En cuanto a su naturaleza jurídica, la más generalizada, es aquella que señala que la naturaleza jurídica del patrimonio social o común es de un patrimonio autónomo o indivisible cuyos titulares son los cónyuges, los mismos que poseen atributos “sui generis” diferente a aquellos que posee una persona cuya titularidad está regida por las normas de la propiedad ordinaria.

Siguiendo encontramos que existe en doctrina hasta seis teorías para explicar la naturaleza jurídica de la Sociedad de Gananciales: 1) de los gananciales considerados propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, 2) de la indivisión de tipo romano, 3) de la sociedad civil, 4) de la personalidad jurídica, 5) patrimonio autónomo.

En el patrimonio autónomo la titularidad y la calidad de parte material recae en una entidad jurídica distinta a quienes la integran; al respecto Montero Aroca señala que la ley regula quien actúa por esos patrimonios, debiendo resaltarse que la condición de parte se atribuye al patrimonio en si mismo.

Analizar los plenos jurisdiccionales que tratan sobre el tema relativo a la disposición patrimonial por uno de los cónyuges y tomar una postura al respecto.

Al analizar la diversidad de los plenos jurisdiccionales, concuerdo con la sentencia que ha sido materia de comentario, en realidad se afirma que el artículo 315° del código civil Peruano establece que para disponer o gravar un bien social se requiere la intervención de ambos cónyuges; supuesto que no descarta la posibilidad de que uno de ellos pueda otorgar poder a otro, posibilidad legal que se encuentra recogida tanto en el artículo 315° como en artículo 292° del código glosado, lo cual lleva a concluir que la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen no supone un requisito de validez del acto jurídico sino supone una adecuada legitimidad para contratar.

En tal sentido, la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica el poder de disposición que tiene el sujeto en relación con una determinada situación jurídica.

Considero que la disposición jurídica de un bien social sin intervención de uno de los cónyuges tal como está redactado en el artículo 315° de nuestro Código Civil Peruano, es la invalidez por ausencia de legitimidad para contratar de aquel cónyuge que dispone o grava un bien que pertenece a la sociedad conyugal, coincidiendo así con la postura del profesor Rómulo Morales Hervías por considerar que es la que protege mejor los derechos del tercero que adquirió la propiedad del bien que perteneció a la Sociedad Conyugal siempre y cuando haya actuado de buena fe y que no tiene por qué afrontar una situación negativa de los problemas conyugales que la pareja de esposos pueda afrontar, más aun si adquiere confiando en información que constataba en registros públicos. (Morales, 2002).

Por tanto concuerdo con la posición del autor precedente citado cuando dice: *“Si se celebran actos de disposición y de gravamen del cónyuge sin asentimiento del otro cónyuge, tales actos serian eficaces respecto al cónyuge inocente. El tercero que actuó de buena fe tendrá derecho a extinguir el contrato sin perjuicio de la tutela compensatoria contra el cónyuge culpable”*.

No obstante, el ordenamiento jurídico protegerá al tercero que celebre el contrato de buena fe en el sentido que desconocía el estado civil del cónyuge culpable y además será imprescindible inscribir su situación jurídica subjetiva. En este caso, el cónyuge inocente tendrá una tutela jurídica compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el cónyuge culpable.

Como puede verse esta postura también da una salida para el cónyuge perjudicado a la tutela compensatoria contra el cónyuge culpable y a la vez hace prevalecer la buena fe, la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica.

Proponer una inserción normativa como causal de anulabilidad de los actos de disposición patrimonial realizados por uno de los cónyuges dentro de la sociedad de gananciales.

Sería si importante proponer una inserción normativa teniendo en cuenta que el artículo 315° del Código Civil Peruano no es la más idónea, dado que se trata de una norma incompleta.

Y existe un hecho cierto y es que obviamente, una cosa es la ley y sus designios, y otra, muy distinta, la realidad. En efecto, para nadie es un secreto, y mucho menos para quienes ejercen la práctica profesional de abogado, que en nuestro país, la abrumadora mayoría de los cónyuges defraudados en el patrimonio de los bienes sociales por aquellos que en su momento les juraron honrarlos y respetarlos hasta que la muerte los separe son las mujeres. Los maridos son la regla; las mujeres, la excepción.

Y justamente tratándose de una norma incompleta, debería el artículo 315° del código civil peruano, imponer una sanción o consecuencia jurídica ante la contravención de lo que dispone, y claro esta prever que esta situación podría entonces tener un carácter anulable.

De lo anteriormente señalado no podríamos guiarnos por una consecuencia que implica un acto nulo; que resulta ser de pleno derecho, no surte sus efectos y es insubsanable, siendo que no se podría convalidar mediante la

figura de la confirmación que es un acto en virtud del cual se confirma otro acto jurídico, siendo una figura propia de la anulabilidad.

Tenemos entonces que se han establecido diferentes posiciones jurídicas respecto al primer párrafo del citado artículo por ausencia del consentimiento de uno de los cónyuges.

Considero sin embargo que debería de modificarse el artículo para definirlo como anulable en razón a que se trata de un contrato valido por no tener un defecto en su estructura y tutelar los intereses del cónyuge no participante y del tercero de buena fe; en aquellos supuestos en los cuales uno de los cónyuges sin la participación de su consorte afecta el patrimonio social mediante su disposición.

Anulable por falta de asentimiento del cónyuge no interviniente en los actos de disposición arbitraria del patrimonio social.

Anulable cuando el acto de disposición es a título oneroso.

Invalido por falta de manifestación de voluntad de uno de los cónyuges y es la ausencia de un elemento de eficacia del acto.

Invalido por razón de Seguridad del Tráfico Jurídico.

Ya mencionando la modificación del artículo 315° del Código Civil Peruano y de acuerdo a lo señalado anteriormente se estaría dando una solución o una salvedad a un negocio que podría ser convalidado, teniendo en cuenta que es importante proteger el tráfico comercial que busca resguardar las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes.

Claro está que la protección también deviene al cónyuge perjudicado en razón a iniciar una acción indemnizatoria contra su cónyuge que afecto su derecho, aprovechando que el bien se encontraba inscrito solamente a su nombre, o quizá también es bueno resaltar que el negocio jurídico efectuado resulta ser beneficioso para ambos y no tendría que oponerse al mismo.

Finalmente la inserción de un nuevo artículo, o la modificación del mismo implicarían mejorar la disposición de los bienes y proponer un adecuado marco teórico, doctrinal y legal para un sustento de protección tanto del tercero adquirente, y del cónyuge afectado.

3.3 Desarrollo de la proposición formulada y respuesta a la formulación del problema de investigación.

¿Cómo debe ser considerado nulo o anulable en beneficio de las partes contratantes y el tráfico comercial los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges de una sociedad de gananciales?

Considero que la consecuencia jurídica de un bien social sin intervención de la disposición de uno de los cónyuges tal como está redactado en el artículo 315° es la ineficacia estructural y por tanto debería ser considerado anulable.

Siendo que el interés afectado no es otro que el del cónyuge no interviene para controlar el poder administrativo o dispositivo de bienes sociales y puede suceder por el contrario, que aun sin su consentimiento, no tenga nada que oponer al acto realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien que prefiera proteger su interés de algún otro modo, de acuerdo con su consorte, no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende del arbitrio del cónyuge no interviniente.

Así mismo es importante señalar que se busca proteger con el tráfico comercial las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes.

Es cierto que el código civil admite que la manifestación de la voluntad sea expresa o tácita, produciéndose esta última, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de una circunstancia de comportamiento que revelan su existencia.

Sin embargo, este tipo de manifestación resulta discutible para lo establecido por el artículo 315° del código civil Peruano que requiere la intervención conjunta de los cónyuges en los actos de disposición del patrimonio social.

Se estaría entonces ante la manifestación de voluntad del cónyuge no interviniente y se presenta como una verdadera confirmación del acto celebrado por su consorte sin su asentimiento, como si se tratase de un acto anulable, de acuerdo a lo establecido por el artículo 231° del código civil el mismo que señala que el acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal lo hubiese ejecutado en forma parcial o total, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

Si lo que buscamos dentro de las soluciones es poder encontrar el tema de los mecanismos de protección delo cónyuge inocente, estaríamos comentando ya el tema de carácter compensatorio, y la teoría del reembolso, siendo que cada uno de los cónyuges tiene el derecho a ser indemnizado por los valores con que hubiere enriquecido al patrimonio social, así como cada cónyuge tiene el deber de restituir al patrimonio social si se ha enriquecido a costa del mismo.

El fundamento de esta regla es el principio de prohibición de enriquecimiento sin causa aplicado a la economía conyugal y ha llevado a la doctrina a formular la teoría de reembolso (o de las recompensas) que ha sido regulado en otros códigos civiles, si revisamos la legislación comparada.

No obstante que el ordenamiento jurídico da una salida para el cónyuge perjudicado, la tutela compensatoria contra el cónyuge culpable, en este caso la cónyuge inocente tendrá una tutela jurídica compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el cónyuge culpable y a la vez hacer prevalecer la buena fe, la seguridad del tráfico y seguridad jurídica.

Los actos de disposición patrimonial realizados por uno de los cónyuges dentro de una sociedad de gananciales deben ser considerados anulables puesto que esto llevaría a un beneficio a los cónyuges de poder confirmar el acto cuando le sea beneficioso a la vez de mejorar el tráfico comercial.

El tráfico comercial apunta a que las transacciones entre particulares se efectúen en forma rápida y segura y que no se desvirtúen ni modifiquen por

circunstancias de hecho o de derecho que no pudieron ser tomadas en cuenta por las partes contratantes especialmente por el adquirente.

Si tenemos entonces que los llamados negocios jurídicos son las declaraciones de voluntad, que son exteriorizaciones del querer interno de los sujetos, encaminadas hacia la realización de una consecuencia jurídica sería determinante de la voluntad en la generación de los efectos jurídicos

Y si con la confirmación que es la declaración de querer la validez definitiva del negocio impugnado, la misma que puede revestir dos aspectos en realidad, un positivo, que busca mantener el negocio (que era impugnado) y otro negativo que busca renunciar a impugnarlo, ambos son aspectos de una cosa misma, pues quieren la validez definitivamente del acto jurídico desarrollado ya que la confirmación por ser un acto voluntario lícito unilateral realizado con el propósito de sanear o limpiar los vicios que pesan sobre un acto jurídico anulable de nulidad relativa y otorgarle plena validez, acto jurídico este que para que produzca los efectos perseguidos por el celebrante debe ser realizado por quien tiene la titularidad de la acción de impugnación al acto que se quiere confirmar.

Preceptuando entonces que el negocio jurídico cumple con los fines destinados estaría influenciado al correcto desempeño del tráfico comercial lo que conllevaría al normal desarrollo del negocio jurídico y la consecución de sus efectos, por considerar que el contrato por el que se dispone de un bien social sin consentimiento del otro cónyuge es perfectamente válido por no tener ningún defecto en su estructura.

En líneas generales, también es importante resaltar la protección que brinda el Registro que tiene dos destinatarios perfectamente definidos. Por un lado, el titular registral, esto es, aquél que tiene un derecho inscrito en el Registro. Y, por otro, los terceros, es decir, aquéllos que adquieren un derecho amparados en la publicidad que brinda el Registro, siendo que el principio de fe pública registral, como se advierte, adquiere especial importancia dentro de la dinámica de los derechos. Opera en beneficio de los terceros que, dentro del tráfico jurídico-comercial, adquieren un bien de quien,

aparentemente, se encontraba facultado para hacerlo, y/o a través de un negocio jurídico desprovisto, también en apariencia, de toda causa que lo pudiera tornar ineficaz. La protección que materializa convirtiendo en inatacable el derecho del tercero. En este sentido, si se quiere, el principio de fe pública registral enerva el "efecto arrastre" que, de ordinario, suscita la invalidez de un negocio jurídico.

Como se aprecia, este principio protege vigorosamente a quien de buena fe y a título oneroso ha adquirido algún derecho de persona que, en el Registro, aparecía como titular y facultado para disponerlo.

3.4 Aplicación de la jurisprudencia nacional.

Cas. Nº 111-2006 Lambayeque

La sala civil permanente de la corte suprema de justicia de la república, disposición o gravamen de bienes sociales por uno solo de los cónyuges ¿supuesto de nulidad o Ineficacia?

Así pues, a esta teoría se adhiere la sentencia que ha sido materia de comentario cuando alega que el artículo 315° en mención del código del código establece que: para disponer o gravar un bien social se requiere la intervención de ambos cónyuges; supuesto que no descarta la posibilidad de que uno de ellos pueda otorgar poder a otro, posibilidad legal que se encuentra recogida tanto en el artículo 315° como en artículo 292° del código glosado, lo cual lleva a concluir que la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen no supone un requisito de validez del acto jurídico sino supone una adecuada legitimidad para contratar. En tal sentido, la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica el poder de disposición que tiene el sujeto en relación con una determinada situación jurídica.

Considero que la disposición jurídica de la disposición de un bien social sin intervención de uno de los cónyuges tal como está redactado el artículo 315° de nuestro código civil (la cual es una norma incompleta por ausencia de una

sanción a su trasgresión) es la ineficacia por ausencia de legitimidad para contratar de aquel cónyuge que dispone o grava un bien que pertenece a la sociedad conyugal, coincidiendo con la postura del profesor Rómulo Morales Hervías por considerar que es la que protege mejor los derechos del tercero que adquirió la propiedad del bien que perteneció a la Sociedad Conyugal siempre y cuando haya actuado de buena fe que no tiene por qué pagar una situación negativa de los problemas conyugales que la pareja de esposos pueda afrontar, más aun si adquiere confiando en información que constataba en registros públicos. Por tanto concuerdo con la posición del autor precedente citado cuando dice: "Si se celebran actos de disposición y de gravamen del cónyuge sin asentimiento del otro cónyuge, tales actos serían eficaces respecto al cónyuge inocente. El tercero que actuó de buena fe tendrá derecho a extinguir el contrato sin perjuicio de la tutela compensatoria contra el cónyuge culpable.

No obstante, el ordenamiento jurídico protegerá al tercero que celebros el contrato de buena fe en el sentido que desconocía el estado civil del cónyuge culpable y además será imprescindible inscribir su situación jurídica subjetiva. En este caso, el cónyuge inocente tendrá una tutela jurídica compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el cónyuge culpable.

Como puede verse esta postura también da una salida para el cónyuge perjudicado a la tutela compensatoria contra el cónyuge culpable y a la vez hace prevalecer la buena fe, la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica.

Casación número 2139-2007- Lima.

Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la Republica. La Transferencia de la propiedad de un bien inmueble ¿Acto nulo, anulable o ineficaz?

En esta sentencia se discute acerca de la venta de un bien inmueble sin contar con la participación del cónyuge; es válido a pesar que la norma del código civil de 1936 señale expresamente lo contrario. Si bien es cierto que la resolución utiliza el código Civil anterior de 1984, sirve para explicar algunos términos como el de la nulidad de un acto jurídico por falta de

manifestación de voluntad. Siendo declarado procedente por las causales previstas en los incisos 1° y 3° del artículo 386° del Código Procesal Civil, las cuales se sustentan en las siguientes alegaciones:

La interpretación errónea del artículo 188° del Código Civil de 1936, porque como esposa no ha intervenido en la transferencia del bien de la sociedad conyugal y por ende, no ha existido manifestación de voluntad de su parte; siendo nulo el acto jurídico, de conformidad con artículo 1123° del Código Civil de 1936; que no obstante el **Ad Quem** ha considerado que el acto jurídico es conforme, es decir que la transferencia del bien de la Sociedad Conyugal, sin la intervención de la mujer; sería válido, pese a que la ley dice lo contrario; y

Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso siendo el derecho al debido proceso un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluye, la tutela jurisdiccional efectiva, la observancia de la jurisdicción y de competencia predeterminada por la Ley, la pluralidad de instancias, la motivación y la logicidad de las resoluciones y el respeto a los derechos procesales de las partes.

Casación número 4468-2008-Lima.

Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República Inmueble social puede ser hipotecado por un solo cónyuge si figura a su nombre

Si bien el artículo 315° del Código Civil establece que para disponer un bien social se requiere la intervención de ambos cónyuges, o de ser el caso, un poder especial a favor de uno de ellos por parte del otro, esta disposición debe ser analizada sistematizadamente con el resto de nuestro ordenamiento.

Es por ello que en el presente caso, pese a que se haya reconocido la calidad de social del bien inmueble, toda vez que constituye una adquisición a título oneroso dentro del matrimonio, y por ende sea necesario la intervención de ambos cónyuges para disponer del bien, lastimosamente

para los intereses de la cónyuge demandante, el inmueble se encontraba inscrito como bien propio de su cónyuge, quien además ante los registros públicos figuraba como soltero.

Ello hace que toda la protección que pretendía otorgar el artículo 315° del código civil quede de lado, en tanto a partir del registro se genera una protección de aquellos terceros que celebren negocios periódicos sobre el bien registrado.

Esta protección la es otorgada por el principio de buena fe pública registral. Ello permite que la disposición realizada por el cónyuge como titular registral del bien, sea considerada como válida y eficaz, a pesar que la titularidad del bien correspondiéndose ambos cónyuges.

Por lo tanto si bien era necesario la intervención de ambos cónyuges para que se establezca una hipoteca sobre el bien social a favor de la demanda, como producto del registro esta necesidad desapareció otorgándose mayor protección a la demandada, quien de buena fue acepto la hipoteca a su favor sobre un bien que aparecía como propio de su deudor. El problema que se observa en perjuicio de la demandante es común con nuestra realidad, cuando un bien social se encuentra inscrito como propio ante Registros Públicos, lo cual vulnera los intereses de los cónyuges que no aparecen como propietarios en el registro.

Casación número 6151-2003-Lima.

Corte Superior de Arequipa. El reconocimiento de Acciones y Derechos de un Bien Social a favor de terceros deben hacerlo ambos cónyuges. El presente caso se analizó si la que fuera conviviente del ahora demandado cuenta con la legitimidad debida para demandar la división y partición de un bien que tiene la calidad de social, basada en que el demandado quien convivio con ella pese a estar casado le reconoció derechos sobre el citado bien.

La sala superior considero que al tener el bien la calidad de social pues fue adquirido conforme los hechos presentados en tiempo posterior al

matrimonio celebrado entre el demandado y su cónyuge era necesaria la intervención de ambos cónyuges en el acto de reconocimiento de derechos sobre el citado bien a favor de la demandante, por lo que al no haber sucedido así, la demandante no tendría la calidad de propietaria y no contara con título suficiente para demandar la división y partición, declarándose improcedente la demanda presentada.

En efecto, teniendo en cuenta que el matrimonio celebrado entre el demandado y su cónyuge fue realizado en el año 1972, y la adquisición del bien sobre el cual gira la Litis data del año 1984 de conformidad con lo establecido por el artículo 310° del código civil los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio tendrán la calidad de sociales, a menos que hayan sido adquiridos por subrogación real tras la disposición de bienes propios, lo cual no se aprecia en el presente caso, por lo que siendo social el bien, siguiendo lo señalado por el artículo 315° del código civil, para ejercer un acto de disposición como lo es precisamente el reconocer derechos sobre el bien a favor de terceros, es necesaria la intervención de ambos cónyuges de esta manera, al no haber intervenido ambos cónyuges en el acto de reconocimiento de los derechos y acciones sobre el citado bien, la demandante no contaría con un título fehaciente para alegar la calidad de división y partición que todo copropietario ostenta sobre el bien objeto de propiedad.

Nótese bien que el artículo 315° del Código Civil no establece expresamente la consecuencia de la no intervención de ambos cónyuges en la disposición de bienes sociales, no mencionando si acarrea la nulidad o ineficacia del acto celebrado, la doctrina mayoritaria ha determinado que al darse una disposición unilateral de estos bien dicho acto será considerado ineficaz pues se realizó sin legitimidad debida para celebrarlo.

No dejare de mencionar que si bien la ex conviviente y madre de un hijo extramatrimonial del demandado no podrá obtener a sus favor de división y partición del bien solicitado, en caso de que se haya invertido cierta cantidad de dinero para la obtención del citado reconocimiento de derechos sobre el citado bien y él se considera que podría iniciar una demanda en razón al

artículo 1954 del código civil, contra la sociedad conyugal por el beneficio obtenido a su costa, dado que habría otorgado dinero a la sociedad sin obtener incremento alguno en su patrimonio, lo cual le ocasiona perjuicio.

3.5 Aplicación doctrinal.

Concuerdo con la postura tomada por la doctora María Teresa Cornejo Fava, en el tema de Matrimonio, al afirmar que en nuestros días, el matrimonio no es una simple situación de hecho y es en términos técnicos un acto jurídico que origina una relación cuya base de sustentación se encuentra en el Estado, quien es el que oficialmente lo sanciona, teniendo como origen la manifestación de voluntad de los contrayentes. Si bien en principio es un acto jurídico de naturaleza bilateral, es de carácter complejo, en la medida en que tiene una función tipo constitutivo, pues supone también la declaración de voluntad del órgano estatal. (Cornejo, 2000).

De lo dicho se expresa que el matrimonio tiene varios elementos constitutivos, entre ellos tenemos la voluntad expresada por los contrayentes y una razón de ser o causa, que consiste en el propósito de hacer vida en común, de que un varón y una mujer se unan para constituir una familia. Véase entonces que se requiere duplicidad de sexo, de modo que en nuestro sistema legal no se admite el matrimonio de un mismo sexo, como lamentablemente existen en otros países, desnaturalizando lo que es la esencia misma de la unión conyugal.

Asimismo, la manifestación de voluntad común ante autoridad, la que en nombre de la ley declara constituido el matrimonio. Por cierto es que dentro del matrimonio y penetrando más profundamente, dentro de la familia que se llevan a cabo innumerables actos de la actividad diaria en que se dan la mano los sentimientos más puros y nobles del ser humano, como son el amor el espíritu de ayuda y solidaridad.

Pero no podemos negar que el mundo moderno y los avances de todo orden que se han producido en la sociedad han afectado mucho de estos valores y que la calle, los medios de comunicación y transportes masivos, los diversos tipos de estructura económica, han sido y son factores que han penetrado

en el núcleo de la institución matrimonial y por ende familiar, desestabilizándola. Los comentarios ácidos sobre el matrimonio proliferan, las estadísticas demuestran que por lo menos el 75% de los matrimonios son desdichados.

De otro lado en el tema de la sociedad de Gananciales, el doctor Max Arias Schreiber (2002), afirma que nuestro Código Civil establece como régimen legal, el de la llamada Sociedad de Gananciales, que no es otra cosa sino la comunidad de adquisiciones a título oneroso. Como una descripción el Código Civil dispone que el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

Esta definición resulta defectuosa por no destacar con suficiente claridad los bienes que integran la comunidad de adquisiciones a título oneroso ni las características del régimen. Cabe decir procurando salvar este defecto que la sociedad de gananciales en la comunidad existente entre el marido y la 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 de su propio patrimonio y a ambos la del patrimonio social, que debe responder de su patrimonio y a ambos la del patrimonio social, que debe responder al interés familiar.

Esta comunidad de adquisiciones a título oneroso, es un tipo germánico o comunidad en mano común de bienes entre marido y mujer, titulares de un patrimonio destinado a satisfacer las necesidades de la familia. La Sociedad de Gananciales al momento de constituirse lo hace como patrimonio autónomo por lo que no está dividido en partes alícuotas, siendo distinto del patrimonio de cada cónyuge que la integra, de forma tal que tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre dichos bienes sociales será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges, puesto que la voluntad coincidente de ambos cónyuges⁵ constituye la voluntad de la sociedad de gananciales, ello si bien protege los bienes de la sociedad de gananciales, no lo hace con respecto al acreedor, por cuanto éste deberá de esperar la liquidación de dicha sociedad a fin de

hacer efectivo la deuda generada por uno de los cónyuges, debiendo por el momento satisfacer su deuda con los bienes propios con que éste cuente.

Finalmente Marcial Rubio Correa al tratar el tema de la nulidad expresa o textual es aquella que es declarada directamente por la norma jurídica por lo general califica el acto de "nulo" o "bajo sanción de nulidad"; la nulidad tácita o virtual es aquella que sin venir directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico por contravenir el orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas. Un ejemplo claro, es el matrimonio entre personas del mismo sexo. (Rubio, 2003)

Tiene por fundamento proteger intereses que resultan vulnerados por no cumplirse las prescripciones legales al celebrarse un acto jurídico o dictarse una norma, acto administrativo o judicial. Y la anulabilidad es en derecho, una causa de ineficacia de un acto jurídico, que deriva de la ausencia de alguno de los requisitos imprescindibles para que dicho acto tenga validez.

No hay que confundir la anulación con la derogación o la denuncia de un acto. La anulación implica que el acto nunca ocurrió, y por lo tanto, nunca produjo efectos jurídicos. Se asemeja en gran medida a la figura jurídica de la nulidad, pero tiene importantes diferencias: puede ser subsanable y para que tenga efecto debe existir un acto de parte del interesado.

La doctrina diferencia entre nulidad y anulabilidad: a) Cuando un acto es nulo de pleno derecho, no tiene ningún efecto jurídico, y cualquier juez debería aplicar la nulidad de oficio. También se le conoce como nulidad absoluta o insaneable. b) Cuando un acto es anulable, existen unos interesados que pueden pedir la anulación del mismo. Mientras tanto, el acto es válido. También se le conoce como nulidad relativa o saneable.

En el caso que nos ocupa, el motivo principal de anulabilidad de un acto procede de la ausencia de capacidad de la persona que lo firmó. En este caso, cuando la persona adquiere capacidad necesaria, puede optar por anular el acto si así lo desea, o mantenerlo como está (subsanzarlo). Por ello, en el caso de un contrato, la persona que contrató con un menor de edad

puede encontrarse con la anulación del mismo (si el menor cuando alcanza la mayoría de edad, o su representante antes de eso, así lo estiman), pero no podría solicitarlo él a un juez. Con ello, se busca la protección de la parte más débil. (Vidal, 2000).

IV. DISCUSIÓN

La presente tesis en realidad esta destinado a sugerir un cambio en su normativa en relación a lo establecido a la letra en el artículo 315° del Código Civil Peruano, y que el negocio jurídico celebrado finalmente llegue a cumplir sus efectos para los cuales estaba destinado. Si tenemos entonces que el cónyuge inocente con el acto jurídico desarrollado por su esposo(a) se vea beneficiado y resulte ser económicamente muy bueno para el intereses de ambos, y habiendo presentándose esta situación, la primera solución seria que el acto jurídico quede confirmado sea expresa o tacita, siendo que con la confirmación explícita el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmar. Es expresar la confirmación cuando en forma directa se manifiesta la voluntad de dar validez al acto jurídico.

En la confirmación expresa, el vicio y el derecho a la anulación aparece de la manifestación de voluntad de confirmar, puesto que el agente debe hacer referencia a la causal de anulabilidad y su deseo de confirmarlo. La confirmación expresa es el acto jurídico unilateral (porque es realizado por aquel a quien corresponde el derecho de instar la anulación, sin que sea necesario el concurso de la otra parte cuando el acto anulable no es unilateral) y accesorio por el cual la parte a quien corresponde la acción de anulación declara querer la validez definitiva del acto anulable, con conocimiento de la causal de anulación y habiendo esta cesado.

De otro lado con la confirmación tacita la voluntad en el acto confirmatorio, supone aplicar que sobre el particular establece el artículo 141° del Código Civil, según el cual la manifestación es tacita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Si bien la manifestación de voluntad es un tema de ardua discusión por la diversidad de sus variables y por la cercanía que tienen con la frontera de la manifestación expresa y con el silencio en algunos supuestos específicos.

Aplicado esto al ámbito de confirmación puede afirmarse que en este caso la actitud o comportamiento tácito tiene que ver con la ejecución total o parcial del acto anulable (viciado) por parte de quien es titular de la acción de anulabilidad, en armonía con lo que indica el artículo 231°

De otro lado ya habiendo optado por una primera solución, tenemos además de ello la protección al cónyuge afectado a través de una tutela jurídica compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el cónyuge culpable, teniendo derecho a una indemnización de perjuicios que se denomina compensatoria porque reemplaza o equivale, en primer término, a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer en todo o en parte, o que ha ejecutado defectuosamente. Decimos que esto es así, en principio, porque el acreedor tiene derecho, además, a ser indemnizado de todos los daños que indebidamente se le hayan irrogado, aunque el valor de estos sobrepase al de la prestación debida.

Finalmente al tercero se le protegerá por actuar de buena fe buscando que el adquirente de un derecho registrado, no sea afectado por vicios existentes en actos registrados anteriores o por actos no inscritos, orientándose a lograr la seguridad del tráfico, permitiendo que la única información que se requiere conocer sea la que aparece en el Registro. No es igual en los distintos Sistemas Registrales. En el Perú, se encuentra, fundamentalmente, en el principio de fe pública registral (Art. 2014 del Código Civil) y en la oponibilidad de lo inscrito (Art. 2022 del Código Civil).

V. CONCLUSIONES

1. La anulabilidad es la forma menos grave de la invalidez negocial, y lo es porque a diferencia de lo que ocurre con la nulidad supone que la irregularidad que presenta el negocio únicamente afecta el interés de la parte (o de una de las partes) que lo celebra.
2. Que interés afectado no es otro que el del cónyuge que no interviene para controlar el poder dispositivo de bienes sociales y puede suceder, por el contrario, que, aun sin su consentimiento, no tenga nada que oponer al acto realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien que prefiera proteger su interés de algún otro modo, de acuerdo con su consorte, no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende del arbitrio del cónyuge no interviniente.
3. La anulabilidad, no determina que el negocio no produzca las consecuencias a las cuales está dirigido sino solamente que dichas consecuencias puedan ser, durante cierto lapso, destruidas por la parte afectada por la irregularidad; por lo menos teóricamente la anulabilidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente:
a) La eficacia precaria del negocio; b) La posibilidad de que el negocio sea saneado, c) La naturaleza constitutiva de la sentencia que compruebe su existencia.
4. La nulidad no podrá ser alegada contra terceros que actuando de buena fe y a título oneroso adquieran algún derecho de un cónyuge que en el Registro Público aparece con facultades para otorgarlo (artículo 2014 del Código Civil). La nulidad implicaría que este sea nulo de pleno derecho, por lo que no se requerirá de una sentencia que así lo declare porque se trata de un acto jurídicamente inexistente, de un hecho con apariencia de acto y por ser nulo no surte efectos por las partes y sería insubsanable.
5. La protección al cónyuge afectado a través de una tutela jurídica compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el cónyuge culpable, teniendo derecho a una indemnización de perjuicios que se

denomina compensatoria porque reemplaza o equivale, en primer término, a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer en todo o en parte, o que ha ejecutado defectuosamente. Considerar que el contrato por el que se dispone de un bien social sin consentimiento del otro cónyuge es perfectamente válido.

6. Finalmente al tercero se le protegerá por actuar de buena fe buscando que el adquirente de un Derecho Registrado, no sea afectado por vicios existentes en actos registrados anteriores o por actos no inscritos, orientándose a lograr la seguridad del tráfico comercial.

VI. RECOMENDACIONES

1. Una de las primeras recomendaciones es un cambio de normativa en nuestro código civil Peruano, teniendo en cuenta que el artículo 315° solo estima como disponer de un bien atinando solo afirmar que procede con la voluntad de ambos cónyuges o en todo caso con poder del otro.
2. Como segunda recomendación es atreverse a insertar una norma en donde se califique al acto de disposición de los bienes conformado por la sociedad de conyugales como anulable, resaltando obviamente que ese negocio jurídico sea de interés o no afecte al cónyuge inocente.
3. Al insertar una normativa en el código civil peruano, es importante también resaltar la protección hacia el cónyuge afectado, reconociendo que este tiene derecho a una tutela jurídica compensatoria y/o indemnizatoria contra el cónyuge culpable.
4. Y como ultima recomendación obviamente no olvidando en señalar la protección del tercero adquirente de buena fe.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, D. (1999) “La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley general de Sociedades”. En Themis. Revista de Derecho de la PUCP N° 47. Libre Competencia.
- Abramovich, D. (2002). “La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley general de Sociedades”. En Themis. Revista de Derecho de la PUCP N° 47. Libre Competencia.
- Aldana Durán, Mariella. “Impugnación Judicial de Acuerdos”. Comentarios al artículo 92° del Código Civil. En “Código Civil comentado”. Tomo I Gaceta Jurídica Editores. 2003.
- Aldana, M. (2003). “Impugnación Judicial de Acuerdos”. Comentarios al artículo 92° del Código Civil. En “Código Civil comentado”. Tomo I Gaceta Jurídica Editores. 2003.
- Aliaga Huaripata, Luís. En “Código Civil comentado”. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores.2003.
- Beaumont, R. (1998) “Comentarios a la Nueva Ley general de Sociedades”. Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición.
- Beaumont, R. (1998). “Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades”. Gaceta Jurídica editores. Lima- Perú.
- Borda, G. (1969) “Retroactividad de la Ley y derechos Adquiridos” N° 39. Buenos Aires.
- Broseta, M. (1993). Manual de derecho Mercantil. Editorial Tecnos. Madrid-España. 1983.
- Carrera, J. y Carrera, E. (1991) “Ley de Sociedades Anónimas”. Vol II 5ª Edición. Editorial Bosch. Barcelona
- Conasev (2001).Terminología Bursátil.

- De Belaunde, J. (1999). "Reforma del Código Civil y las Personas Jurídicas" En "Congreso de la República: Reforma de Códigos. 2ª Ed. Tomo II. Lima,
- De Castro y Bravo, F. (1984) "La Persona Jurídica". Editorial Civitas. 2º Edición. Madrid.
- El Peruano.(1994). "La Nueva Legislación Comercial". El Peruano, Lima 1994.
- Elias, E. (1998). "Ley General de Sociedades comentada". Editora Normas Legales.
- Elias, E. (1998). Ley General de Sociedades comentada. Editora Normas Legales. Trujillo-Perú.
- Espinoza, J. (2004). "Derecho de las Personas". Gaceta Jurídica, Cuarta Edición.
- Fernández, C. (2001) "Derecho de las Personas". Exposición de Motivos y comentarios al libro Primero del Código Civil Peruano". Editorial Grijley. 8vª Edición actualizada. Lima.
- Flores, M. (1991) "Impugnación de acuerdos de Sociedades Anónimas en la legislación peruana". Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima
- Garrigues, J. (1999) "Curso de Derecho Mercantil". Tomo I 7ma. Edición.
- Garrigues, J. y Uría R. (1975). "Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas" Tomo I.
- Halperin, I. (1975). "Sociedades Anónimas". Ediciones de Palma.
- Halperin, I. (2000). Sociedades Anónimas, 2da edición, Desalma, Buenos Aires, p. 660.
- Hundskopf, O. (1989) Derecho comercial Tomo I. Universidad de Lima. Lima-Perú.
- Hundskopf, O. (1994) Derecho comercial Tomo II. Universidad de Lima. Lima-Perú.

- Hundskopf, O. (1995) “El derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales de Accionistas y su ejercicio a través de Acciones Judiciales”. En *Ius et Veritas*” Año VI N° 11.
- Hundskopf, O. (1995). El Derecho de impugnación de Acuerdos de Juntas Generales o de Accionistas y su ejercicio a través de acciones judiciales. *IUS ET VERITAS* Nro. 11, Noviembre de 1995. Lima-Perú.
- Jiménez de Parga, R. (1995). “La impugnación de acuerdos sociales en la ley reguladora de la Sociedad Anónima. Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima”. Editorial Civitas. Madrid 1995.
- León (2002) “Tratado de Derecho Civil”. Tomo II Acto Jurídico, WG Editor, Lima, 1991.
- López, A. (1998). Las asambleas de accionistas, Editorial abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires.
- Montoya, U. (1967). “Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles”. Imprenta de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima- Perú.
- Montoya, U. (1980) “Derecho Comercial”. Tomo I. Editorial Desarrollo Cuarta Edición. Lima-Perú.
- Montoya, U. (1998). Derecho comercial. Editora Grijley. Lima – Perú.
- Richard, H. y Muiño, O. (1997). Derecho Societario. Editorial Astrea. Buenos Aires-Argentina. 1997.
- Rubio, M. (1989). “Nulidad y Anulabilidad. La Invalidez del Acto Jurídico”, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Volumen IX, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, Lima.
- Torres, M. (2005). El derecho de impugnación de los acuerdos societario, En: Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima.

Uria, R.; Menendez, A. y Olivencia, M. (1992). Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo V, La Junta General de Accionistas; Civitas, Madrid.

Vega, J. (2005). Impugnación y nulidad de acuerdos societarios, En: Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima.

ANEXOS

Resumen de coincidencias X

28 %

1	Entregado a Universida...	2 %
Trabajo del estudiante		
2	millerpumarios.blogspot...	2 %
Fuente de Internet		
3	repositorio.upao.edu.pe	2 %
Fuente de Internet		
4	ujcm.edu.pe	1 %
Fuente de Internet		
5	carmencortez.net	1 %
Fuente de Internet		
6	historico.pj.gob.pe	1 %
Fuente de Internet		
7	www.minjus.gob.pe	1 %
Fuente de Internet		



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA DENOMINADA SOCIEDAD DE GANANCIALES



Página: 1 de 112 Número de palabras: 30192 Text-only Report | High Resolution Activado



FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS TESIS

1. DATOS PERSONALES

Apellidos y Nombres: (solo los datos del que autoriza)
JOSE WALTER ORTIZ ALBURQUEQUE
D.N.I. : 44978675
Domicilio : AV. BOLOGNESI N° 598 - Catacaos
Teléfono : Fijo : 073 - 370278 Móvil 981615075
E-mail : walterortizderecho@gmail.com

2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

Modalidad:

[X] Tesis de Pregrado
Facultad : ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
Escuela : DERECHO
Carrera : DERECHO
Título : ABOGADO

[] Tesis de Post Grado
[] Maestría Grado :
[] Doctorado Mención :

3. DATOS DE LA TESIS

Autor (es) Apellidos y Nombres:
ORTIZ ALBURQUEQUE JOSE WALTER

Título de la tesis:

NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN
PATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA DENOMINADA
SOCIEDAD DE GANANCIALES

Año de publicación : 2019.

4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA:

A través del presente documento,
Si autorizo a publicar en texto completo mi tesis.
No autorizo a publicar en texto completo mi tesis.

[X]
[]

Firma : [Handwritten Signature]

Fecha : 28 de Ene. de 19





ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Cristian Augusto Jurado Fernández; Doctor en Gestión Universitaria; identificado con DNI. N° 17614492; docente de la Facultad de Derecho y Escuela Profesional de Derecho; de la Universidad César Vallejo de la filial Piura; revisor de la tesis titulada:

“NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA DENOMINADA SOCIEDAD DE GANANCIALES”

Del estudiante: **ORTIZ ALBURQUEQUE JOSE**; constato que la investigación tiene un índice de similitud de **28%** verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El suscrito analizo dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo

Piura, 10 de diciembre del 2018




Dr. **CRISTIAN JURADO FERNÁNDEZ**
DOCENTE DE LA ASIGNATURA
DESARROLLO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

ORTIZ ALBURQUEQUE JOSE WALTER

INFORME TÍTULADO:

**NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN
PATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA DENOMINADA
SOCIEDAD DE GANANCIALES**

PARA OBTENER EL TÍTULO O GRADO DE:

ABOGADO

SUSTENTADO EN FECHA: 27 DE NOVIEMBRE 2018

NOTA O MENCIÓN: 16




Dr. CRISTIAN JURADO FERNANDEZ
DOCTOR EN GESTIÓN UNIVERSITARIA

