

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Doctor y Magíster en Derecho
Universidad de Lima
Socio Internacional del Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBDFAM

**TRATADO
DE DERECHO
DE FAMILIA**

Derecho familiar patrimonial
Relaciones económicas e instituciones
supletorias y de amparo familiar

TOMO III

Con la colaboración de
Claudia Canales

Investigación auspiciada y financiada
por la Universidad de Lima

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8950 / 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe



**TRATADO DE DERECHO
DE FAMILIA**
**Derecho familiar patrimonial
Relaciones económicas e instituciones
supletorias y de amparo familiar**

Tomo III

PRIMERA EDICIÓN

Agosto 2012

1,130 ejemplares

© *Enrique Varsi Rospigliosi*

© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2012-13353

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN OBRA COMPLETA:
978-612-4113-02-4

ISBN TOMO III:
978-612-4113-83-3

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221200594

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

FAX: 241-2323

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

*A mis alumnos,
gracias a ellos estas páginas tienen significado*

INTRODUCCIÓN

Esta tercera entrega contiene el marco general del Patrimonio y la Familia.

Por régimen patrimonial de familia debemos entender el conjunto de reglas que regulan las relaciones económicas entre personas que componen una familia, aquellas entendidas entre cónyuges o convivientes y de estos frente a terceros, así como la de los padres e hijos, incluyéndose las relaciones derivadas de la tutela y curatela. Familia y bienes, economía y propiedad, son elementos claves cuando de patrimonialidad de la familia se habla.

El Derecho de Familia es un enrevesado conglomerado de relaciones jurídicas de las que no escapan las económicas considerando que la familia es un motor económico, una comunidad de producción, una unidad de consumo que el Derecho va prestando cada vez mejor atención en sus diferentes aspectos tales como el régimen económico del matrimonio (art. 295), tratamiento patrimonial de las uniones estables (art. 323), derecho de habitación (arts. 323, 731), derechos sucesorios y gananciales (arts. 724 y 822), alimentos (arts. 472 y ss.) y patrimonio familiar (art. 488), solo por mencionar algunas en estas líneas previas.

En la actualidad, y oteando al futuro, urge enfocar el Derecho patrimonial de la familia en un análisis contemporáneo reconociendo que las relaciones familiares vienen reacomodándose en un contexto económico sin desconocer que su esencia es la realización de la persona en su más alta dignidad. De la mano con el afecto, la familia sustenta sus fines en componentes valiables en dinero que el Derecho ha de regular de forma efectiva y eficiente acorde con el momento actual.

Por una cuestión práctica y metodológica, y apartándonos del clásico esquema teórico, y con un afán recreativo, dividimos al Derecho patrimonial de la familia en dos grandes áreas: el *régimen patrimonial de la familia* y el *régimen patrimonial del matrimonio*. Uno el *genus*, el otro la *spes*.

En el *régimen patrimonial del matrimonio* encuadramos las instituciones económicas que componen el Derecho Matrimonial, analizándolas en dos campos, (i) el *régimen general* que comprende todo lo referente al aspecto patrimonial que el matrimonio genera, nos referimos al vínculo sucesoral de los cónyuges, la obligación alimentaria, las contribuciones al sostenimiento del hogar, las cargas de la familia (educación y alimentos), obligaciones sociales y el menaje ordinario del hogar; y, (ii) el *régimen de bienes* que, por su especialidad, requiere un tratamiento unitario y específico en el que se estudia el pacto antenupcial, los regímenes de bienes: sociedad de gananciales y separación de bienes, el derecho de propiedad

sobre los bienes de los cónyuges, deudas y préstamos, facultades de disposición y administración de los bienes, derechos de terceros frente a las deudas de los cónyuges, la extinción del régimen y su liquidación y el régimen de responsabilidad.

Es este último, el *régimen de bienes*, el que comúnmente se ha considerado como el único y exclusivo módulo del Derecho patrimonial de la familia, desconociendo –sabe Dios por qué– que la patrimonialidad de las relaciones humanas familiares van mucho más y más allá.

Dejando atrás esta vieja idea. Estudiamos el *régimen patrimonial de la familia* apartándonos de los exclusivos vínculos económicos conyugales, procediendo a incorporar las demás instituciones familísticas con trascendencia económica que son parte del Derecho de Familia tales como los esponsales, la unión estable, el derecho real de habitación, patria potestad, régimen de visitas, alimentos, patrimonio familiar, tutela, curatela, consejo de familia, hijo alimentista y daños en las relaciones familiares.

Sin desconocer que en el ámbito familiar los derechos tienen un carácter básicamente extrapatrimonial, impulsamos la premisa que nada impide, y en la *práxis* lo vemos, que estos adquieran –por exigencias propias– connotaciones patrimoniales de especial trascendencia. Los derechos de familia están en constante evolución (o rotación), se extrapolan; los derechos extrapatrimoniales se patrimonializan y estos, a su vez, pierden la típica patrimonialidad para centrarse en la protección del individuo, extrapatrimonializándose, como veremos en el desarrollo de esta entrega.

Los volúmenes siguientes en preparación son: Tomo IV - Derecho de la filiación y Tomo V - Diccionario de Derecho de la Familia.

No puedo dejar de agradecer a Marianna Chaves, Liuben Celi, Rosa Alicia Ormeño, Abelardo Ortiz Solé, Sandra Portocarrero quienes permitieron, con su apoyo, culmine las metas trazadas en este tomo.

No cabe duda de que la familia es el elemento esencial para el desarrollo económico de la sociedad, por ello resulta indispensable normar sus elementos patrimoniales en su verdadera esencia. Empecemos esta tercera parte entendiendo que, junto con el afecto, las relaciones económicas y el patrimonio mueven y promueven las relaciones familiares.

Enrique Varsi Rospigliosi

Lima, verano del 2012

**CAPÍTULO
PRIMERO**

**RÉGIMEN
PATRIMONIAL
DE LA FAMILIA**

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

I. Introducción. **II.** Función económica de la familia. **III.** Contenido. **1.** Régimen patrimonial del matrimonio. **1.1.** Régimen general. **1.2.** Régimen de bienes. **2.** Régimen patrimonial de la familia. **IV.** Objetos del Derecho de Familia. **V.** Derechos subjetivos familiares patrimoniales. **VI.** Inmediatez y mediatez económica en las relaciones familiares. **VII.** Sanciones. **VIII.** Daños en las relaciones familiares. **IX.** Patrimonialidad de las instituciones familiares. **3.** Adopción. **4.** Patria potestad. **5.** Alimentos. **6.** Tutela. **7.** Curatela. **8.** Consejo de familia. **X.** Patrimonialidad de las relaciones familiares como consecuencia de la ruptura del vínculo conyugal en el divorcio por separación de hecho.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil patrimonial estudia de forma pormenorizada cada uno de los elementos del patrimonio y de cada una de las relaciones jurídicas que la componen o la pueden componer⁽¹⁾.

Sin razón o, en todo caso, una muy débil, se consideró que el Derecho de Familia formaba parte de Derecho Civil extrapatrimonial. El argumento es que regula, fundamentalmente, relaciones personales, entre dos sujetos deseosos de realizarse más allá de sus sueños, sentimientos que surgen sobre la base del mutuo afecto. Te casas por amor, te divorcias por falta de comprensión o por un engaño, reconoces a un hijo por un compromiso moral, adoptas por cariño, asumes el cargo de tutor o curador en un afán altruista. Además, dentro de sus características típicas se le consideró como un *Derecho no patrimonial*⁽²⁾ sustentándose en la tesis de que si bien el Derecho de Familia contiene relaciones de orden económico los efectos de estas son indirectos, es decir, las relaciones económicas son derivadas y no originarias.

Estas fueron las premisas sobre las que se cimentaron las hoy resquebrajadas bases del Derecho de Familia. Sin hurgar mucho es fácil comprender que todas estas y las demás instituciones familistas tienen un hondo contenido patrimonial que ha ido, de a pocos, reconociendo su trascendencia, enraizándose en la

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Vol. I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, pp. 41 y 42.

(2) VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Lima, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 132.

estructura económica y financiera de la sociedad. *No solo de amor vive el hombre* (con aproximadamente 21'700,000 resultados en Google, 18/12/2011) y frases como la de Gabriel García Márquez *el amor es tan importante como la comida pero no alimenta*, representan una realidad insoslayable que no solo basta aquilatarse y frasearlas sino normarlas. La verdad es que las relaciones de familia se han repatrimonializado a punto tal que debemos hallarles su nueva dimensión y aquella que nos deparará.

No podemos ser tan limitantes y limitativos. Decir que el Derecho de las obligaciones y el Derechos de las cosas son aquellos exclusivos en el estudio del Derecho Civil patrimonial. En todo caso son, a decir de Luis Díez-Picazo, “solo porciones o fragmentos de una unidad superior que es el Derecho Patrimonial o Derecho de Bienes”⁽³⁾. Claro, no es común que la causa de los actos jurídicos familiares sea, normalmente, de orden económico pero tampoco podemos vendarnos frente a un reconocimiento sincero que toda relación de dos personas genera una trascendencia económica, sobre todo si entrambas existe convivencia y relación de vida.

Que deriven relaciones de este tipo es diferente. Hay actos jurídicos familiares típicamente económicos con consecuencias inmediatas como es el caso de los esponsales, los pactos antenupciales, los regímenes de bienes y el patrimonio familiar. Los demás de forma mediata generan trascendencia económica.

Si bien el Derecho Civil se dedica a la defensa de la persona y sus fines dentro de la comunidad “no resulta difícil aislar como una de sus partes al Derecho Patrimonial, que puede ser considerado como aquella parte del Derecho Civil, que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre”⁽⁴⁾. Pero qué de la familia. Acaso esta no es medio natural de la persona y que las relaciones económicas son parte de su realidad. Solo para recordar, la familia, desde sus orígenes, fue suerte de unidad económica⁽⁵⁾. Es un conglomerado económico social en el que el hombre se realiza a través del trabajo conjunto de integrantes. Toda comunidad y las personas que la componen mantienen relaciones económicas; la familia está de ello. Es más es parte fundamental de la economía de un país. Se atribuye y distribuyen bienes entre los sujetos integrantes de relaciones familiares a fin de satisfacer sus necesidades. Considerar que “el Derecho Patrimonial regula las diferentes operaciones que las personas realizan en relación a los bienes económicos”⁽⁶⁾ no es óbice para excluir el Derecho de Familia de esta tipología.

(3) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 42.

(4) Ibídem, p. 41.

(5) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 31.

(6) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 41.

Únicamente los bienes permiten cubrir necesidades. El amor nada compra ni los sentimientos son mecanismos de financiamiento. Queda de lado lo extrapatrimonial y espiritual. En materia de compromisos más vale regular prima facie lo lucrativo, rentable y productivo. Es impensable la existencia de la persona sin patrimonio. Menos aún de familia sin bienes “(...) la necesaria protección de la persona y la salvaguarda de su dignidad y de su libertad, exigen el reconocimiento de un determinado ámbito de poder económico”⁽⁷⁾ y esto es justo lo que busca el Derecho patrimonial de la familia.

II. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA FAMILIA

La vida y desarrollo económico de un pueblo parte de las necesidades de las personas y de la familia. Dependen de una y de la otra. La familia es el motor económico, una comunidad de producción, una unidad de consumo. En las ciudades es esto poco visible. Más se da en las provincias, en aquellos lugares en los que la fuerza del trabajo está representada en núcleos de personas, las familias campesinas, las rurales, son el clásico ejemplo, dado que la fuerza de trabajo es su característica y distintividad. Mientras más manos, más producción; mientras más hijos, más generación de riqueza. Se le llama la familia patrimonializada. La familia como el elemento esencial para el desarrollo de la sociedad, por ello es indispensable normar sus elementos patrimoniales⁽⁸⁾.

III. CONTENIDO

Derecho patrimonial de la familia o Derecho de familia patrimonial, uno u otro encuadran un análisis contemporáneo de cómo las relaciones familiares vienen reacomodándose en un contexto económico sin desconocer que su esencia es la realización de la persona en su más alta dignidad.

La otra cara de la moneda es la *repersonalización de las relaciones civiles*, conocida también personalización o despatrimonialización del Derecho Privado⁽⁹⁾. Pero una y otra no son contrapuestas. Son solo dos formas de ver una misma realidad y obtener mejor provecho. Tanto la persona como el patrimonio son importantes. Digamos, compenetrantes y aliados. En materia familiar, la economía y los bienes no pueden ser tratados de forma ajena. Su incorporación en el tratamiento legal, uniforme con las relaciones interpersonales, en necesario y preciso.

El Derecho de Familia es un conglomerado enrevesado de relaciones jurídicas en la que no escapan las relaciones económicas. Entre ellas tenemos el régimen

(7) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 41.

(8) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 42.

(9) TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. V. 5: família, 2ª Edição, atualizada e ampliada, Editora Método, 2007, p. 24.

económico del matrimonio (art. 295), tratamiento patrimonial derivado de las uniones estables (art. 323), derecho de habitación (arts. 323 y 731), gananciales (arts. 323 y 730), derechos sucesorios (arts. 724 y 822), alimentos (art. 472 y ss.) y patrimonio familiar (art. 488). Pero las demás, también v. gr. de la filiación se deriva uno de los aspectos patrimoniales más importantes de la trascendencia de la persona, los derechos sucesorios. Sin filiación no hay vínculo legal por lo que no podremos acceder a la herencia dejada por una persona, al ser indemostrable el entroncamiento. En esta línea, Méndez Costa nos dice que “en el Derecho de Familia Patrimonial pueden señalarse comprendidas las cuestiones referentes a las prestaciones de alimentos, el régimen matrimonial de bienes, el usufructo y administración de los hijos sujetos a patria potestad, la administración de los bienes de los incapaces por sus tutores o curadores, el bien de familia”⁽¹⁰⁾.

Considero que el régimen patrimonial de la familia tiene dos grandes campos: el régimen patrimonial del matrimonio y el régimen patrimonial de la familia.

1. Régimen patrimonial del matrimonio

En esta área estudiamos las instituciones que componen el Derecho matrimonial, analizándolas en su contexto económico a través de dos campos, el régimen general y el régimen de bienes.

1.1. Régimen general

En esta área se trata todo lo referente al aspecto patrimonial que el matrimonio genera, con exclusión del régimen de bienes.

Nos referimos al vínculo sucesoral de los cónyuges, la obligación alimentaria, las contribuciones al sostenimiento del hogar, las cargas de la familia (educación y alimentos), obligaciones sociales y el menaje ordinario del hogar.

1.2. Régimen de bienes

Por su especialidad requiere un tratamiento unitario, apartado del resto de instituciones matrimoniales, peculiar y específico. Siendo el régimen de bienes la base y columna vertebral de las relaciones económicas conyugales se regula el pacto antenupcial, los regímenes de bienes: sociedad de gananciales y separación de bienes, las deudas y prestamos, la administración de los bienes y el régimen de responsabilidad.

2. Régimen patrimonial de la familia

En esta área ubicamos a las demás instituciones que componen el Derecho de Familia analizadas en su contexto económico tales como los esponsales, la unión

(10) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 499.

estable, el derecho real de habitación, alimentos, patrimonio familiar, consejo de Familia, tutela, curatela, usufructo de bienes de los hijos, régimen de visitas, hijo alimentista y daños en las relaciones familiares.

Con este cuadro podemos verificar la verdadera trascendencia de las relaciones económico-familiares en un contexto macro.

RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA		
Régimen Patrimonial del Matrimonio		Régimen Patrimonial de la Familia
Régimen general	Régimen de bienes	
<ul style="list-style-type: none"> - Herencia - Alimentos - Contribuciones al sostenimiento del hogar - Cargas de la familia: <ul style="list-style-type: none"> • Educación • Alimentos - Obligaciones sociales - Menaje ordinario del hogar 	<ul style="list-style-type: none"> - Pacto antenupcial - Comunidad de bienes - Separación de bienes - Deudas y prestamos - Administración - Responsabilidad 	<ul style="list-style-type: none"> - Esponsales - Unión estable - Derecho real de habitación - Alimentos - Patria potestad - Patrimonio familiar - Consejo de familia - Tutela - Curatela - Usufructo de los bienes de los hijos - Régimen de visitas - Hijo alimentista - Daños en las relaciones familiares

IV. OBJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA

No solo de sujetos se compone la familia⁽¹¹⁾. Lo humano se involucra con lo material. Una curiosa amalgama que presenta a este Derecho de forma singular y sui géneris.

La familia tiene un contenido y un continente patrimonial que permite a los sujetos familiares satisfacer sus necesidades. Existe toda una parafernalia en la familia, accesorios, aparatos, equipamientos, objetos propios de ella que sirven para su realización. De arranque, el término *parafernalia* tiene un origen jurídico. Son los bienes propios de la mujer casada con exclusión de aquellos que puedan ser incluidos en su dote, denominándosele bienes parafernales. Proveniente del latín *parapherna* que se formó, a su vez, del griego παράφερνα, *parápherna*. Compuesta de παρά, *pará* “junto a, al lado de” y φερνα, *ferna* “dote matrimonial”. En términos sencillos significa al lado de la dote.

(11) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 124 a 126.

El Derecho de Familia establece los derechos, deberes y obligaciones derivadas de las relaciones jurídico-patrimoniales como medidas necesarias para la protección del patrimonio de sus integrantes.

La estructura del Derecho de Familia no puede ser limitada exclusivamente en relaciones personales. Las relaciones con las cosas es por demás importante. Todo un patrimonio que permite establecer vínculos jurídicos especiales que escapen del contenido de la tradicionalidad de los derechos reales y de la típica clasificación de los bienes. La familia creó toda una tipología de los objetos, aplicados y aplicables exclusivamente a las relaciones familiares.

Estos objetos son parte de la familia y del Derecho que las trata. Se encuentran identificados en las relaciones familiares de orden patrimonial, el llamado Derecho Familiar patrimonial, siendo un elemento clave y parte su estructura. La finalidad de los bienes es la utilidad que los sujetos le encuentran, sirviéndose de ellos para satisfacer requerimientos personales y familiares. La familia necesita y tiene partes materiales que requieren de respaldo legal.

Por ejemplo, en un inmueble tenemos diversidad de bienes. La casa puede ser un bien propio o social. Dentro de ella hay bienes de cada cónyuge o sociales, bienes de los hijos y hasta bienes de terceros. Hay menaje ordinario del hogar que permite la realización de vida diaria y bienes por accesión moral que permiten una mejor utilidad de las cosas.

Los objetos en el Derecho de Familia son:

- Bienes propios.- Son aquellos que individualmente pertenecen a uno de los cónyuges. Dentro de estos tipos de bienes tenemos a los muebles de uso personal cuyo destino económico es satisfacer las necesidades de sus propietarios como son los libros, el dinero, las vestimentas, las herramientas de trabajo profesional, entre algunos de ellos.
- Bienes sociales.- Aquellos que pertenecen a la sociedad conyugal como consecuencia de la comunidad de bienes existente por el matrimonio. Tenemos los originarios y los derivados. Los primeros son los que por su naturaleza son sociales y los segundos aquellos que proviene de los bienes propios como son las rentas y frutos que estos bienes produzcan.
- Menaje ordinario del hogar conyugal (enseres del hogar o ajuar de la casa).- Son aquellos bienes de uso doméstico y casero que sirven para satisfacer las necesidades cotidianas de la familia tales como los electrodomésticos, utensilios de cocina, enseres del hogar, muebles de alcoba, objetos de decoración. Se caracterizan por ser transportables, sirven de adorno, son ornamentales y permiten tanto la comodidad como la práctica realización de los quehaceres de la casa. Son útiles para el buen uso y comodidad de un inmueble sin los cuales sería imposible habitar o vivir en él (art. 321).

- Casa habitación.- Es aquel bien en el que vive la familia y que el cónyuge superviviente tiene derecho a que le sea adjudicado o se le prefiera en usufructo especial en forma vitalicia y gratuita (art. 731).
- Patrimonio familiar.- Es aquel bien de familia que adquiere la calidad de inembargable, inalienable y transmisible por herencia a través de un proceso judicial o notarial (art. 488). Para nuestra normativa puede ser objeto del patrimonio familiar: La casa habitación de la familia o un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio (art. 489).

Es función de los principios del Derecho de Familia atender el resguardo de las relaciones económicas dentro del *Principio de protección de la familia*. Tenemos el necesario respaldo de la economía familiar y política económica que impulse su crecimiento. La asignación de recursos necesarios para implementar políticas y programas para el bienestar de la familia debe considerarse como una inversión⁽¹²⁾.

V. DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES PATRIMONIALES

El acto jurídico puede tener primordialmente un contenido patrimonial mientras que el acto jurídico de familia no necesariamente, a punto tal que muchas de sus relaciones no pueden valorarse económicamente mientras que otras sí⁽¹³⁾. El dilema surge cuando se intenta caracterizar los derechos subjetivos familiares y hallar su contenido.

Para Borda los derechos “pueden tener carácter patrimonial o extrapatrimonial; si bien los derechos familiares son patrimoniales no son sino consecuencia de otros derechos y deberes más profundos y de carácter extrapatrimonial”⁽¹⁴⁾. Siendo más sinceros, los derechos de familia pueden ser de los dos órdenes, sin negar el hecho que unos tengan del otro y estos de aquellos (los extrapatrimoniales que se patrimonilizan: el derecho al nombre de la mujer casada; los patrimoniales que se extrapatrimonializan: derecho real de habitación).

Los derechos subjetivos familiares patrimoniales son susceptibles de valorarse en dinero, directa o indirectamente. Tienen por contenido una utilidad económica, tienen un coste y un costo. Los derechos subjetivos familiares no patrimoniales no contienen una inmediata utilidad económica ni son valuables en dinero pero al momento de ser lesionados, afectados, dañados adquieren para su reparación un cuántum que es necesario conocer para satisfacer el daño.

(12) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 202.

(13) *Ibidem*, p. 254.

(14) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 10.

VI. INMEDIATEZ Y MEDIATEZ ECONÓMICA EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Los derechos subjetivos familiares patrimoniales son susceptibles de valorarse en dinero, de forma directa o indirecta, mediata o inmediata. El fin económico está presente en las instituciones familiares sea en el origen de estas o a lo largo de su realización. No obstante, es obvio que ciertas instituciones tengan mayor presencia y trascendencia económica que otras y depende, justo, de cada una de ellas y de su correspondiente finalidad.

Inmediatez y mediatez económica en las relaciones familiares

Institución	Relaciones económicas	
	Inmediatas	Mediatas
Esponsales	X	
Matrimonio	X	
Impedimentos		X
Invalidez		X
Divorcio		X
Separación de cuerpos		X
Unión estable pura		X
Unión estable impura		X
Régimen de patrimonial	X	
Parentesco	X	
Paternidad	X	
Filiación	X	
Reconocimiento	X	
Hijo alimentista	X	
Adopción	X	
Patria potestad	X	
Régimen de visitas	X	
Alimentos	X	
Tutela	X	
Curatela	X	
Patrimonio familiar	X	
Consejo de familia		X

VII. SANCIONES

Las relaciones familiares responden a situaciones bastante especiales y en ciertos casos se imponen sanciones pecuniarias frente al incumplimientos de

obligaciones naturales, no necesariamente pactadas entre las partes. Estas sanciones funcionan a modo de restricción de derechos económicos, sea contra el padre, cónyuge o hijo. Apreciemos algunas:

- El cónyuge culpable pierde los gananciales que procedan de los bienes propios del otro (art. 324).
- El reconocimiento del hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto del reconociente la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento (art. 398).
- La sentencia que declara la filiación no confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio (art. 412).
- El matrimonio entre el tutor o curador con pupilo o curado durante el ejercicio del cargo, sin que hayan sido judicialmente aprobadas las cuentas de la administración –salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela autorice el matrimonio por testamento o escritura pública–, perderá la retribución y asumirá responsabilidad (art. 243-1).
- El viudo o de la viuda que se case sin acreditar el inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando de sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que estos no tienen bienes, perderá el usufructo legal sobre los bienes de los hijos (art. 243-2).
- La viuda, divorciada o invalidada que se case antes de los 300 días de la muerte de su marido (salvo acredite no hallarse embarazada) perderá los bienes recibidos del marido a título gratuito (art. 243-3).
- Los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria (art. 88, CNA).

En estos casos se sobrepone el interés económico sobre el personal. Prima la trascendencia patrimonial a las consecuencias personales en aras de consolidar la relación jurídica familiar.

VIII. DAÑOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES

El tratamiento de los daños en el Derecho de Familia resulta especial. Existe todo un tratamiento específico pero no del todo privativo sobre el tema que conlleva la atención de la doctrina y la jurisprudencia comparada.

Existe un tratamiento expreso en el Libro de familia en lo referente al Derecho de daños que podemos graficarlo de la siguiente manera:

Daños en las relaciones familiares	
Interno	Daños derivados de las relaciones domésticas, cotidianas al interior de la familia
	Daños por la ruptura del noviazgo
	Daños por la celebración no auténtica del matrimonio (matrimonio putativo).
	Daños producidos y derivados de la invalidez del matrimonio
	Daños por el incumplimiento de los deberes y obligaciones que emergen del matrimonio. Daños entre los cónyuges
	Daños por la mala gestión administrativa del matrimonio (sociedad de gananciales y separación de bienes)
	Daños derivados del divorcio
	- Entre los cónyuges
	- Respecto de los hijos
	- Respecto de terceros
	Daños a los hijos por el matrimonio mantenido sin afecto
	Daños en las uniones convivenciales
	Responsabilidad en materia de filiación
	- Por falta de reconocimiento
- Por reconocimiento tardío	
- Por declaración de la filiación extramatrimonial	
- Por fecundación asistida defectuosa	
Daño por abuso en el ejercicio de la patria potestad	
Daños por el abuso de la facultad de corrección	
Daños por la negativa al régimen de visitas	
Daño por el síndrome de alienación parental	
Daño derivado de la violencia familiar	
Externo	Relaciones al exterior, fuera del contexto seno familiar
	Responsabilidad por muerte del novio
	Daños derivados por el actuar de un miembro de la familia (hijo menor con y sin discernimiento)
	Daños entre los miembros de la familia por relaciones ajenas a las relaciones familiares (contractual y extracontractual)
	Daños por responsabilidad contractual entre cónyuges
	Daños por la salud de los hijos
	Daños por daños prenatales
	- <i>Wrongful conception</i>
- <i>Wrongful birth</i>	
- <i>Wrongful life</i>	
Responsabilidad de los padres por los daños cometidos por sus hijos	

Hacer una relación enumerativa de la tipología y clase de daños en el Derecho de Familia resulta, además de complicado, poco académico en razón de la multiplicidad y variedad de situaciones que pueden presentarse.

IX. PATRIMONIALIDAD DE LAS INSTITUCIONES FAMILIARES

Las típicas relaciones económicas familiares derivadas del matrimonio han sido las más estudiadas dentro del denominado Derecho Familiar patrimonial olvidando, y en otros casos descuidando, a todas aquellas otras relaciones familiares que, directa o indirectamente, tienen trascendencia patrimonial. Los vínculos de familia, complejos y variados, trascienden lo humano albergando toda una compleja estructura económica que lleva a una coherente reformulación institucional.

Analicemos algunas:

3. Adopción

En mérito de la relación filial generada entre adoptante y adoptado surgen vínculos alimenticios y hereditarios teniendo el padre en relación del hijo la correspondiente patria potestad.

El Código plantea situaciones estrictamente económicas en resguardo del adoptado que tiene un patrimonio. En estos casos, por ejemplo, el tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado en la medida que se hayan aprobado las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas (art. 383). Si el adoptado tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez (art. 384).

4. Patria potestad

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (art. 418). La labor patrimonial es la que genera mayor responsabilidad incluso, en ciertos casos, se exige que los padres que presten garantía respecto de su administración a fin de asegurar el importe de los bienes muebles, las rentas que durante un año rindieron los bienes y las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor (art. 426).

Son derechos y deberes de los padres (art. 423) representar a los hijos en los actos de la vida civil (inc. 6), administrar (inc. 7) y usufructuar los bienes de sus hijos (inc. 8).

5. Alimentos

Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos atendiendo a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor, de allí que existan las instituciones del aumento, reducción y exoneración de los alimentos. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos (art. 481).

6. Tutela

El tutor que cuida de la persona y bienes del pupilo (art. 502).

7. Curatela

El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios (art. 576).

Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial (art. 577).

8. Consejo de familia

Corresponde al consejo de familia (art. 647) decidir la parte de renta o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del incapaz y en la administración de sus bienes (inc. 5), aceptar donación, herencia o legado sujeto a cargas dejado al menor o al incapaz (inc. 6), autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad, uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el juez (inc. 7), determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del menor o incapaz (inc. 8), indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta (inc. 9).

X. PATRIMONIALIDAD DE LAS RELACIONES FAMILIARES COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA DEL VÍNCULO CONYUGAL EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Según el Tercer Pleno Casatorio Civil⁽¹⁵⁾, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 400 del Código Procesal Civil, se resuelve lo concerniente a la fijación de un monto indemnizatorio en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho (arts. 333 inciso 12, 345-A y 349, CC).

En este Pleno se establecieron pautas para una interpretación vinculante que los jueces de todas las instancias están obligados a observar y uniformizar las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales respecto a los procesos de separación de cuerpos o divorcio por la causal de separación de hecho, según lo dispuesto por los del Código Civil.

(15) Cas. N° 4664-2010-Puno. Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.

Los principales criterios son:

1. (...) la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral (fundamento 49).
2. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial (fundamento 54).
3. Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil (...). Debe concluirse que el juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia (...) y también la adjudicación del menaje ordinario del hogar (fundamento 76).
4. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural (fundamento 77).
5. El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que este haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado (...). Igualmente (...) se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.
6. Si el juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello (fundamento 80).
7. El juez superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 370 del Código Procesal Civil (punto 5 del precedente).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Vol. I, 2ª edición, Tecno, Madrid, 2001.
- EL DERECHO EDITORES. *Regímenes económicos matrimoniales*, 1ª edición, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, octubre, 2010.
- FACHÍN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Renovar, Río de Janeiro, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- TARTUCE, Flávio y SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 5: família, 2ª Edição, atualizada e ampliada, Editora Método, 2007.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

ANEXO 1

Derechos Subjetivos Familiares Patrimoniales		
ESPONSALES		
Derecho del promitente inocente de solicitar una indemnización por daños		
MATRIMONIO		
Derecho de los cónyuges	Derecho de los hijos	
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de participar en el gobierno del hogar. • Derecho de efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el consentimiento expreso o tácito del otro. • El derecho de asumir la representación de la sociedad conyugal, si el otro está impedido por interdicción u otra causa, si se ignora paradero o este se encuentra en lugar remoto y, si el otro ha abandonado el hogar. • Derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge mientras dure el matrimonio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho al nombre • Derecho a los alimentos • Derecho a la herencia 	
INVALIDEZ DE MATRIMONIO		
Derecho de los cónyuges	De Terceros	Derecho de los hijos
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a una indemnización por daños para el cónyuge inocente. • El derecho del varón a exigir que la mujer cese en el uso de su apellido. 	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho que el matrimonio inválido produzcan efectos de un matrimonio válido cuando estos hubieran actuado de buena fe. 	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho a los alimentos. • El derecho de heredar.
RÉGIMEN PATRIMONIAL		
De los cónyuges		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de optar determinado régimen económico. • Derecho de administrar sus bienes propios, disponer de ellos y gravarlos. • Derecho a oponerse que el otro cónyuge renuncie a una herencia, legado o donación. • Derecho de no responder por deudas del cónyuge contraídas con anterioridad al matrimonio. 		
DIVORCIO		
Derecho de los cónyuges	Derecho de los hijos	
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a dejar de prestar alimentos al otro cónyuge, salvo las excepciones previstas en la ley. • Derecho a una reparación del daño moral cuando los hechos que han generado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. • Cesa el derecho hereditario entre los cónyuges divorciados. 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la alimentación y educación por parte de sus padres divorciados. • Derecho hereditario. • Derecho a recibir anticipo de herencia. 	

SEPARACIÓN DE CUERPOS	
Declarada judicialmente	De hecho
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de liquidar la sociedad de gananciales. • Derecho de inscribir el fenecimiento de la sociedad de gananciales en el Registro Personal, para sus efectos frente a terceros. • Derecho de inventario valorizado de los bienes de la sociedad de gananciales fenecida. • Derecho a conservar la libre administración de sus bienes propios y disponer de ellos o gravarlos. • Derecho a alimentos. • Pérdida del derecho de heredar del cónyuge separado por culpa suya. • Derecho a la libertad de trabajo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho del cónyuge inocente de adquirir los gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, por pérdida de cónyuge culpable por esta separación de hecho.
Derechos de los hijos	
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a los alimentos y educación. • Derecho de recibir anticipo de herencia. • Derecho al entroncamiento familiar. • Derecho a recibir anticipo de legítima. 	
UNIÓN ESTABLE PURA	
Derechos del varón y de la mujer	
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de carácter patrimonial al conformar una sociedad de bienes similar a la sociedad de gananciales. • Derecho a los alimentos. En la unión de hecho se presenta una obligación alimentaria similar a la que existe entre los cónyuges; sin embargo, esta no es legal sino de carácter natural. • Derecho a los beneficios sociales. En el Derecho Laboral se reconoce que el conviviente supérstite tiene derecho al 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses en caso de fallecimiento del trabajador compañero (DS. N° 001-97-TR -TUO del D.Leg. N° 650, artículo 54). De otra parte, se admite que el conviviente sea beneficiario del seguro de vida del compañero trabajador y que debe ser contratado por el empleador (D.Leg. N° 688, artículo 1). Por su lado, en la legislación del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones se establece que el conviviente tiene derecho a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y es potencial beneficiario de la pensión de jubilación de su compañero (DS. N° 004-98-EF, Reglamento del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, artículo 13). De otra parte, con la creación del Sistema Social de Salud –que otorga cobertura a través de prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de la salud y bienestar social– se precisa que el conviviente es derechohabiente del trabajador compañero y tiene calidad de afiliado con derecho a los beneficios (Ley N° 26790, artículo 3, sustituido por la Ley N° 27177). • Derecho del conviviente abandonado a la indemnización y a recibir alimentos. • Derecho a que al terminar la relación se liquide la sociedad de gananciales. 	

PARENTESCO		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho al nombre • Derecho a la sucesión • Derecho a los alimentos 		
RELACIONES PATERNO FILIALES		
Derecho del padre y la madre		
PATERNIDAD		
Derechos del padre		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de pre y post natal. Los trabajadores de la actividad pública y privada tendrán derecho a una licencia remunerada por paternidad, en caso de que de su cónyuge o conviviente dé a luz, de cuatro (4) días hábiles consecutivos, a fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia. 		
FILIACIÓN		
Derecho de los hijos	Derecho de los padres	
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho al nombre • Derecho a heredar • Derecho a los alimentos 	<ul style="list-style-type: none"> • A reconocer a sus hijos. 	
FILIACIÓN MATRIMONIAL		
Derecho de los hijos	Derecho del marido de la madre	Derecho de la madre
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la paternidad matrimonial • Derecho al nombre • Derecho a heredar 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a negar al hijo de su cónyuge • Derecho a heredar 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a impugnar la maternidad • Derecho a heredar
RECONOCIMIENTO		
Derecho de los padres	Derecho de los abuelos	Derecho de los hijos
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a reconocer. • De reconocer al hijo extramatrimonial que ha muerto y que ha dejado descendientes. • Del reconociente a llevar a vivir al hijo extramatrimonial a su casa, siempre que cuente con el asentimiento de su cónyuge. 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de los abuelos del hijo extramatrimonial a reconocerlo en caso de muerte del padre o madre o cuando los padres sean menores de catorce años. 	<ul style="list-style-type: none"> • Del hijo mayor de edad que fue reconocido que el padre o madre reconociente no lo herede ni tenga derecho a alimentos si es que él no lo consiente.
HJO ALIMENTISTA		
Derecho del hijo alimentista	Derecho del demandado por el hijo alimentista	
<ul style="list-style-type: none"> • A demandar alimentos al que tuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de su concepción. 	<ul style="list-style-type: none"> • A pedir el cese de la pensión de alimentos si demuestra no ser el padre del alimentista. 	

ADOPCIÓN	
Derecho del adoptado	Derecho del o de los adoptante(s)
<ul style="list-style-type: none"> • A adquirir la calidad de hijo • Derecho al nombre • Derecho a heredar • Derecho a los alimentos 	<ul style="list-style-type: none"> • A ejercer la patria potestad sobre el adoptado.
PATRIA POTESTAD	
Derecho de los padres	Derecho de los hijos
<ul style="list-style-type: none"> • A conservar las relaciones personales y cuidar de los bienes de los hijos. • A otorgar y revocar justificadamente la autorización del hijo para trabajar. • A dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo de los hijos. • A aprovechar de los servicios de sus hijos. • A representar a los hijos en los actos de vida civil. • A Administrar y usufructuar los bienes de sus hijos. 	<ul style="list-style-type: none"> • De los hijos solteros a que los padres les provean sostenimiento hasta los 28 años si siguen con éxito estudios profesionales.
ALIMENTOS	
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la obligación recíproca de alimentos por el parentesco. • Derecho de prelación para exigir a los obligados a pasar alimentos. • Derecho de gradación por orden de sucesión legal. • Derecho de solicitar el prorrateo de la pensión alimenticia. • Derecho de solicitar el traslado de la obligación alimentaria por causal de pobreza. • Derecho de pedir alimentos de los hijos extramatrimoniales no reconocidos ni declarados. • Derecho de regular los alimentos en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades de darlos. • Derecho de aumento o reducción de la pensión alimenticia. • Derecho de ejercer la desheredación. • Derecho al reajuste de la pensión alimentaria. • Derecho a la exoneración de la obligación alimentaria. • Derecho de extinción de alimentos por muerte del obligado o alimentista. • Derecho para pedir el cambio en la forma de prestar los alimentos. • Derecho de limitar los alimentos al alimentista indigno. • Derecho de petición de alimentos por su carácter irrenunciable, intransigible e incompensable. 	
TUTELA	
Derecho del pupilo	Derechos del tutor
<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de sus bienes. • Derecho a la facción de inventario de sus bienes y garantía de estos por el tutor. • Derecho a los alimentos, educación, la defensa y protección de su persona por el tutor. 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de pedir el discernimiento del cargo. • Derecho a hacer gastos extraordinarios en los predios, pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía, a que se permita dedicarse a un trabajo, ocupación,

<ul style="list-style-type: none"> • El derecho a que el tutor le deba representar en todos los actos civiles. • El derecho para que el tutor administre los bienes con diligencia ordinaria. • Derecho a que por intermedio del tutor se demande el pago de una pensión alimentaria, si carece de bienes o si son insuficientes. • Derecho a ser representado en todos sus actos civiles, a excepción a los que pueda ejercitar solo. • Derecho a recurrir ante el juez, si teniendo catorce años, contra los actos del tutor. • Derecho a que sus bienes no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial. • Derecho a la rendición de cuentas por parte del tutor. • Derecho a la acción para anular los actos celebrados por el tutor sin las formalidades legales. 	<p>industria u oficio, celebrar contrato de locación de servicios, celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso y todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios y sea con autorización judicial.</p>
CURATELA	
Derechos del curado	Derechos del curador
<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de sus bienes. • Derecho a ser representado. • Derecho a que los frutos de sus bienes se empleen principalmente en su sostenimiento y en procura de su restablecimiento. • El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no tienen el derecho de litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. • Derecho a que sus bienes sean administrados, a su representación en algún proceso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a encargarse de la custodia y conservación de estos y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. • Encargarse de la administración de los bienes en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó. • Cesar en el cargo de curador de bienes por la extinción de estos o por haber desaparecido los motivos que lo determinaron. • Cesar en el cargo de curador de los bienes del desaparecido cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto. • Cesar en el cargo de curatela de los bienes del concebido por su nacimiento o por su muerte.
PATRIMONIO FAMILIAR	
<p>La familia tienen los siguientes derechos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • A la integridad del bien inmueble familiar contra los futuros avatares económicos de la familia o lo obtenido a la fecha no se vean perjudicados por los movimientos crediticios de los padres de los menores en la actualidad a fin de cautelar el derecho a la transmisión por herencia dándole el carácter de inembargable e inalienable. • Al disfrute de los bienes que constituyen el patrimonio familiar por los beneficiarios. <p>Los derechos se concretizan a través de las siguientes situaciones jurídicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • A arrendar el inmueble en casos de situaciones de urgente necesidad. • A arrendar una parte del predio. • A la administración del patrimonio familiar que corresponde al constituyente o a la persona que este designe. 	

CONSEJO DE FAMILIA

Los menores e incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre:

- Derecho a que se vele por sus intereses.

De tales derechos en el Consejo de Familia se efectiviza a través de los siguientes mecanismos:

- El derecho a que el tutor testamentario o escriturario, los ascendientes llamados a la tutela legítima y los miembros natos del consejo pongan en conocimiento del juez el hecho que haga necesaria la formación del Consejo.
- El padre o la madre que tengan la patria potestad tiene el derecho a nombrar y designar por testamento la formación del Consejo de Familia.
- Se tiene derecho a que el cargo de Miembro del consejo sea gratuito e inexcusable y debe desempeñarse personalmente salvo que el juez autorice, por causa justificada, la representación mediante apoderado.

**CAPÍTULO
SEGUNDO**

**RÉGIMEN
PATRIMONIAL
EN EL
MATRIMONIO**

CAPÍTULO SEGUNDO

RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO

I. Normas generales. 1. Generalidades. 2. Conceptos generales. 2.1. Patrimonio. 2.2. Patrimonio conyugal. 2.3. Poder doméstico. 3. Origen. 3.1. Derecho romano. 3.2. Derecho germánico. 3.3. Derecho visigodo-español. 3.4. Cristianismo. 3.5. Antecedentes en el Perú. 3.5.1. Incanato. 3.5.2. Colonia. 3.5.3. Código Civil de 1852. 3.5.4. Código Civil de 1936. 4. Concepto. 5. Denominación. 6. Definición. 7. Características. 7.1. Intereses económicos. 7.2. Libertad y mutabilidad. 7.3. Régimen legal supletorio. 7.4. Poder doméstico compartido. 7.5. Cargas de familia compartidas. 7.6. Connatural al matrimonio. 7.7. Interés familiar. 7.8. Formalidad. 8. Naturaleza jurídica. 9. Objeto y objetivo. 10. Efectos y finalidad. 11. Elementos. 11.1. Sujetos. 11.1.1. Directos. 11.1.2. Indirectos. 11.1.2.1. Descendientes. 11.1.2.2. Terceros. 11.2. Objeto. 12. Contenido y ámbito. 12.1. Personal. 12.2. Patrimonial. 13. Constitución. 13.1. A título voluntario - Elección del régimen. 13.1.1. Antes del matrimonio - Pacto antenuptial. 13.1.1.1. Denominación. 13.1.1.2. Definición. 13.1.1.3. Formalidades. 13.1.1.4. Características. 13.1.1.5. Efectos. 13.1.2. Durante el matrimonio - Sustitución del régimen. 13.1.2.1. Formalidades. 13.1.2.2. Efectos. 13.1.2.3. Incongruencia. 14. Principios. 14.1. Principio de libertad para escoger el régimen económico. 14.2. Principio de igualdad. 14.3. Principio de responsabilidad conjunta. 14.4. Principio de libertad de trabajo. 14.5. Principio de inderogabilidad de las convenciones matrimoniales. 14.6. Principio de comunicabilidad. 14.7. Principio de prohibición de estipulaciones ilícitas. 15. Clasificación de los regímenes patrimoniales. 15.1. Por su vigencia. 15.1.1. Régimen de absorción. 15.1.2. Régimen de unidad de bienes. 15.2. Por su contenido. 15.2.1. Regímenes de comunidad. 15.2.1.1. Régimen de comunidad absoluta. 15.2.1.2. Régimen de comunidad parcial. 15.2.1.3. Régimen de comunidad relativa de muebles, gananciales, aportaciones y bienes futuros. 15.2.1.4. Régimen de ganancias. 15.2.1.5. Régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso. 15.2.2. Regímenes económicos de separación de bienes. 15.2.3. Régimen mixto. 15.2.3.1. Régimen de participación. 15.3. Por la intervención de la autonomía privada. 15.3.1. Régimen obligatorio. 15.3.2. Régimen de elección. 15.3.3. Régimen supletorio. 15.3.4. Régimen de libertad absoluta. 15.4. Por la gestión. 15.4.1. Régimen de administración marital. 15.4.2. Régimen de la administración separada. 15.4.3. Régimen de administración conjunta. 15.5. Sistemas legales. 15.5.1. Régimen legal obligatorio. 15.5.2. Régimen legal supletorio. 16. Regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio en el Perú. 16.1. Sociedad de gananciales. 16.2. Régimen de separación de bienes y deudas. 16.3. Regla y excepción. Praticidad y realidad de los regímenes patrimoniales del matrimonio. 17. Elección y sustitución de regímenes. 17.1. Por voluntad conjunta. 17.2. A solicitud de parte. 17.3. De pleno derecho. 18. Inicio y extinción. 18.1. Inicio. 18.2. Extinción. 19. Liquidación. 19.1. Concepto y definición. 19.2. Aplicabilidad. 19.3. Etapas. 19.4. Tipos. 20. Contribuciones, cargas y obligaciones. 20.1. Contribución. 20.2. Obligación de sostener a la familia. 20.3. Obligación de contribución al sostenimiento del hogar. 20.4. Labores económicas fuera del hogar. Ejercicio de la actividad laboral por el cónyuge. 21. Cargas. 22. Obligaciones sociales. II. Representación y administración. 23. Representación y administración. 23.1. Potestad doméstica. 23.2. Tipología de los actos y representación. 23.2.1. Actos ordinarios. 23.2.2. Actos extraordinarios. 23.3. Representación conjunta. 23.4. Representación unilateral. 24. Teoría de la desconsideración judicial de la persona jurídica y el régimen matrimonial de bienes. 24.1. Introducción. 24.2. Denominación. 24.3. Concepto. 24.4. Definición. 24.5. Estructura de la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen familiar. 24.5.1. Sujetos. 24.5.1.1. Defraudadores. 24.5.1.1.1. Cónyuges. 24.5.1.1.2. Convivientes. 24.5.1.1.3. Padres. 24.5.1.2. Defraudados. 24.5.1.2.1. Cónyuge/Conviviente. 24.5.1.2.2. Hijos. 24.5.1.2.3. Terceras personas. 24.5.2. Vehículo. 24.5.2.1. Persona jurídica. 24.5.3. Objeto. 24.6. Interacción de la persona natural con la persona jurídica en el régimen familiar.

24.7. **Ámbito.** 24.7.1. Régimen de bienes. 24.7.1.1. Liquidación de la sociedad de gananciales. 24.7.2. Régimen de alimentos. 24.8. Tipología de la desconsideración de la persona jurídica. 24.8.1. Desconsideración inversa o indirecta. 24.8.1.1. En cuanto a los sujetos. 24.8.2. Desconsideración reversa o directa. 24.8.2.1. En cuanto a los sujetos. 24.9. Instituciones jurídicas que podrían solucionar el abuso de la persona jurídica. 24.9.1. Ejercicio abusivo del derecho. 24.9.2. Simulación. 24.9.3. Fraude. 24.9.3.1. Fraude en el matrimonio y en la unión estable. 24.9.3.1.1. Fraude en el matrimonio. 24.9.3.1.2. Fraude en la unión estable. 24.9.4. Enriquecimiento sin causa. 24.9.5. La desconsideración de la persona como herramienta eficaz. 24.10. Afectación del tercero en el fraude de la persona jurídica. 24.11. El delito de fraude en la administración de personas jurídicas y el fraude societario para perjudicar la comunidad de bienes y el régimen alimentario. 24.12. Conclusión. 25. Prescripción adquisitiva familiar. 25.1. Estructura normativa. 25.2. Instituciones afines. 25.3. Conclusión acerca de esta forma de usucapión. 26. Derechos expectante de viudedad.

I. NORMAS GENERALES

1. Generalidades

El matrimonio genera consecuencias económicas y la familia es una unidad de producción.

La familia, al igual que toda entidad, necesita de medios económicos. No es ajena a relaciones patrimoniales, lucrativas, financieras, monetarias, contractuales, mercantiles, de capitales. La unión de cuerpo y alma del hombre y la mujer trae inexorablemente reflejos patrimoniales para ambos. Al iniciarse el vínculo conyugal, durante la vida conyugal e incluso después de la disolución de dicho vínculo, los cónyuges hacen frente a necesidades financieras para el sustento del hogar, las relaciones patrimoniales resultan necesarias para la comunidad de vida⁽¹⁶⁾. Como espacio de realización personal y afectiva de sus miembros, la familia está compuesta de relaciones de naturaleza patrimonial⁽¹⁷⁾, no siendo precisamente contenidos naturales y humanos los únicos que la componen. Tiene ingresos y egresos. Compromete su patrimonio o lo protege de gravámenes. En un orden real tanto las relaciones personales como las patrimoniales cumplen una función preponderante en la familia. La economía es gran parte de su contenido y marca su estructura.

Está provista de un patrimonio que le resulta indispensable para cumplir sus objetivos y finalidades, pareciendo evidente que el término “matrimonio” es correlativo y complementario de “patrimonio” (entre ambas palabras solo hay una letra de diferencia: *P* - *M* - atrimonio;), similitud esta que refleja la importancia de las relaciones económicas.

El matrimonio es una institución en la que un “hombre” y una “mujer” se obligan a ejercer sus respectivos roles de pareja y de padre y madre. A decir de

(16) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Vol. VI: Direito de família, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 166.

(17) LÓBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 10.

Belluscio “La unión matrimonial conlleva particularísimas circunstancias en las relaciones particulares entre los cónyuges y en las de ellos con terceros, que requieren regulación legal”⁽¹⁸⁾. Dos seres humanos que consolidarán un patrimonio mediante un esfuerzo conjunto y con iguales derechos sobre él. El aspecto patrimonial difícilmente puede estar divorciado de los deberes que producen en el matrimonio cierto grado de comunidad⁽¹⁹⁾. Esta comunidad de vida de la pareja genera relaciones económicas, de ganancias o pérdidas; una *comunidad de intereses de carácter patrimonial* que se regula de diferentes formas tomando en cuenta las necesidades y características de los cónyuges, como sostiene Lasarte⁽²⁰⁾. Implica un régimen de administración y disposición de bienes que es tratado por el Derecho dentro del llamado Derecho familiar patrimonial.

Esta disciplina jurídica se encarga de dictar las pautas para encausar los vínculos económicos entre los cónyuges y los bienes que conforman a la familia. Existen diferentes formas de administración del patrimonio familiar que se denominan “Regímenes patrimoniales”. Estos difieren de acuerdo a la costumbre de los pueblos, sus tradiciones e idiosincrasias.

El régimen patrimonial del matrimonio está compuesto de normas generales y normas especiales.

- Las disposiciones generales constituyen las normas básicas, imperativas y primarias⁽²¹⁾ que deben ser aplicadas a la generalidad de casos independientemente del régimen existente en cuanto pretenden garantizar el principio de igualdad conyugal⁽²²⁾, se denomina *régimen matrimonial primario*.
- Las especiales, son propias y privativas para cada régimen. Están diseñadas para cada caso y de acuerdo al régimen de bienes que impera en el matrimonio.

2. Conceptos generales

Para entender las relaciones patrimoniales de la familia debemos refrescar algunos conceptos, muchos de los cuales parten de un criterio común, pero para el análisis presente requiere de un tratamiento especial.

(18) BELLUSCIO, Cesar Augusto: “Regímenes matrimoniales”. En: *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XXIV, Driskill, Buenos Aires, 1979, p. 410.

(19) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 499.

(20) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 150.

(21) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 501.

(22) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 153.

2.1. Patrimonio

La noción de patrimonio que consideramos más adecuada es la de conjunto de bienes muebles e inmuebles susceptibles de valoración económica, de utilidad primordial o superflua, sobre los cuales una persona física o los representantes de una persona jurídica tienen la garantía estatal de ejercer todos y cada uno de los derechos inherentes a la propiedad, sin más limitaciones que las establecidas a favor de terceros por la ley, la administración de justicia o la contratación, sean o no acreedores⁽²³⁾.

2.2. Patrimonio conyugal

El patrimonio conyugal es indiviso, pudiendo determinarse la copropiedad mediante sentencia judicial únicamente⁽²⁴⁾. El patrimonio conyugal está formado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, que son valorables económicamente y que corresponde a los cónyuges. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regulan en el Código Civil de 1984, Libro III, Derecho de Familia Título III y se inspira en los Principios de igualdad y el mandato de no discriminación consagrado en la Constitución de 1979, habiéndose concretado estos Principios en los artículos 292, 313, 315 y 317 del Código Civil.

2.3. Poder doméstico

Es aquel poder por el cual cualquiera de los esposos podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y a la conservación de su patrimonio, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma⁽²⁵⁾. Las necesidades ordinarias de la familia tienen como característica la inmediatez en su realización, pero ello no la aleja de ser un tema subjetivo, habrá que tomar en cuenta el nivel de vida, recursos y circunstancias del grupo familiar⁽²⁶⁾, debe ser analizado tomando en cuenta cada familia y las circunstancias de la adquisición del bien.

3. Origen

El régimen patrimonial en el matrimonio tiene en líneas generales el siguiente origen:

- (23) BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal*. Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 137.
- (24) Cas. N° 963-96. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Ediciones Legales, Lima, 2002, p. 151.
- (25) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 239.
- (26) EL DERECHO EDITORES. *Regímenes económicos matrimoniales*, 1ª edición, Grupo El Derecho y Quantor, Madrid, octubre de 2010, p. 327.

3.1. Derecho romano

El origen histórico de la comunidad de bienes es discutido.

En el Derecho Romano no existen antecedentes ciertos de la existencia de la institución a pesar que autores antiguos, como Laurière, creen encontrar en Scaevola, en un epigrama de Marcial a Nigrineo en el Digesto su origen. Otros, como Coquille, Grosley, Humbert y Valroger se remontan más allá y creen que los romanos habían dejado subsistir la costumbre gala de la comunidad en las relaciones matrimoniales.

En el Derecho Romano se establecieron dos sistemas patrimoniales según el tipo de matrimonio celebrado. Si las *justae nuptiae* se contraían *cum manu* la mujer quedaba bajo la potestad del marido y su patrimonio era absorbido⁽²⁷⁾. En el matrimonio *sine manu*, la mujer continuaba bajo el poder del grupo familiar de origen y conservaba la propiedad sobre sus bienes. La esposa debía contribuir a los gastos del hogar, los bienes que aportaba para ello no pasaban al patrimonio del marido sino que se transmitían a los hijos de ambos para quienes estaban especialmente destinados, estos bienes recibieron el nombre de dotales.

3.2. Derecho germánico

En la comunidad germana no existían los lazos de la primitiva familia romana. Al casarse, el contrayente entregaba al padre ciertas sumas de dinero o determinados objetos que representaban el precio de la transmisión (*mundium*); aparte de esto, a la mañana siguiente de la boda, el marido, como premio a la virginidad de la mujer le otorgaba una donación especial (*morgengabe*) consistente en dinero, joyas u otros objetos que luego se generaliza y se entrega en premio de las cualidades de la esposa, sea o no virgen. Estas dos donaciones se confundían en una sola con el nombre de *donarium*, *dotario* o *dos* a cambio de la cual los padres de la novia entregaban al casarse, aunque sin obligación alguna, ciertas sumas o bienes los que tenían el carácter de un anticipo de legítima.

Este sistema se denominó “comunidad de administración” puesto que el marido, como sucesor del padre de la novia, concentraba en su mano todos los bienes de aquella, tanto muebles como inmuebles, los que administraba y usufructuaba, pudiendo disponer por sí solo de los primeros, mas no de los segundos, sin el consentimiento de la mujer, por estimarse patrimonio común de la familia. La mujer solo podía disponer de los utensilios caseros denominados *gerade*.

Era el marido el que contraía las obligaciones y tenía capacidad para realizar los negocios de la familia. Debía responder con todos los bienes de la familia, con las limitaciones indicadas. Los bienes que se obtuvieran durante el

(27) OMEBA: *Enciclopedia Juridica*. Editorial Dickinson, Buenos Aires, 1978, p. 349.

matrimonio pertenecían a ambos cónyuges al ser producto de los bienes de ambos o de su trabajo.

3.3. Derecho visigodo-español

Prieto Bancés y De los Mozos sostienen que el origen de la sociedad de gananciales debe situarse en el Derecho romano vulgar. Estos autores piensan que una manifestación muy clara y elocuente de la idea de comunidad, que siembra el cristianismo, se encuentra en la novela de Valentiano III (*De fructibus inter maritum et uxorem*). Según esta doctrina, se establecía que los cónyuges quedaban exentos de la obligación de rendir cuentas de los frutos provenientes de sus respectivos patrimonios consumidos durante la vida matrimonial, lo que revela que existía la costumbre de colocarlos en común para atender los gastos de la familia y que disponían de ellos tanto el varón como la mujer, viendo en ello los autores la posible derivación de la partición por mitad de los frutos restantes.

Esto fue acogido por el Derecho visigótico en el Brevario de Alarico o *Lex Romana visigotorum* y, al amparo de la misma, se forma una costumbre, con ocasión de las donaciones nupciales, de acuerdo con la solución cristiana del reparto por mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, como se revela en la fórmula XX de la llamada Colección ovetense. Sin embargo, esta corriente reconoce que el *Liber Iudiciorum*, la *Ley Dum cuiscumque* de *Recesvinto* se pronuncian por la solución que dispone el reparto proporcional a las aportaciones de los cónyuges, lo que marca las diferencias entre los historiadores en cuanto al origen de la sociedad de gananciales; poniendo de relieve que el carácter legal de tal régimen era supletorio y que como regla principal se tenía los pactos prenupciales, cuyo origen debe vincularse al derecho romano vulgar de Occidente, lo que acreditaría su ascendencia cristiana y no germánica.

La versión romanceada del *Liber Iudiciorum* es el Fuero Juzgo, en el que la ley XVI, título II, libro IV, disponía lo relativo al destino de las ganancias hechas por los cónyuges durante el matrimonio, ganancias que debían dividirse en razón a la cuantía de los bienes aportados por los esposos, tratándose de una división proporcional. Sin embargo, según sostiene la doctrina más antigua, tal situación no se dio en la práctica en Castilla, en donde se estableció la división por mitad, a través de los pactos prenupciales, que debieron darse antes de la ley de *Recesvinto* y continuarse realizando después de ella.

Eran bienes gananciales todo lo que el marido y la mujer adquirían durante el matrimonio, por sí o por medio de su hacienda. Sobre lo que el marido adquiría en la guerra, por donación o herencia de amigos o extraños, de su patrono o del monarca, no tenía la mujer derecho alguno, pudiendo el marido disponer libremente, sucediendo en ellos sus hijos o herederos. Para la mujer también eran considerados propios los bienes así adquiridos.

Con posterioridad al periodo visigodo –con la caída de la monarquía goda y consiguiente invasión musulmana– se produce una dispersión de la población hispana y, por tanto, una diversificación de la normativa. En esta época se acentúan los pactos o convenciones que determinan el régimen económico matrimonial y muestran la tendencia hacia el régimen comunitario. Son los denominados pactos de unidad que fueron aceptados en el Derecho local; también, se dieron otras modalidades de pactos de mitad que buscaban la comunidad de bienes, estos aparecen en los fueros de Alcalá (título 84), el de Daroca (título 86), el de Coria (título 73) o de Cáceres (título 80).

3.4. Cristianismo

Lefebvre sostuvo que el régimen de bienes se originó gracias a la concepción cristiana del matrimonio. Se consideró que la mujer germana fuera elevada, recibiendo una dote del marido originada en el hecho que el matrimonio se formalizaba por compra; dote que luego se hizo simbólica y fue acompañada por la *morgengabe*, elementos unificados y concentrados en la mujer.

De aquí derivarán los sistemas de comunidad universal y de ganancias. En la primera, la mujer tenía derecho a una cuota de los bienes del marido; en la segunda, se distinguían los bienes propios de la mujer y ella tenía derecho a la *tertia*, un tercio de los bienes del marido. La *dos* o dote se transformó en un simple derecho de usufructo de la mujer con el fin que la familia del marido no perdiese los bienes. Más adelante surge el *douaire* (viudedad) y luego se extiende a los *conquets* (gananciales) bajo condición de supervivencia que van concretando los regímenes de bienes.

La comunidad debe su nombre y carácter distintivo a la existencia de una masa común, a un patrimonio común entre los cónyuges. Se distinguen tres masas: bienes de la comunidad, bienes propios del marido y bienes propios de la mujer.

Esa masa común debe ser administrada, en principio, por el marido y está constituida por los bienes y las deudas de los cónyuges. Asimismo, está acompañada con la unidad de responsabilidad. Por último, la masa común, a la disolución del régimen, se partirá en especie entre los cónyuges o sus herederos, pero no necesariamente por mitades.

El sistema romano perduró hasta la edad media. Después evolucionó hacia una forma de comunidad de bienes, en ella los bienes comunes, destinados al sostenimiento de las cargas matrimoniales, pertenecían a ambos cónyuges. A la disolución del matrimonio, el patrimonio se distribuía entregando a cada cual no lo aportado, sino los bienes en la proporción a lo que los cónyuges hubiesen estipulado previamente.

Esta comunidad de bienes presentó variantes atendiendo a la extensión de la masa:

- La comunidad universal, comprende todos los bienes muebles e inmuebles propiedad de los esposos adquiridos antes y después de celebrado el matrimonio.
- La comunidad reducida se entrega únicamente por determinados bienes de los consortes, existiendo tres patrimonios: los bienes propios del hombre; los propios de la mujer y los comunes.
- La comunidad de ganancias o gananciales representa una variante del sistema de comunidad, constituida con bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, mediante sus esfuerzos y los frutos y productos de los patrimonios de cada cónyuge. Las ganancias adquiridas por el marido o la mujer forman un patrimonio común, pueden ser ganancias las cosas y los derechos, los muebles y los inmuebles. Independientemente, los cónyuges pueden tener su patrimonio propio y a la disolución del matrimonio los bienes se dividen por mitad.

3.5. Antecedentes en el Perú

3.5.1. Incanato

En el tiempo de los incas, el común de la gente dependía de su ayllu. Las tierras que cada cual recibía en las distribuciones periódicas no podían ser enajenadas ni transmitidas a otros, y los poseedores tenían un simple derecho de usufructo que les permitía aprovechar los rendimientos solo para subsistir. En ese sentido, no podía hablarse de una comunidad de gananciales donde no existía dominio privado y solo podía transmitirse, al fallecimiento, los bienes de uso personal.

Si bien es cierto que entre los Incas, los curacas y los grandes, se admitía la propiedad individual entre ellos mismos, la situación de la mujer era completamente subordinada, casi una propiedad del jefe de la familia y la transmisión de los bienes se hacía habitualmente por la línea del varón. Muy raros fueron los casos en que la coya o consorte del curaca quedó con el patrimonio familiar.

3.5.2. Colonia

En la Colonia, las relaciones conyugales y paternofiliales se desarrollaron en un tipo de familia que, en el caso de la castellana y luego la indiana, fue de dimensiones reducidas, pero de fuerte cohesión, integrada –casi exclusivamente– por los cónyuges y sus descendientes.

Para Lawrence Stone⁽²⁸⁾, la familia Colonial era el fruto de un proceso de decantación en el que se había comenzado por prescindir de la ayuda de parientes y se había afianzado un sentido de primacía doméstica y de relaciones interpersonales. Según el referido autor, había poco espacio para el amor y la intimidad. Uno de los motivos de la falta de demostración del afecto era las cortas expectativas de vida para cónyuges e hijos, lo que llevaba a que la familia fuera inestable, que el matrimonio durara poco, las segundas nupcias frecuentes.

El matrimonio en el Virreinato estuvo sujeto a la misma regulación que en España. Sus fuentes estaban contenidas en la Partida Cuarta y en la normativa del Concilio de Trento. Sin embargo, fue necesario adaptar ciertas disposiciones a la realidad indiana, en lo referido a los impedimentos derivados del parentesco y a la publicidad prenupcial⁽²⁹⁾.

3.5.3. Código Civil de 1852

El Código del 52 adoptó la sociedad de gananciales como régimen obligatorio, pasando todos los bienes aportados a la sociedad conyugal, administrados y bajo la disposición del marido. Fue un régimen impuesto, compulsorio e invariable. El artículo 955 establecía: “Del matrimonio resulta, entre el marido y mujer, una sociedad legal, en que pueda haber bienes propios y bienes comunes. El marido es el administrador de estos bienes, conforme a los artículos 180 y 181”.

Se caracterizaba porque ninguno de los cónyuges podía renunciar a esta sociedad ni sus efectos.

El marido tenía amplias facultades sobre los bienes matrimoniales, era el único administrador; decidía el destino que podía darse a estos. Sin embargo, puede entenderse que aparentemente existían dos administradores, el marido de los bienes de la sociedad conyugal y la mujer de los bienes parafernales, del que también se puede sacar otra conclusión, que respecto de estos bienes no había ni comunidad de bienes, ni separación absoluta de bienes, eran de la mujer.

En referencia a la sociedad conyugal se puede mencionar los siguientes artículos: 180, el marido es administrador de los bienes. El artículo 182, la mujer no puede dar, enajenar, hipotecar ni adquirir a título oneroso o gratuito sin intervención del marido o sin consentimiento por escrito. El artículo 1046 indica que son gananciales todos aquellos bienes que se encuentran al fenecer la sociedad legal, después de deducidas o pagados, los bienes propios de cada cónyuge y las deudas contraídas durante el matrimonio. El artículo 1048, no son gananciales, sino

(28) STONE, Lawrence. *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pp. 20 y 22.

(29) Vide: RÍPODAS ARDANAZ, Daisy. *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Fecic, Buenos Aires, 1977. MARTINI, Mónica Patricia. *El indio y los sacramentos. Circunstancias adversas y malas interpretaciones*. Phisco, CONICET, Lima, 1993.

bienes que corresponden a la mujer, la ropa de su uso, el lecho cotidiano y el menaje ordinario de la casa. Asimismo, el artículo 1050, establecía que la mujer que no quiere habitar en casa del marido, y que en contra de la voluntad permanezca en cualquier otra, no tendrá derecho a gananciales.

3.5.4. Código Civil de 1936

El Código del 36 estableció el régimen forzoso de gananciales rechazándose las capitulaciones matrimoniales. Mantuvo el Régimen de Comunidad de Gananciales contenido en el Título de la sección Segunda del Libro de Familia, estableciendo: Del régimen de los bienes en el Matrimonio, De los bienes reservados, De las donaciones por razón de matrimonio, De la dote y De la separación de bienes durante el matrimonio.

Dentro de sus principales características tenemos:

- El marido dirige la sociedad conyugal.
- El marido es el representante de la sociedad conyugal, solo para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad conyugal era representada indistintamente por ambos.
- La mujer puede ejercer cualquier profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido. Si el marido se negase a dar su consentimiento podrá ser autorizada por el juez siempre que pruebe o justifique el interés de la sociedad conyugal.
- La mujer no responde con sus bienes propios por las deudas personales del marido.

Este régimen fue objeto de encontradas opiniones, primando la idea de modificarlo. Sin embargo, no puede dejarse de admitir que el sistema peruano de ese entonces adolecía de inestabilidad y rigidez; imponía a todos los matrimonios, *ipso jure* y sin alternativa, un determinado régimen que en concepto del legislador era el más adecuado a la realidad del país, sin permitir a las partes el escogimiento de ningún otro (salvo el de separación de bienes como excepción durante el matrimonio).

El régimen, tal como estaba organizado, advertía un criterio de supremacía del varón y la subordinación de la mujer. No solo en cuanto al régimen patrimonial que el Código legislaba bajo el nombre de sociedad de gananciales sino en la esfera de las relaciones personales que el Código normaba bajo el epígrafe de Deberes y Derechos que nacen del matrimonio y en la del ejercicio de la patria potestad.

Por otro lado, se señalaba que el régimen de gananciales había mostrado su falta de eficacia para asegurar un ejercicio adecuado de la facultad de disposición

del patrimonio común, pues al amparo del texto original del artículo 188⁽³⁰⁾ se propiciaba el abuso del marido; sin embargo, con la modificatoria introducida por la Ley N° 17838 se dificultó los actos de disposición requiriéndose la intervención de la mujer cuando se trate de disponer, gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso.

4. Concepto

El régimen de bienes del matrimonio se refiere a los efectos patrimoniales del vínculo matrimonial. La gran mayoría de tales efectos están contemplados legalmente.

El patrimonio está formado por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, deudas y acreencias que son valorables económicamente y que tienen un titular. La familia no está exenta de patrimonio, se compone de él, en razón que tiene una actividad económica, y se comporta como una unidad de producción.

Por régimen patrimonial debemos entender el conjunto de reglas que regulan la relación patrimonial entre los cónyuges y de estos frente a terceros, es la regulación jurídica que regula el aspecto económico de la familia.

El patrimonio de la familia está constituido por todos los bienes corporales e incorporales; es decir, todos los derechos y acciones, cargas y obligaciones correspondientes a la familia. Forman un tipo de sociedad sui generis en la que, en similitud a cualquier forma societaria, existe un activo y un pasivo.

El activo lo constituyen los bienes, derechos y acciones, todo aquello capaz de producir beneficio económico en favor de la familia. El pasivo está constituido por cargas, gravámenes y obligaciones, por todo lo que pueda significar compromisos económicos para la familia; sin embargo, existe complejidad respecto a la pertenencia de los bienes, encontrándose bienes propios del marido, bienes propios de la mujer y bienes comunes a ambos.

Dice Borda que “estamos en presencia de una materia plástica, que es necesario adaptar a las costumbres y sensibilidades del medio”⁽³¹⁾.

En el Perú, los regímenes patrimoniales son la sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios.

5. Denominación

En el Derecho comparado existen varias denominaciones: aspecto económico en el matrimonio, convenciones matrimoniales, capitulaciones matrimoniales,

(30) Código del 36. Artículo 188.- El marido es el administrador de los bienes comunes, y además de las facultades que tiene como tal, puede disponer de ellos a título oneroso.

(31) BORDA, Guillermo A.. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 204.

régimen económico del matrimonio, régimen de bienes del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, régimen matrimonial pecuniario, régimen matrimonial patrimonial, régimen patrimonial matrimonial, regímenes patrimoniales⁽³²⁾, regímenes matrimoniales, régimen económico conyugal, estatuto patrimonial del matrimonio. Esta última denominación técnicamente peca de incompleta, a decir de Belluscio⁽³³⁾, pero que se justifica por su uso generalizado y lo sintética de la expresión.

Nos adherimos a la denominación de régimen económico del matrimonio como la más ilustrativa de su contenido.

6. Definición

Existen variadas definiciones sobre el régimen patrimonial del matrimonio.

Se tienen en principio las definiciones generales. Según Gómez⁽³⁴⁾, es el conjunto de normas que deben someterse los cónyuges en materia de adquisición, administración, goce y disposición de sus bienes. Para Cortés⁽³⁵⁾, es el conjunto de leyes relativas a la adquisición, usufructo, administración y disposición de bienes durante el matrimonio y las obligaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con terceros. Para Lasarte⁽³⁶⁾, es el conjunto de reglas que pretenden afrontar, favoreciendo su resolución, los problemas de índole patrimonial que origine la convivencia o disolución matrimonial. Para Rizzardo⁽³⁷⁾, representan un verdadero estatuto del patrimonio de las personas casadas, disciplinan la propiedad, administración, goce y disponibilidad de los bienes; la responsabilidad de los cónyuges por sus deudas y las fórmulas para la partición de bienes como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal.

Se encuentran también las definiciones que centran su atención en la relación inter conyugal como la de Washington de Barros Monteiro⁽³⁸⁾ quien sostiene que es el complejo de normas que disciplinan las relaciones económicas entre marido y mujer durante el casamiento.

Finalmente están las definiciones que centran su atención en la relación inter y extra conyugal como las de Aveledo de Luigi quien establece que es el “conjunto de normas, adoptadas por los cónyuges o determinadas por la ley, que delimitan

(32) Cas. N° 3109-98, Lima.

(33) BELLUSCIO, César Augusto: “Regímenes matrimoniales”. En: *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XXIV, Driskill, Buenos Aires, 1979, p. 410.

(34) GÓMEZ, José J. *Régimen de bienes del matrimonio*. Temis, Bogotá, 1961, p. 1.

(35) CORTÉS, Milcíades. s/t, Revista jurídica del Externado de Colombia, Bogotá, 1943. Cit. SUÁREZFRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 9ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, 2006.

(36) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 150.

(37) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 618.

(38) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: parte general, 40ª edición, revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 251.

los intereses pecuniarios que derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en las relaciones de estos con terceros”⁽³⁹⁾. Para Sambrizzi⁽⁴⁰⁾ es el conjunto de normas que rigen las relaciones de carácter patrimonial entre los esposos y la de estos con terceros. Zannoni⁽⁴¹⁾ es el conjunto de relaciones jurídicas de orden –o interés– patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre estos y terceros. Méndez Costa⁽⁴²⁾ es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí y con respecto de terceros. Según Fueyo Laneri⁽⁴³⁾, implica un estatuto que rige los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con terceros. Para Alessandri⁽⁴⁴⁾, es el estatuto que regla los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y sus relaciones con terceros. Según Suárez, se entiende por régimen de bienes en matrimonio “el estatuto de carácter normativo que regla las relaciones patrimoniales que surgen entre los esposos o de estos frente a terceros, con causa o con ocasión de la celebración del matrimonio”⁽⁴⁵⁾. Para Ramos⁽⁴⁶⁾, es el estatuto jurídico que regla las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros. En nuestro medio con esta posición Castro Perez Treviño⁽⁴⁷⁾.

Entendemos como régimen patrimonial del matrimonio el conjunto de normas jurídicas que rige las relaciones económicas, que se suscitan en las relaciones interconyugales (entre los cónyuges) y extraconyugales (con terceros) y que se aplican supletoriamente a las uniones estables. En concreto, es la reglamentación jurídica de las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.

7. Características

Dice Fueyo Laneri⁽⁴⁸⁾ que en todo régimen patrimonial del matrimonio juegan en forma mancomunada y en equilibrio recíproco cuatro factores que, a nues-

(39) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Vadell hermanos editores, Caracas, 2002, p. 211.

(40) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 502.

(41) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 438.

(42) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y DÁNTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 54.

(43) FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho civil*. Tomo I, Imprenta y litografía Universo, Valparaíso, s/f, p. 302.

(44) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Tratado práctico de la capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1935, p. 19.

(45) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 9ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, 2006, p. 234.

(46) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo I, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 129.

(47) CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María: “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. En: *Revista institucional*. N° 9, Tomo I, artículos y ensayos, Academia de la Magistratura, Lima, julio de 2010, nota 180, p. 115.

(48) FUEYO LANERI, Fernando: “Generalidades sobre la economía del matrimonio”. En: *La Ley*, 1988-C, p. 994 y ss. Ob. cit. SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*, 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 4502.

tro criterio, son los elementos estructurantes de las características de los regímenes de bienes:

- Unidad o comunidad de intereses.
- La familia como polo de interés.
- La persona individual.
- Legítimo interés de terceros.

El régimen patrimonial del matrimonio contiene las siguientes características o disposiciones generales:

Características

Intereses económicos

Libertad y mutabilidad

Régimen legal supletorio

Poder doméstico compartido

Cargas de familia son compartidas

Connatural al matrimonio

Interés familiar

Formalidad

Tratemos cada tema en especial:

7.1. Intereses económicos

Regula los intereses y las incumbencias económicas de los cónyuges entre sí y de estos con terceros. Rizzardo⁽⁴⁹⁾ considera que el régimen de bienes significa el disciplinamiento de las relaciones económicas entre el marido y la mujer, envolviendo propiamente los efectos en las relaciones con los bienes conyugales.

En este marco, contempla medidas de protección hacia los terceros que contraten con el marido, la mujer o con la sociedad conyugal para que en todo momento se sepa quiénes y qué bienes constituyen el patrimonio de la familia.

En definitiva constituye una institución vinculada al matrimonio proporcionándole el fin de su existencia y su permanencia como institución⁽⁵⁰⁾.

(49) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 617.

(50) BURGÉS GREZ, Lilián. *Regímenes matrimoniales en el Derecho comparado latinoamericano*, Universidad de Chile, 1966, p. 9.

7.2. Libertad y mutabilidad

Dentro del contexto del Derecho de familia mínimo⁽⁵¹⁾, el principio de libertad marca en los contrayentes o cónyuges la facultad para decidir voluntariamente el régimen de bienes aplicable a sus relaciones patrimoniales. No hace más que reconocer el alcance y significado de la autonomía privada⁽⁵²⁾. Esta libertad no es total ni irrestricta como si se da en otros ordenamientos en los que se permite las capitulaciones matrimoniales, crear *ex novo* regímenes económicos por no ser deseables los existentes. Se encuentra supeditada a una simple opción, la separación de bienes, por lo que no puede crearse un régimen distinto al establecido por la ley. Con los dos regímenes existentes en el medio, sociedad de gananciales y separación de patrimonios, se incorpora el sistema de elección y de variabilidad⁽⁵³⁾.

El régimen económico matrimonial del Código peruano permite que los contrayentes (i) opten antes del matrimonio entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios (artículo 295), o; (ii) los cónyuges puedan sustituir el régimen económico vigente, incluso sustituir el régimen optado antes de casarse, lo que es señal plena de la existencia de la autonomía privada con las restricciones del caso.

En contraposición a la realidad peruana, Washington de Barros Monteiro⁽⁵⁴⁾ precisa que los redactores del Código civil alemán llegaron a calcular más de cien regímenes en vigor en las distintas regiones del país.

Los regímenes patrimoniales en Perú no son inalterables ni perpetuos como eran antes. Hoy rige la autonomía de la voluntad que, en materia patrimonial, es esencial para regir las relaciones de la pareja. Esta voluntad es importante, pero no indispensable. La falta de ella hace suponer el régimen supletorio, el silencio marca una decisión asumida. A la voluntad los publicista la consideran indiferente, los privatistas, forzosa. De ser un régimen amplio, aceptadas las capitulaciones, el límite a la voluntad debe estar determinado por el orden público, las buenas costumbres y la moral⁽⁵⁵⁾ y sujetarse al principio *standum est chartae* –facultad que tiene el sujeto de autorregular sus relaciones jurídicas privadas–, usado por el Derecho Aragonés, en el que se estará a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho Natural, Principio de libertad de regulación.

(51) ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de família*. Lumen, Rio de Janeiro, 2010, p. 182.

(52) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 154.

(53) PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. *Manual de Derecho de familia*. Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 138.

(54) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: parte general, 40ª edición, Revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 251, nota 1.

(55) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 131.

Cabrillac dice que “la historia de los regímenes matrimoniales demuestra que la libertad de convenciones matrimoniales siempre fue más amplia que la libertad contractual ordinaria”⁽⁵⁶⁾. Se consagra así la privatización de la familia donde participa la voluntad de la pareja para escoger o cambiar. Viene de la mano con el principio de inderogabilidad de las convenciones matrimoniales, estas varían solo por voluntad, por sentencia o por ley. Los contrayentes tienen la facultad de elegir su régimen patrimonial matrimonial que regirá su vida conyugal así como, ya casados, cambiar el régimen existente tantas y cuantas veces lo consideren conveniente, sin proceso judicial, como parte de las vivencias. Sin embargo, lo cierto es que la generalidad de matrimonios “no se dedica a *jugueter* con semejante materia (...), ni a entretenerse con semejante posibilidad de cambio de régimen económico del matrimonio como si se tratase de cambiar de vestuario”⁽⁵⁷⁾, consideramos que esto sería un típico abuso del derecho.

Más que la libertad en escoger entre uno y otro régimen debería existir una libertad para determinar el contenido del régimen patrimonial; no obstante, a decir de Sambrizzi⁽⁵⁸⁾, aun en los países que admiten una cierta libertad en lo referido a la opción o modificación de los regímenes patrimoniales existen reglas de carácter imperativo e inmodificables por voluntad de los cónyuges, denominadas *básicas*, que están orientadas al amparo de la familia y de los terceros, tomando especial cuidado de regular las cargas y los gastos necesarios para el mantenimiento de la familia, la responsabilidad de los esposos frente a terceros por las deudas contraídas, la protección de la vivienda y sus muebles.

Antes, al igual que el matrimonio, el régimen de bienes era inmutable, inalterable y perpetuo. En el Derecho brasileiro, con el Código de 1916, el régimen era inmutable, se sustentaba en tres argumentos (i) el contrato de casamiento era concebido como un pacto de familia que no permitía su modificación por voluntad de los cónyuges, (ii) la inmutabilidad protegía al cónyuge contra las presiones del otro, y; (iii) el tercero podría ser lesionado por la modificación del régimen⁽⁵⁹⁾. A la fecha sucede Cuba y en algunos países solo es variable estando de medio autorización judicial (Argentina, Brasil).

7.3. Régimen legal supletorio

El régimen patrimonial del matrimonio es una institución normativa debidamente articulada en un sistema y está dirigida al ordenamiento de las relaciones económicas derivadas del matrimonio.

(56) CABRILLAC, Rémy. *Les régimes matrimoniaux*. Paris, Montchrestein, 2002, p. 89. Cit. LÔBO, Paulo: *Familias (Direito civil)*, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 293.

(57) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 166.

(58) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. Ob. cit., p. 501.

(59) LÔBO, Paulo: *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 295.

A falta de opción acerca de la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos, desde la celebración del matrimonio, al régimen de comunidad de ganancias (artículo 459 carácter supletorio, proyecto de Código Civil argentino).

La existencia de dos regímenes patrimoniales establecidos por la ley (númerus clausus) determina que, si los cónyuges no se adhieren a ninguno, necesariamente se admita un régimen legal supletorio. La tradición jurídica en nuestro país motivó que la sociedad de gananciales sea considerada como el régimen legal suplente a falta de voluntad expresa.

Es supletorio por que opera por ministerio de la ley, por efecto de esta *–ex vi legis–* en dos casos:

- A falta de Escritura Pública de elección de separación de bienes convenida (art. 296), o;
- Por deficiencia de esta.

Lo primero se da cuando no hay una opción expresa por un régimen patrimonial, el silencio hace presumir *iuris et de iure* la comunidad de bienes. Lo segundo, cuando el convenio matrimonial de opción de régimen patrimonial es inválido, sea por un defecto de forma o de fondo.

7.4. Poder doméstico compartido

La conveniencia de facilitar la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia y el principio de igualdad jurídica de los cónyuges determinaron que se les atribuya por igual el poder doméstico, *i.e.* cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y a la conservación de su patrimonio, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

Independientemente del régimen patrimonial en vigor, se requiere la necesaria flexibilidad y fluidez para atender la vida familiar en el aspecto de la gestión del hogar y, también, para relacionarse con terceros, considerando en el principio de igualdad para ambos cónyuges (art. 292).

7.5. Cargas de familia compartidas

El patrimonio de la familia está conformado por activos y pasivos, el cual puede mantenerse unido en una masa común o separada del patrimonio de cada cónyuge.

Cualquiera que sea el régimen patrimonial vigente, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según sus respectivas posibilidades y rentas (art. 300), como diría Lasarte⁽⁶⁰⁾, es una obligación proporcional al caudal de los cónyuges.

(60) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 155.

De acuerdo a las características señaladas, los aportes de los cónyuges tienen un destino determinado, sea permaneciendo en el patrimonio particular o bien formando parte de la comunidad del patrimonio de los cónyuges, el que servirá de sustento para afrontar las necesidades de los cónyuges y de la prole.

7.6. Connatural al matrimonio

El régimen de bienes es connatural, ingénito al matrimonio, propio de él. Es necesario e ineludible⁽⁶¹⁾.

La ley lo impone, exige alguna especie de reglamento de orden patrimonial⁽⁶²⁾.

Todo régimen de bienes deriva por regla de un matrimonio y este contiene, siempre, a aquel. No hay matrimonio sin régimen de bienes aunque sí puede existir régimen de bienes sin matrimonio, en especial en dos casos:

- (i) *Pactos antenuupciales*, si bien está acordado, el régimen entrará en vigencia con el casamiento; la eficacia del régimen de bienes se rige por una condición suspensiva, la celebración del matrimonio y depende de dos factores: (1) validez del pacto ante nupcial, y; (2) celebración del casamiento. El pacto antenuupcial puede existir, ser válido, pero no producir efectos si el casamiento no se lleva a cabo⁽⁶³⁾, y;
- (ii) *Unión estable*, no hay matrimonio pero sí régimen de bienes, el que es determinado por orden judicial o de común acuerdo entre las partes.

Como refiere Belluscio: “La existencia de un régimen matrimonial es una cuestión ineludible en el matrimonio”⁽⁶⁴⁾. Es su razón de ser, uno depende del otro y no pueden existir independientes. Incluso, elegido el que fuera, va de la mano con el matrimonio, adaptándose a sus requerimientos y vicisitudes. En esta línea, “no es concebible la ausencia de un régimen matrimonial. Aun ante el total silencio de la ley, ciertas reglas deberían ser fijadas jurisprudencialmente”⁽⁶⁵⁾. A decir de Sambrizzi⁽⁶⁶⁾, el régimen patrimonial constituye una cuestión relevante para un adecuado funcionamiento de la institución matrimonial. Existe una posición

(61) Se dice que el Código Soviético de familia de 1918 prohibió los regímenes de bienes en el matrimonio, es decir los matrimonios no se regían por ningún tipo de regla en lo referente a las relaciones económicas. En esta tendencia, escogida por el sistema de economía socialista, si bien los cónyuges tienen sus propios patrimonios totalmente separados y sin cargas matrimoniales, se quiera o no contiene un régimen de bienes al existir un mínimo de referencia legal al respecto (Cfr. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. V, 14ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 187). El Código Soviético de familia de 1926 lo restableció.

(62) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 201.

(63) LÓBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 294.

(64) BELLUSCIO, César Augusto: “Regímenes matrimoniales”. Ob. cit., p. 410.

(65) Ídem.

(66) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. Ob. cit., p. 499.

discrepante, seguida por parte de la doctrina regentada por Planiol y Ripper⁽⁶⁷⁾, referida a que el establecimiento de un régimen no es necesario en razón de que si nada establecen los cónyuges se produciría entre ellos una separación absoluta de bienes que se regiría por el Derecho común.

“El régimen patrimonial matrimonial siempre está vinculado al matrimonio, constituyendo un accesorio de él”⁽⁶⁸⁾. El vínculo conyugal genera *comunidad de intereses patrimoniales* que limitan la autonomía de la esfera de acción de cada cónyuge⁽⁶⁹⁾.

Como dice Venosa⁽⁷⁰⁾, el régimen de bienes entre los cónyuges comprende una de las consecuencias jurídicas del matrimonio. Necesariamente *debe haber* un régimen, por más mínimo que sea, a efectos de brindar protección y seguridad, sustentándose en el principio de solidaridad familiar.

Su existencia garantiza la vivienda, alimentos, administración de bienes, etc.

7.7. Interés familiar

El principio rector de la gestión de los bienes de la familia es el interés familiar.

Si bien no hay norma expresa sobre el particular, por el principio constitucional de protección de la familia y por la consideración en el Código Civil de que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, está implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés familiar, como precepto rector, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor.

Este se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales. El interés familiar es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que perjudica a la familia o para verificar la realización de uno que sea en beneficio de esta. Asimismo, el interés familiar se convierte en un sustento principal para exigir que ambos cónyuges contribuyan al sostenimiento de la familia y del hogar según sus respectivas posibilidades.

7.8. Formalidad

Existe excesiva formalidad para variar el régimen patrimonial (artículo 296), escritura pública e inscripción.

(67) Cit. RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 130.

(68) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Ob. cit., p. 211.

(69) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 438.

(70) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Ob. cit., p. 166.

8. Naturaleza jurídica

Sobre este tema poco o nada se ha escrito en nuestro medio. No podemos decir que existen diversas tesis acerca de la naturaleza jurídica del régimen patrimonial del matrimonio. Uno que otro autor ha mostrado su preocupación y es la acuciosidad de cada cual que han llevado a considerarse tres teorías claramente definidas: Institución, Acto jurídico y Contrato.

Lasarte⁽⁷¹⁾ considera que es un contrato, Aveledo de Luigi⁽⁷²⁾ que se trata de una institución, mientras que para Valverde⁽⁷³⁾, entre nosotros, es un acto jurídico. Esta última posición es la que compartimos aclarando que el régimen de bienes se trata de un acto jurídico familiar de contenido económico.

En razón de su estructura y composición vale la pena presentar la naturaleza jurídica del origen del régimen de bienes, así como de sus consecuencias. Una aproximación es tener claras las respuestas a cada una de las siguientes preguntas: ¿Qué es el matrimonio? Una institución. ¿Qué es el régimen de bienes? Un acto jurídico. ¿Qué es la sociedad de gananciales y la separación de bienes? Un patrimonio autónomo y ¿cuáles son los bienes? Propios o sociales.

El detalle en el siguiente cuadro.

Estructura de los regímenes matrimoniales				
Matrimonio	Régimen de bienes	Regímenes económicos del matrimonio		Bienes
Institución		Sociedad de gananciales		
		Patrimonio autónomo	Propios	
			Sociales	
		Separación de bienes		
Acto jurídico	Patrimonios individuales	Propios		

9. Objeto y objetivo

Considera Lasarte “que el objeto de la capitulaciones matrimoniales radica, de forma directa y precisa, en instrumentar las estipulaciones conyugales referentes al régimen económico del matrimonio, pero que, de forma complementaria pueden referirse también a *cualesquiera otras disposiciones por razón del*

(71) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 162.

(72) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Ob. cit., p. 212.

(73) VALVERDE, Emilio. *El Derecho de familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1942, p. 441.

matrimonio (por ejemplo, el regalo o donación *propter nuptias* que los suegros realizan en favor del cónyuge de su hijo o hija)⁽⁷⁴⁾.

La convivencia que el matrimonio supone crea cargas y obligaciones recíprocas y otras comunes, y crea también intereses comunes⁽⁷⁵⁾.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio determinan la naturaleza, calidad y destino, propiedad y administración de los bienes que existen dentro de una relación conyugal. Tratar de modo separado los efectos personales y patrimoniales permite una visión en conjunto respecto de las posiciones personales y económicas de los cónyuges en la sociedad conyugal⁽⁷⁶⁾.

El matrimonio se compone de una diversidad de bienes presentes y futuros, así como de relaciones que merecen un trato *ad hoc*. Los bienes de los cónyuges no pueden recibir el mismo tratamiento que los demás bienes, la naturaleza y destino de los conyugales es distinto a la de los demás, pues con ellos se persigue, ante todo, el bienestar familiar⁽⁷⁷⁾. Tiene tal trascendencia la determinación de cada bien, dado que responderán ante terceros por las deudas contraídas por los cónyuges en interés de la familia.

En definitiva el origen, titularidad y destino del patrimonio conyugal es el principal objetivo del régimen de bienes.

10. Efectos y finalidad

La elección del régimen patrimonial es dejada de lado a la hora de decidir los detalles del vínculo conyugal. No suele considerarse la importancia y efectos que la elección, informada y libre, de un régimen económico, acarreará en el matrimonio, tanto en sus relaciones conyugales, como respecto de sus descendientes, ascendientes y terceros.

A decir de Suárez Franco: “Un régimen matrimonial debe responder como conjunto coherente a todos los problemas económicos del matrimonio; es la respuesta del derecho ante una serie de intereses y problemas pecuniarios que el matrimonio ha puesto en movimiento y que es preciso regular”⁽⁷⁸⁾. El régimen patrimonial del matrimonio tendrá efectos respecto de todos aquellos que se vinculen con él, generando protección y garantía en las relaciones económicas.

(74) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 162.

(75) ROSSEL SAAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de familia*. 5ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, p. 134.

(76) BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2ª edición, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006, p. 116.

(77) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 234.

(78) Ídem.

Determina quién va a administrar los bienes conyugales, cuándo se requerirá algún tipo de autorización especial, definirá la posibilidad de celebrar contratos entre los cónyuges; tendrá, igualmente, efectos en cuanto a la situación de los cónyuges a la hora de poner término al régimen. Como refiere Plácido: “Los regímenes patrimoniales del matrimonio determinan cómo contribuirá marido y mujer en atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros de los cónyuges y, también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos”⁽⁷⁹⁾.

Los regímenes matrimoniales buscan proteger el contenido patrimonial de la familia, resguardando el matrimonio como acto jurídico, reconociendo que es el acto fundamental y básico que genera consecuencias económicas y a la familia como institución. Esta protección tiene como finalidad establecer la correcta disposición, utilización y administración de los bienes matrimoniales.

La finalidad del régimen patrimonial es formar un conjunto de derechos y obligaciones fijando la naturaleza de los bienes que existen en el matrimonio.

11. Elementos

Entendemos por elementos todos aquellos que permiten su realización, comenzando por las personas y terminando con los objetos que la componen.

11.1. Sujetos

Representa la individualidad, al ser, a las personas que integran la sociedad familiar.

11.1.1. Directos

Los cónyuges.

Son los que se benefician de primera mano de los derechos y facultades que surgen en el régimen patrimonial correspondiente, y los llamados a cumplir con los deberes y las obligaciones que tales regímenes suponen.

11.1.2. Indirectos

11.1.2.1. Descendientes

Los hijos, para su subsistencia y desarrollo, requieren del cuidado de los padres. Si estos mantienen una relación familiar, como cónyuges o convivientes, son sus bienes de familia aquellos que permitirán brindar el sustento.

(79) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de Derecho de familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2002, p. 133.

11.1.2.2. Terceros

Tienen relación indirecta con el régimen de bienes al verse afectados sus intereses por las alteraciones o cambios que en él se produzcan.

11.2. Objeto

Son los bienes en general, presentes y futuros. Está conformado por bienes (activo) y deudas (pasivo). Representan la patrimonialidad. Refiriéndonos al artículo 299 del Código Civil que establece que el régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar al matrimonio en vigor, así como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia. Este artículo se está refiriendo al régimen económico familiar en general, por ello no existe contradicción alguna con el artículo 302 inciso 1, ya que el mismo se refiere al régimen de sociedad de gananciales en un aspecto específico.

Por regla general, en la sociedad de gananciales hay bienes propios y sociales. *Coexisten tres patrimonios* (trilogía patrimonial): el patrimonio propio del marido, el patrimonio propio de la mujer: integrado ambos por bienes y deudas propias y, el patrimonio social (autónomo): integrado por bienes y deudas sociales. En la separación de bienes, solo propios. Sin embargo, e independientemente del menaje ordinario del hogar, dada la complejidad de las relaciones personales, patrimoniales y la propia duración del matrimonio, van surgiendo o constituyéndose otro tipo de bienes en ambos regímenes; por ejemplo, en copropiedad y otros de orden especial como el patrimonio familiar, el derecho real de habitación y los patrimonios fideicometidos.

- *Bienes propios.*- Son aquellos que individualmente pertenecen a uno de los cónyuges. Dentro de estos tipos de bienes tenemos a los muebles de uso personal cuyo destino económico es satisfacer las necesidades de sus propietarios como son los libros, el dinero, vestimentas, herramientas de trabajo profesional, armas, entre algunos de ellos.
- *Bienes sociales.*- Llamados bienes comunes, *marital property* o *aquestos* (Brasil). Pertenecen a la sociedad conyugal como consecuencia de la comunidad derivada del matrimonio. Tenemos los originarios y los derivados. Los primeros son los que por su naturaleza son sociales y los segundos, aquellos que provienen de los bienes propios, como son las rentas y frutos que los bienes propios produzcan.
- *Bienes en copropiedad.*- Entre los cónyuges, sin tener en consideración el régimen que asuman, pueden existir bienes en copropiedad en los siguientes casos: bien donado a los cónyuges; bien adquirido con dinero propio de cada cónyuge o realizada la liquidación de la sociedad de gananciales y fenecida esta, en caso existieran bienes no declarados y por tanto no adjudicados,

subyacería respecto de estos un sistema de copropiedad⁽⁸⁰⁾, conforme lo indica la Resolución N° 1858-2010-SUNARP-TR-L (29/12/2010) (...) los bienes que integraban la sociedad de gananciales no pueden ser considerados sociales una vez disuelta esta, dado que el régimen ha fenecido, sino más bien de copropiedad. En este caso se aplicarán las reglas del artículo 969 y ss, no las del 301 y ss.

- *Menaje ordinario del hogar conyugal*.- Llamados enseres del hogar. Es el ajuar (Del ár. hisp. *aššiwār* o *aššuwār*, y este del ár. clás. *šawār* o *šiwār*). 1. m. Conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común en la casa. 2. m. Conjunto de muebles, alhajas y ropas que aporta la mujer al matrimonio⁽⁸¹⁾. De allí que se le llame ajuar de la casa, ajuar familiar, ajuar conyugal, ajuar doméstico.

Son aquellos bienes, enseres de uso doméstico, ordinario, diario y casero que sirven para satisfacer las necesidades cotidianas de la familia y que se encuentran dentro del hogar, tales como los electrodomésticos, utensilios de cocina, muebles de alcoba, objetos de decoración. Sirven para todos en la familia, no es de uno ni de otro, ni de interés particular, sino que sirven para la satisfacción general. Se caracterizan por ser transportables, sirven de adorno, son ornamentales y permiten tanto la comodidad como la práctica realización de los quehaceres de la casa. Son útiles para el buen uso de un inmueble sin los cuales sería imposible habitar o vivir en él y que se encuentran normalmente dentro de lo que ha sido el domicilio familiar. Están tratados en forma excluyente en el artículo 321 pero el inciso 12 centra el tema, contrario sensu, y nos dice que son los objetos de uso doméstico.

En el Código del 52 pertenecían a la mujer (art. 1048).

Cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, y para efectos del inventario valorizado de los bienes, en casos de ausencia o muerte de uno de los cónyuges (art. 318, inc. 4 y 5), no se incluye el menaje del hogar, esto con la finalidad de que los mismos sean entregados o permanezcan en uso del cónyuge del ausente o al sobreviviente (art. 320 *in fine*), como menciona Arias Schreiber⁽⁸²⁾, el primer supuesto facilitaría la reconstrucción del hogar y el segundo en donde la vinculación íntima por el uso personal durante la comunidad de vida justifica que los bienes queden en poder del viudo.

(80) ALCA ROBLES, Wuilber Jorge. “Sistema de transferencia de bienes sociales por uno de los cónyuges en el actual registro de predios”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 209, abril de 2011, Gaceta Jurídica, Lima, p. 53.

(81) Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

(82) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “Inventario valorizado de los bienes de la sociedad”. En: *Código civil comentado*. Tomo II. *Derecho de familia*. Parte Primera, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2007, p. 320 y en: *Exégesis del Código civil peruano de 1984*. Tomo VII. *Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2007, p. 244.

- Gananciales anómalos⁽⁸³⁾, son aquellos considerados como gananciales, pero que no se dividirán al finalizar el régimen. Existen dos clases: *Anomalía absoluta*, los adquiridos por (i) un cónyuge inocente en un divorcio o (ii) matrimonio putativo, y; *Anomalía transitoria*, bienes sujetos a carga: derecho real de habitación y patrimonio familiar.
- Bienes especiales, no se consideran ni propio ni ganancial: caso de la propiedad fiduciaria.

En una forma práctica y explicativa Maria Berenice Dias⁽⁸⁴⁾ clasifica los bienes, dependiendo del régimen, de la siguiente manera que pasamos a graficar:

Régimen		Tipo de bienes	
Separación			Del marido
			De la mujer
Comunidad			Del marido
			De la mujer
			Bienes sociales
Participación	Matrimonio	1	Del marido
			De la mujer
		2	Del marido
		De la mujer	
	3	Bienes en copropiedad	

1 Antes; 2 En; 3 Después

12. Contenido y ámbito

El régimen de bienes en el matrimonio comprende las relaciones económicas derivadas de la vida en común de los cónyuges, excluyendo todas aquellas derivadas de la sucesión, toda vez que al haberse disuelto el matrimonio no existe relación conyugal de por medio.

El régimen económico del matrimonio tiene dos ámbitos.

12.1. Personal

Regula intereses económicos de los consortes entre sí y de estos con terceros relacionados con el patrimonio conyugal. Las relaciones extrañas o concomitantes no forman parte del régimen matrimonial⁽⁸⁵⁾.

- Entre cónyuges, *intra conyugal*, satisfacer requerimientos esenciales de la familia, consagrándose una seguridad jurídica bipartita.

(83) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 129.

(84) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Familias*. Ob. cit., pp. 204 y 205.

(85) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 130.

- Respetto de terceros, *extra conyugal*, regular el equilibrio entre los cónyuges y aquellos con quienes establecieron relaciones económicas, consagrándose una seguridad jurídica tripartita.

12.2. Patrimonial

Compuesto por los objetos, por los bienes que conforman la masa conyugal y que habilitan la realización de la familia.

Ámbito	
Incluye	No Incluye
Pacto antenupcial	Herencia
Comunidad de bienes	Usufructo
Separación de bienes	Alimentos
Cargas	Tutela
Deudas	Curatela
	Consejo de familia
	Patrimonio familiar
	Derecho real de habitación

La patrimonialidad es lo que marca la característica de los regímenes matrimoniales, siendo su razón de ser, de allí que muchos Códigos civiles traten los regímenes de bienes dentro del Libro de Contratos, como es el caso de Colombia, España, Puerto Rico, Uruguay, entre otros, aunque lo normal es que su tratamiento sea en el Libro de familia.

Según Lasarte⁽⁸⁶⁾ el régimen económico matrimonial tiene dos contenidos:

- *Típico*, representada por la fijación del régimen económico del matrimonio.
- *Atípico*, cualesquiera otra disposición por razón del matrimonio que no tenga por objeto la determinación del régimen económico del matrimonio. Pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales (donaciones *propter nuptias*, anticipos de legítima, actos de liberalidad, alimentos, reconocimiento de un hijo).

13. Constitución

La elección del régimen patrimonial del matrimonio puede darse en los siguientes casos:

13.1. A título voluntario - Elección del régimen

Es una elección primaria del régimen.

La voluntad de las partes determina y elige el régimen a aplicarse.

(86) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., pp. 162 y 163.

13.1.1. Antes del matrimonio - Pacto antenupcial

Los futuros cónyuges pueden elegir uno de ellos antes de casarse. La elección no es muy variada, pues solo hay dos opciones, comenzando a regir desde la propia celebración del matrimonio.

El silencio o manifestación expresa hace presumir *de iure* la elección del régimen de sociedad de gananciales. En este caso no se requiere de la formalidad de Escrituración, ni la inscripción en el Registro Personal.

13.1.1.1. Denominación

Pacto antenupcial o prenupcial, convenciones matrimoniales, llamados contrato de matrimonio, convenciones prenupciales, capitulaciones matrimoniales, carta de nupcias, pacto o convención antenupcial, convención prematrimonial.

13.1.1.2. Definición

Para Méndez Costa los pactos antenupciales “son acuerdos entre los futuros esposos con el objeto-fin de determinar el régimen patrimonial a que se resuelven someterse durante el matrimonio o de reglar algún aspecto de sus relaciones patrimoniales futuras. No son convenios o contratos entre cónyuges, sino entre contrayentes”⁽⁸⁷⁾. Consideramos que se trata de un acto jurídico familiar a través del cual los esposos, futuros contrayentes o capitulantes definen el régimen de bienes que regirá el patrimonio conyugal.

13.1.1.3. Formalidades

- Otorgar Escritura Pública, tomando en cuenta que el artículo 295 del Código exige el acuerdo de separación de patrimonios adoptado antes del momento de la celebración del matrimonio conste en escritura pública, lo que constituye una formalidad *ad solemnitatem*, su inobservancia es sancionada con la nulidad del acto jurídico de conformidad con el artículo 219 del Código⁽⁸⁸⁾, además así lo expresa el segundo párrafo del artículo 295.
- Inscribirlo en el Registro Personal⁽⁸⁹⁾.

13.1.1.4. Características

Entre las características más saltantes tenemos:

(87) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 67.

(88) Cas. N° 1345-98-Lima.

(89) “La inscripción en el Registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia, así sucede cuando se opta por la separación de patrimonios o por la sustitución de dicho régimen”. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario Jurisprudencial Civil*. Grijley, Lima, 2008, p. 645.

- *Ex ante matrimonium.*

Precede al matrimonio, es anterior al matrimonio (CC Brasil, Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento). Rizzardo⁽⁹⁰⁾ considera que no hay un plazo previsto en la ley entre la celebración del pacto y el matrimonio.

- *Celebración.*

Depende de la celebración del matrimonio. Sin casamiento el pacto es ineficaz. La eficacia del régimen patrimonial queda subordinada a la celebración del matrimonio. Se está frente a una condición suspensiva que no es contemplada por voluntad de las partes, sino que está establecida en la ley, *si nuptia sequantur*⁽⁹¹⁾. Propiamente, es una condición suspensiva legal con una determinación de tiempo y que surte efecto tan solo desde la celebración del matrimonio.

- *Capacidad.*

Intervinientes capaces, se requiere capacidad especial para casarse y para celebrar actos jurídicos. Es decir, capacidad para casarse y capacidad para capitular (*habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*). Si bien el matrimonio otorga capacidad, el pacto antenupcial celebrado por menor de edad requiere de la intervención del representante del menor.

- *Sirve para elegir el régimen de separación de patrimonios.*

Es innecesario pactar la comunidad de bienes. Si, por error se hace contar en el Registro un régimen no escogido, por ejemplo el de separación, sin existir pacto, como dice Lôbo⁽⁹²⁾, sin pacto antenupcial el régimen que debe constar en el registro es el legal configurando un mero error la referencia de otro régimen, lo que debe ser corregido por mandato judicial.

- *Solemne y formal.*

Requiere Escritura Pública siendo esta una condición esencial propia del acto, *forma dat esse rei*⁽⁹³⁾ y determina su carácter constitutivo *ad validitatem, ad solemnitatem*.

- *Es un acto inscribible.*

Procediéndose a inscribir luego de celebrado el matrimonio en el Registro Personal y en el Registro Predial, no antes, pues no se ha configurado sus efectos⁽⁹⁴⁾.

(90) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Ob. cit., p. 623.

(91) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., p. 265.

(92) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 292; en referencia a la TJRS, Ac. 70006423891, 2003.

(93) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., p. 261.

(94) "La inscripción en el registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia, así sucede cuando se opta por la separación de patrimonios o por el

- *Personal.*

Deben intervenir los propios nubentes de forma personal o a través de apoderado con poderes especiales, expresos y taxativos conforme al artículo 156. En el caso del menor de edad, al no tener capacidad, no podrá celebrar un pacto antenupcial. Sin embargo, *ad maioris ad minus*, si puede casarse puede pactar su futuro régimen matrimonial, a mayor abundamiento si es matrimonio que si le es permitido celebrar será consecuencia de su decisión del régimen que quiere aplicar, conforme lo manda el artículo 1329 del Código español.

Lo que sí es cierto es que, ni padres ni tutores, pueden pactar en nombre de los nubentes.

- *Su contenido solo acepta regular relaciones económicas.*

No pueden ser su objeto regular relaciones conyugales, paterno filiales o familiares. Está permitido indicar el tipo de régimen, los bienes que se aportan y los que quedan como propios. Prohibido está el pacto de no procreación, dispensa del deber de fidelidad, de no cohabitación o la renuncia al derecho al divorcio, renuncia anticipada a la herencia, renuncia a los alimentos.

- *Queda sin efecto por invalidez del matrimonio.*

Uno o ambos pretendientes se casan con otra(s) persona o se rompe el noviazgo.

- *No tiene un plazo de validez.*

Puedo suscribirlo y casarme hoy mismo o mañana, en 10, 20, 30 o más años.

- *Puede estar sujeto a un plazo o condición.*

De esta forma puedo optar por un régimen que se aplicará por el transcurso de los 5 años siguientes vencido el cual se aplicará otro. Asimismo, puedo celebrar un pacto antenupcial o nupcial en el que se acuerde que en caso un cónyuge sea declarado incapaz se cambie de régimen de gananciales por el de separación (condición suspensiva) u, opto por la separación de bienes pero en caso tener hijos se sustituirá de forma inmediata por gananciales (resolutoria).

En la medida que no existe restricción alguna, el régimen patrimonial podría, eventualmente, estar sujetos a un plazo o condición pero siempre establecidos en favor del interés familiar. Desde ese punto de vista, en estos supuestos no todo plazos y/o condición debería tener validez sino solo en aquellos casos en los que sea favorable y acorde con el interés familiar. Podrían ser como actos jurídicos sujetos a *plazo o modalidad restringida*.

sustitución de dicho régimen” (Exp. N° 134-95, Piura, LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias supremas civiles 1993-1996*. Legrima, Lima, 1997, p. 177).

- Ineficacia e invalidez se rigen por la teoría general del acto jurídico.

En todo lo referente a la ineficacia e invalidez (nulidad o anulabilidad) son de aplicación las normas de la teoría del acto jurídico general.

13.1.1.5. Efectos

Para que surta efectos entre los cónyuges basta que se otorgue la Escritura Pública y para que surta efectos frente a terceros deberá inscribirse en el Registro Personal.

13.1.2. Durante el matrimonio - Sustitución del régimen

Es una elección secundaria del régimen.

Implica el cambio, una variación o sustitución. De uno a otro. Implica una regulación especial en razón que el régimen existente debe, para dar paso al siguiente, extinguirse y dejar saneadas las relaciones jurídicas creadas. Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir un régimen por otro, tantas y cuantas veces lo deseen. Normalmente es el de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios; pudiendo ser, también, el de separación de patrimonios por el de sociedad de gananciales.

13.1.2.1. Formalidades

Si los cónyuges optan por sustituir el régimen deberán:

- Liquidar el existente;
- Otorgar Escritura Pública, tomando en cuenta que la sustitución de un régimen patrimonial por otro durante la vigencia del matrimonio debe constar en Escritura Pública, lo que constituye un requisito para su validez que es la cualidad necesaria de un acto jurídico para que surta efectos legales; su inobservancia no es sancionada con nulidad. Siguiendo la regla contenida en el artículo 144 del Código se concluye que se trata de una forma *ad probationem* y, en consecuencia, las partes pueden compelerse recíprocamente a llenarla⁽⁹⁵⁾.
- Inscribirlo en el Registro Personal.

13.1.2.2. Efectos

Para que surta efectos entre los cónyuges se requiere el otorgamiento de Escritura Pública y, frente a terceros, la inscripción en el Registro Personal⁽⁹⁶⁾.

(95) Cas. N° 1345-98, Lima.

(96) “La inscripción en el Registro de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia, así sucede cuando se opta por la separación de patrimonios o por la sustitución

13.1.2.3. Incongruencia

Se advierte una incongruencia entre los artículos 296 y 319 del Código Civil:

Artículo 296.-	Artículo 319.- Fin de la sociedad de gananciales
<p>Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.</p>	<p>Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333, la sociedad de gananciales fenecce desde el momento en que se produce la separación de hecho. Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal.</p>

Para el artículo 296 el nuevo régimen tiene vigencia para los cónyuges y terceros desde la fecha de su inscripción (carácter constitutivo). El artículo 319 manifiesta que para las relaciones entre los cónyuges el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la Escritura Pública de sustitución voluntaria, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo (carácter declarativo), siendo la inscripción solo aplicable para terceros (carácter constitutivo).

Debe considerarse que el artículo 296 como una norma finalista y el 319 como un norma especial que detalla los efectos para cada caso en concreto, para sí y en relación a cada una de las partes implicadas, detallista esta última si queremos asimilarlo. Castro Pérez Treviño⁽⁹⁷⁾ considera que cuando se trate de variar el régimen de separación por el de gananciales este último regirá entre los cónyuges desde la inscripción (art. 296), si es a la inversa, variar los gananciales por el de separación este regirá entre los cónyuges desde la fecha de la escritura pública (art. 319).

14. Principios

Las normas generales de los regímenes patrimoniales están amparadas en el Código civil (arts. 295 a 300) y se encargan de disciplinar imperativamente la organización económica de la familia⁽⁹⁸⁾ y el funcionamiento de la vida en el hogar, aplicándose de idéntica manera a todos los casados, cualquiera que sea el régimen

de dicho régimen” Exp. N° 134-95, Lima. Vid. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario Jurisprudencial Civil*. Ob. cit., p. 645.

(97) CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María: “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. Ob. cit., pp. 113 y 114.

(98) Cas. N° 3109-98, Lima.

matrimonial al que están sometidos⁽⁹⁹⁾. Son normas de orden público, imperativas, inderogables por los cónyuges, que componen el denominado régimen matrimonial primario⁽¹⁰⁰⁾.

De estas normas generales se derivan una serie de principios que rigen la estructura y tratamiento de los regímenes, entre ellos tenemos:

Principios	Libertad para escoger el régimen económico
	Igualdad en el gobierno del hogar
	Responsabilidad conjunta
	Libertad de trabajo
	Inderogabilidad de las convenciones matrimoniales
	Comunicabilidad
	Prohibición de estipulaciones ilícitas

Estos principios van de la mano con las características que inspiran los regímenes matrimoniales. Desarrollemos:

14.1. Principio de libertad para escoger el régimen económico

Los regímenes de bienes son modelos prefabricados por el legislador y disponible para los nubentes⁽¹⁰¹⁾ quienes tienen la capacidad de decidir y optar. Por este principio se establece el régimen económico considerado más adecuado a los intereses conyugales. La libertad de las partes y su autonomía privada para pactar lo que consideren oportuno solo tiene como restricción los límites fijados por la ley, el orden público y las buenas costumbres. Como ya se ha dicho, existe el denominado *Derecho de opción*, facultad para elegir antes el matrimonio, y; el *Derecho de sustitución*, facultad para cambiar el régimen patrimonial en que se encuentran y adherirse al otro. Incluso, puede sustituirse el régimen optado antes de casarse para regirse a la comunidad de bienes.

14.2. Principio de igualdad

Se sustenta en el principio de isonomía, de semejanza entre los cónyuges. Va de la mano con el mandato de no discriminación. No más potestad marital.

Ambos tienen el deber y el derecho de:

- Participar en el gobierno, administración y dirección del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo, según sus posibilidades y capacidades (art. 290), *housekeeping* como lo denomina la doctrina inglesa.

(99) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 294. Cit. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*, p. 340.

(100) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., pp. 293 y 294.

(101) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 200.

- Fijar y mudar el domicilio conyugal⁽¹⁰²⁾ (art. 290).
- Decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar (art. 290).

El principio de igualdad interconyugal implica ejercicio conjunto, actividades mancomunadas. En la relaciones conyugales la regla del cogobierno⁽¹⁰³⁾, coadministración, codirección, corepresentación, consentimiento dual (*véase* el prefijo *Co-*). El principio de igualdad y su tratamiento en las relaciones patrimoniales lo encontramos en las siguientes normas del Código:

- Paridad en las relaciones jurídicas hogareñas (art. 234).
- Representar legalmente a la sociedad conyugal (art. 292).
- Coadministración de los cónyuges del patrimonio social (art. 313).
- Intervención conjunta de los cónyuges para disponer de bienes sociales (art. 315).
- Asunción paritaria de deudas sociales (art. 317).

14.3. Principio de responsabilidad conjunta

Sea cual fuera el régimen elegido, los cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según sus posibilidades y rentas, en caso de divergencia corresponde al juez regular la contribución de cada quien considerando la situación del caso y ingresos (art. 300).

Como *obligación conjunta* los cónyuges deben contribuir *en y con* los gastos del hogar.

14.4. Principio de libertad de trabajo

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión, oficio o industria permitidas por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si este lo negare, el juez puede autorizarlo si lo justifica en el interés de la familia (art. 293).

(102) “El domicilio conyugal se constituye de común acuerdo ante el marido y mujer, mediante la objetiva residencia habitual en un determinado lugar. si las partes en litigio han señalado su domicilio en el predio de uno de sus padres, el mismo debe reputarse como su domicilio conyugal, ya que no hay prohibición legal para que bajo un mismo techo habiten más de una familia y fijen en el mismo su domicilio conyugal” (Cas. N° 2862-99, Cajamarca; *El Peruano* 04/07/2000, p. 5526).

(103) “Cogobierno. Gobierno, del latín gubernus, es una antigua palabra de la lengua castellana, pues se documenta en ella desde el siglo XIV. Co-, prefijo equivalente de la preposición con, es muy productivo en español; ejemplos: coacción, coetáneo, colaborar, etc. Del sustantivo cogobierno se deriva el verbo cogobernar. Sorprende que ni cogobierno ni cogobernar se incluyan en la última edición (2001) del DRAE a pesar de ser términos cultos y generales en el ámbito político de casi todo el continente americano”. Vide HILDEBRANT, Martha. *1000 palabras y frases peruanas*, 1ª edic., 1ª reimpresión, Espasa, Lima, 2011, p. 91.

14.5. Principio de inderogabilidad de las convenciones matrimoniales

Estos varían solo por voluntad, sentencia o ley. La voluntad no puede ser contraria a ley, de forma que no puede pactarse en contra de ella, solo regular lo permitido.

El transcurso del tiempo no las afecta, ni cambia su esencia.

14.6. Principio de comunicabilidad

Este principio se sustenta en que todos los bienes luego del matrimonio se juntan creando un patrimonio único. Esto se da en ambos regímenes, especialmente en una sociedad de gananciales, pero también en un régimen de separación si nos referimos al menaje del hogar, bienes estos que comienzan y terminan siendo de ambos.

La comunicabilidad de los bienes existe en razón que el matrimonio genera una comunidad de vidas (art. 234), los cónyuges tienen el deber de asistencia mutua (art. 288) y ambos son responsables del sostenimiento de la familia y del hogar (arts. 291 y 300). Por lo tanto, tratándose del régimen de comunidad, a la hora de la partición, deben dividirse el patrimonio en común, aquel que se encuentra en mancomunidad, independientemente de quien haya adquirido los bienes. Algo similar sucede en la separación, en la que los cónyuges se dividirán el menaje adquirido en conjunto.

Son bienes incommunicables los objetos que no son de uso doméstico; es decir, todos los que menciona el artículo 321 del Código, bienes personalísimos.

14.7. Principio de prohibición de estipulaciones ilícitas

Serán nulas todas aquellas disposiciones que obren en los regímenes que atenten contra los principios anteriormente mencionados, que vulneren las normas imperativas, las buenas costumbres o restrinjan la igualdad intraconyugal.

15. Clasificación de los regímenes patrimoniales

En el Derecho comparado se presentan numerosas modalidades, ello se debe, principalmente, a la manera cómo se gobiernan las relaciones económicas del grupo familiar dependiendo de la idiosincrasia, costumbres⁽¹⁰⁴⁾, cultura y tradiciones de los pueblos en general, así como del concepto que cada cual tiene acerca del matrimonio. Sin embargo, recientemente los estados tienden a redimensionar

(104) Claro ejemplo de la influencia de la costumbre en el régimen de bienes es Australia y Nueva Zelanda. Cfr. J. Neville Turner: "Family and Succession Law" (Australia). En: *International Encyclopaedia of Law*. Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, January, 1997, p. 161.

o replantear los regímenes económicos del matrimonio atendiendo al desarrollo económico del país.

De la variedad de regímenes patrimoniales tenemos aquellos que van desde los que imponen a los matrimonios un régimen económico predeterminado, hasta aquellos que los dejan en absoluta libertad de pactar capitulaciones matrimoniales, regulando un régimen patrimonial supletorio para el caso de matrimonios donde nada hubieren pactado antes de casarse.

15.1. Por su vigencia

De acuerdo a este criterio, los regímenes patrimoniales pueden ser de dos clases: tradicionales y modernos.

Entendiéndose a la primera clasificación como aquellos que se hallan en desuso y los segundos a aquellos que mantienen plena vigencia.

Tradicionales

15.1.1. Régimen de absorción

Conocido también como Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido. Tuvo su origen en el matrimonio *cum manus* del Derecho Romano donde el marido era el único propietario y administrador de todos los bienes.

15.1.2. Régimen de unidad de bienes

Los cónyuges mantienen la propiedad de sus bienes en forma separada, siendo el marido quien administra y disfruta de dichos bienes, excepto de aquellos reservados de propiedad de la mujer. Al momento de la disolución matrimonial el marido estaba obligado a reintegrar los bienes de su cónyuge. Este régimen fue establecido en Alemania hasta el año 1953, mientras que en Francia fue usado como régimen convencional bajo la denominación “sin comunidad”, el Código portugués de 1867 lo denominó simplemente como separación de bienes. Por este régimen se le devolvía a la mujer el valor del patrimonio ante la disolución del matrimonio (Suiza hasta el año 1907).

Modernos

De otro lado, en los regímenes modernos la tendencia es clasificarlos de acuerdo a la libertad de las partes. En este grupo encontramos a los regímenes convencionales y legales, y por su estructura o contenido donde se encuentra el régimen de comunidad, el régimen de separación y a los regímenes mixtos o intermedios⁽¹⁰⁵⁾.

(105) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa, Lima, 2008, p. 205.

15.2. Por su contenido

15.2.1. Regímenes de comunidad

Se caracterizan por la existencia de un patrimonio común, llámese mancomunado, perteneciente a ambos cónyuges, y dos patrimonios privativos; es decir, de cada uno de los cónyuges. También llamado de sociedad de gananciales o de asociación conyugal.

Dentro de esta clasificación se encuentran los bienes presentes y futuros, o a ambos; así como los bienes adquiridos a título oneroso o los adquiridos a título gratuito.

Un régimen típico de esta clase es la sociedad de gananciales, en donde la mujer no pierde su derecho al patrimonio sino que, conjuntamente, con el marido son propietarios de los bienes sociales, una especie de copropiedad.

Dentro de este régimen podemos encontrar variantes:

15.2.1.1. Régimen de comunidad absoluta

Llamado también régimen de comunidad universal. Surge en los pueblos germánicos.

Tiene un origen histórico, moral y religioso. El matrimonio une todo, implica una comunión de vidas, la fusión de almas y de afectos: se casan las personas y también las fortunas⁽¹⁰⁶⁾.

Todos los bienes y deudas, *i.e.* activos y pasivos, presentes o futuros, son comunes; incluso aquellos que formaban parte del patrimonio de soltería. Los bienes se fusionan en uno solo a raíz de la celebración del matrimonio pasando la ser titular la sociedad conyugal. Marido, mujer y patrimonio uno solo son⁽¹⁰⁷⁾. Sin embargo, algunas legislaciones aceptaron que se excluyan ciertos bienes.

Este régimen se fundamenta en la unidad de vida que entraña el matrimonio no solo debe quedar circunscrita a la esfera afectiva o moral, sino a la totalidad de los aspectos en que se manifiesta la actividad socio-jurídica de los cónyuges. No se toma en cuenta el origen de los bienes.

Según Lasarte⁽¹⁰⁸⁾ está vigente en Vizcaya, Alburquerque y aquellas zonas donde se aplica el Fuero civil del Baylío (lo mío es tuyo y lo tuyo es mío).

(106) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., p. 262.

(107) *The dominant philosophy of the common law was that husband and wife are one person in law* (J. Neville Turner: "Family and Succession Law". Ob. cit., p. 161.

(108) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 152.

15.2.1.2. Régimen de comunidad parcial

Hay bienes comunes, llamados sociales, y los bienes de cada cónyuge, los propios.

15.2.1.3. Régimen de comunidad relativa de muebles, gananciales, aportaciones y bienes futuros

En este régimen la comunidad se restringe a los bienes muebles, sin tener en consideración su origen ni ganancias. Se distinguen los bienes propios de cada cónyuge como los inmuebles que era propietario antes del matrimonio, o los que adquiere luego por herencia, legado o donación; y, los bienes comunes y gananciales.

Es decir, los muebles que cada esposo lleva al matrimonio y, en general, todas las adquisiciones que la ley no repunte propias del cónyuge adquirente.

15.2.1.4. Régimen de ganancias

Se trata del régimen de la comunidad compuesta solo por lo ganado por los cónyuges luego del matrimonio. Los cónyuges conservan como propios los bienes que llevan al matrimonio, siendo gananciales solo los adquiridos una vez casados, salvo aquellos adquiridos por dinero propio de los cónyuges, herencia, legado o donación.

Estuvo en vigor en México con el Código de 1884, Portugal con el de 1867, Alemania de acuerdo al Código de 1900 y en Polonia con su Código de 1825. Actualmente, vigente en Italia, Holanda, Brasil, España, Siam, Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Venezuela, así también en los Estados americanos de California, Texas, Nuevo México, Arizona, Idaho, Nevada, Washington, Oklahoma, Hawaii, Michigan, Nebraska y Pensilvania. Está contemplado como régimen convencional en Alemania, Bélgica, Holanda, Mónaco, Quebec, Suiza, Francia y Portugal. En la variante de régimen de comunidad de muebles y ganancias lo consagran Bélgica, Mónaco, República Dominicana, Luisiana y Aragón.

15.2.1.5. Régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso

Este régimen trata de una comunidad limitada en cuanto a las adquisiciones que los cónyuges realizan a título oneroso durante el matrimonio, permaneciendo en propiedad de cada uno los adquiridos con anterioridad o posterioridad del matrimonio a título gratuito. Para algunos autores se trata de un régimen intermedio de comunidad parcial de bienes y de separación. Los bienes que los cónyuges llevan al matrimonio o los que adquieran a título gratuito son propios y los que se adquieran durante el matrimonio a título oneroso serán sociales.

Es el aplicable en Perú como régimen supletorio, opera por ministerio de la ley en defecto⁽¹⁰⁹⁾ o por deficiencia de separación convenida (art. 295). Lo primero, cuando no hay una opción expresa por algún régimen patrimonial; lo segundo, cuando el convenio matrimonial de opción de régimen patrimonial es inválido, sea por un defecto de forma o de fondo. Se trata de un sistema mixto creado por Ley. Una comunidad de bienes, un híbrido entre la universalidad de los bienes, en la manera como son adquiridos, y del régimen de participación. Se caracteriza por ser un régimen de comunidad respecto de la adquisición de bienes a título oneroso, los que se obtengan de dicha forma son bienes comunes, los demás serán propios.

15.2.2. Regímenes económicos de separación de bienes

Se caracteriza por la coexistencia de dos patrimonios privativos e independientes que pertenecen a cada uno de los cónyuges. *El de él y el de ella*. Estos conservan la titularidad y la administración de sus bienes y responden frente a sus obligaciones. Se funda en la independencia absoluta del patrimonio individual de los cónyuges.

Los partidarios de este régimen señalan que es indispensable para la independencia económica de los casados. Constituye una garantía, evita las ambiciones de carácter personal y favorece la emancipación de la mujer.

Tiene toda una tipología. Según Aveledo⁽¹¹⁰⁾ existen tres tipos de régimen de separación:

- *Separación plena o absoluta*.- Cada cónyuge conserva la propiedad, goce y administración de sus bienes. Es el de aplicación más común en el Derecho comparado.
- *Separación con administración única*.- Sistema de reunión. Cada quien tiene la propiedad pero el goce y administración corresponde al marido. Conocido como Régimen de administración y disfrute maritales.
- *Sistema dotal*.- Cada quien tiene la propiedad pero existen bienes propios de la mujer cuyo goce y administración corresponde al marido para atender los gastos comunes del matrimonio, siendo restituidos en el momento de la disolución.

En el Derecho comparado funciona:

(109) “En defecto de Escritura Pública mediante la cual conste que lo cónyuges han optado por régimen de separación de bienes, debe presumirse que estos han optado por la sociedad de gananciales, derivándose de ella una partida de derechos frente a los bienes adquiridos bajo su vigencia” Cas. N° 158-2000, San Martín, *El Peruano*, 30/10/2000, p. 6369.

(110) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Ob. cit., p. 217.

- *De pleno derecho*, como régimen supletorio en Japón (at.762), en Cataluña opera en el caso de no existir pacto, o cuando los capítulos matrimoniales sean ineficaces (art. 10, Cód. de familia); Islas Baleares y Comunidad Valenciana. En Brasil es obligatorio cuando: “I.- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio; II.- da pessoa maior de sessenta anos; III.- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial” (art. 1641).
- *Por decisión judicial*, en Argentina, Brasil.
- *Régimen convencional*, mediante opción de las partes.
- *Legal supletorio de segundo grado*⁽¹¹¹⁾ o *incidental*⁽¹¹²⁾, en España cuando las partes deciden expresamente no regirse por la sociedad de gananciales y no optan por otro sistema, entra en vigencia el de la separación de bienes (art. 1435,2). En Alemania es supletorio el régimen de participación, en caso los cónyuges lo excluyan o anulen este régimen legal, entra en vigencia el de la separación de bienes, salvo que del contrato matrimonial se desprenda situación distinta (art. 1414).

En nuestro medio es convencional, judicial o concursal.

15.2.3. Régimen mixto

Llamado régimen intermedio o secundario porque recoge elementos de los sistemas de comunidad y separación, reproduciendo con atenuaciones aquellos regímenes.

15.2.3.1. Régimen de participación

Se trata de un régimen intermedio entre la comunidad y la separación de bienes. Pero, la verdad, es una forma de régimen de comunidad de bienes, diríamos de comunidad final de bienes. Se le conoce régimen de participación en las ganancias.

Durante la vigencia del matrimonio funciona como un régimen de separación y al momento de la disolución del vínculo matrimonial funciona como un régimen de comunidad. Mientras está vigente el matrimonio cada cónyuge tiene la administración y disposición de sus bienes. Llegado el momento de la disolución, marido y mujer participan de las ganancias obtenidas en el patrimonio del otro, de allí que se trate de una forma régimen de gananciales.

Para algunos autores, este régimen tiene su origen en el matrimonio civil húngaro del año 1894 establecido para los campesinos, obreros, comerciantes e

(111) EL DERECHO EDITORES: *Regímenes económicos matrimoniales*. 1ª edición, Madrid, Grupo El Derecho y Quantor, octubre 2010, p. 313.

(112) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 150.

industriales derivado de las costumbres de estos pueblos. Sin embargo, en el año 1888 fue establecido en Costa Rica, siendo el primero en el mundo en establecerlo, a manera de un régimen supletorio. Colombia fue el segundo país americano que lo adoptó. Uruguay lo legisló en 1946. Rige en Brasil, Chile, Alemania, Francia y España.

El régimen de participación resulta interesante por su carácter mixto –separación –comunidad de bienes– pudiéndose convertir en una alternativa a los dos regímenes regulados en nuestro Código de 1984. A través de él se permite a los cónyuges mantener la separación de sus bienes, vigente el matrimonio y la asociación en los beneficios mediante la comunidad de bienes, disuelto el mismo.

Su característica es que mientras está vigente funciona como un régimen de separación y al extinguirse todos los bienes existentes de unen en una sola masa patrimonial que hará frente a las obligaciones y su excedente se dividirá en calidad de gananciales.

Este régimen es una buena alternativa para aquellos cónyuges que actúan con independencia en el aspecto económico y que obtienen ingresos y rentas separadas. Evita privilegios a favor de uno de los cónyuges, otorga seguridad jurídica a los terceros y permite la celeridad en el tráfico patrimonial, evitando el enriquecimiento de uno respecto del otro y dando garantía la independencia económica.

En el régimen patrimonial de participación de gananciales, durante la vigencia de la sociedad conyugal los bienes son administrados por cada cónyuge en su calidad de titular (como régimen de separación de patrimonios) mientras que llegado el momento de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, se procede a la unión de los bienes de cada cónyuge (como una sociedad de gananciales) generando un crédito pecuniario, una participación en las ganancias del otro, a efectos de lograr una equiparación, si las suyas fueron menores.

Opera como régimen supletorio en Alemania (1363), Panamá (arts. 82, 102 a 126 del Código de Familia), Costa Rica (art. 41 del Código de Familia).

15.3. Por la intervención de la autonomía privada

De acuerdo a este criterio existen diversos sistemas como:

15.3.1. Régimen obligatorio

Llamado régimen legal o de fijación.

En este régimen se niega la intervención a la autonomía privada; es decir, está prohibido que las partes definan el régimen.

Por ejemplo, en Cuba solo existe el régimen de comunidad de bienes (art. 29 del Código de Familia).

15.3.2. Régimen de elección

Llamado opcional o supletorio.

En este tipo la ley regula diversos regímenes económicos otorgándose a los cónyuges la facultad de optar por cualquiera de ellos.

15.3.3. Régimen supletorio

Llamado incidental.

Opera a falta de voluntad y es fijado *ope legis*. Puede ser:

- Primer grado.- Opera a falta de voluntad expresa de los contrayentes.
- Segundo grado.- Opera cuando los contrayentes expresan su voluntad de no someterse al régimen supletorio de primer grado.

	Régimen supletorio	
	Primer grado	Segundo grado
Alemania	Participación	Separación
España	Gananciales	Separación

15.3.4. Régimen de libertad absoluta

Llamado “régimen de capitulaciones matrimoniales”.

Por este régimen se permite a los capitulantes establecer el régimen económico que consideren más adecuado a sus intereses matrimoniales o familiares. Este sistema es respetuoso de la libertad de las partes quienes pueden hacer uso amplio de su autonomía privada y pactar lo que consideren oportuno dentro de los límites fijados por la ley. Es una forma de autoreglamentación plena de la vida económica matrimonial.

Opera en Panamá (arts. 81, 86 a 94), Cataluña (art. 10-1), Nicaragua (art. 153).

Algunas capitulaciones se consideran instituciones familiares consuetudinarias⁽¹¹³⁾, tales como:

(113) Artículo 33, L. 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón y art. 19 de la Ley 2/2003, del 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad. (Vigente hasta el 23 de abril de 2011) hoy derogada.

- *Hermandad llana* o carta de mitad (siglo XIV), a través de la cual los cónyuges hacen comunes entre sí todos sus bienes, no solo en la comunidad legal, presentándose como un régimen de comunidad universal⁽¹¹⁴⁾.
- *Agermanamiento* o *casamiento al más viviente* o pacto al más viviente, es aquella capitulación matrimonial que concede al cónyuge superviviente la propiedad de todos los bienes del matrimonio. Algunas leyes limitan los efectos de esta modalidad interpretándola con arreglo a la tradición. Por ejemplo, no surtirá efecto cuando el premuerto dejó hijos de matrimonio anterior. De existir hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudez universal y de la facultad de distribuir la herencia. No habiendo hijos, el sobreviviente heredará todos los bienes del premuerto⁽¹¹⁵⁾.
- *Casamiento en casa*, institución jurídica aragonesa de fuente capitular y régimen consuetudinario tendente a la cohesión y perpetuación de la casa. Puede ser descrita como el pacto en cuya virtud se faculta al forastero que casa con el heredero de la casa para que, en caso de enviudar, contraiga nuevas nupcias sin perder por ello el usufructo de viudedad que le corresponde sobre el patrimonio del premuerto (la casa, precisamente) y que se comunique dicho usufructo al nuevo cónyuge, si le sobrevive, siempre que las nuevas nupcias sean consideradas convenientes a la casa y familia por las personas designadas al efecto, normalmente los instituyentes (señores mayores) o la junta de parientes⁽¹¹⁶⁾.
- *Acogimiento o casamiento a sobre bienes*, cuando un matrimonio sin hijos –o con hijos cuya deficiencia para llevar la casa quieran suplir– adopta en ella a un pariente o extraño que va a constituir familia (entonces se llama casamiento a sobre bienes) o a la familia ya constituida; las condiciones suelen especificarse en las capitulaciones. Este pacto no puede perjudicar los derechos constituidos sobre bienes de la casa⁽¹¹⁷⁾.
- *Consortio universal o juntar dos casas*, generalmente cuando casa un heredero con una heredera (formando, así, el consorcio tres matrimonios), o cuando se casan dos viudos, entre estos y los hijos de los respectivos matrimonios, a quienes se instituye herederos. Puede ser también tácito: se induce del hecho de asociar dos o más matrimonios sobre la base de la casa y del patrimonio de uno de ellos, aportando todos sus bienes con el objeto de administrarlos y explotarlos en común⁽¹¹⁸⁾.

(114) Ver: <http://www.enciclopedia-aragonesa.com> (18 de junio de 2011).

(115) <http://www.derechoaragones.es> (18 de junio de 2011).

(116) <http://www.enciclopedia-aragonesa.com> (18 de junio de 2011).

(117) Ídem.

(118) Ídem.

- *Dación personal*, mediante este contrato, antes usado en regiones pirenaicas y hoy en desuso, un soltero o viudo sin descendencia se “dona” (por eso se le llama donado) o adscribe de por vida a una casa, obligándose a trabajar en beneficio de ella e instituyéndola heredera, a cambio de ser mantenido por ella “sano y enfermo con lo necesario, y vestido y calzado según su clase”, y recibir los sufragios de costumbre a su muerte⁽¹¹⁹⁾.

En todos y cada uno de estos casos se estará a lo pactado y se interpretarán aquellas con arreglo a la costumbre y a los usos locales.

15.4. Por la gestión

Tomando en cuenta el tipo de gestión económica que realiza la familia, la comunidad de bienes puede presentar las siguientes variantes:

15.4.1. Régimen de administración marital

Es aquel reconocimiento legal del sistema romano donde la mujer es propietaria pero no puede administrar sus bienes.

15.4.2. Régimen de la administración separada

Es aquel que parte de la idea que existen bienes comunes pero a la vez una administración individualizada. El que compra es quien administra a pesar de ser un bien común.

15.4.3. Régimen de administración conjunta

En este caso hay comunidad, tanto marido como mujer realizan la gestión, administración y disposición conjunta de los bienes, no pudiendo hacerlo de manera personal.

15.5. Sistemas legales

Es la misma ley quien los consagra de forma expresa, imponiéndolos categóricamente o a falta de voluntad expresa de los cónyuges de decidir por uno de ellos.

15.5.1. Régimen legal obligatorio

Es de aplicación y aceptación forzosa, no cabe pacto en contrario. No existe libertad para la determinación del régimen.

15.5.2. Régimen legal supletorio

Se da en aquellos sistemas que admiten sistemas contractuales de libertad absoluta y de libertad de elección para el caso que los cónyuges no hagan uso del

(119) Ídem.

derecho que tienen a efectos de determinar su sistema patrimonial. Se impone, solo y únicamente, en caso los cónyuges no hayan optado y decidido por seleccionar un régimen económico⁽¹²⁰⁾.

Los regímenes económicos en el Derecho comparado

	Supletorio		Paccionado	Judicial
Sociedad de gananciales	Argentina Bolivia Colombia Cuba* Chile España Ecuador Francia Hidalgo Italia México Perú Paraguay Portugal Puerto Rico Quintana Roo República Dominicana Uruguay Venezuela		Suiza Bélgica Holanda Mónaco Quebec	
Separación de patrimonios	1° grado	2° grado	Chile Perú México Hidalgo Quintana Roo Paraguay República Dominicana	Argentina Bolivia Brasil Colombia Ecuador Uruguay Venezuela
	Australia Brasil**** Comunidad Valenciana Cataluña Costa Rica Islas Baleares Nueva Zelanda Japón	España** Alemania***		
Participación	1° grado	2° grado	Chile España Colombia Brasil Francia República Dominicana	
	Alemania Costa Rica Panamá			

(120) SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. 14ª edición, Editora Mobil Libros, Caracas, 2001, p. 185.

Régimen de comunión parcial	Brasil		
Capitulación matrimonial		Cataluña Colombia***** Costa Rica Nicaragua Panamá Portugal***** Puerto Rico***** Uruguay***** Venezuela*****	

- * Solo hay comunidad de bienes.
- ** Cuando las partes deciden expresamente no regirse por la sociedad de gananciales y no optan por otro sistema.
- *** En caso los cónyuges lo excluyan o anulen el régimen legal entra en vigencia la separación de bienes, salvo que del contrato matrimonial se desprenda situación distinta.
- **** En ciertos casos.
- ***** Por acuerdo entre las partes, a falta de él rige la comunidad de bienes.

Tipos de regímenes económicos en el matrimonio						
Vigencia	Contenido		Voluntad			Gestión
	Comunidad	Separación	Legal	Opcional	Voluntario	
Absorción	Absoluta	Plena	Capitulaciones			Marital
Unidad	Parcial	Separación con administración única				Separada
	Muebles y ganancias	Sistema dotal				Conjunta
	Mixtos					
	Participación	Adquisición onerosa				

No existen regímenes de bienes puros. Todos son mixtos. La comunidad no es absoluta, la separación tampoco. En el primero hay bienes propios, sociales y otros. En la separación, si bien existen patrimonios individualizados, hay bienes del hogar que se comparten. La vida conyugal es tan compleja en el orden patrimonial que determina una confusión de intereses económicos, una diversidad de bienes y asunción de gastos comunes en el que no podemos referirnos típica ni puramente a una separación de bienes. Con el tiempo se han diseñado sistemas híbridos, como el de participación, una suerte de combinación entre separación y comunidad delimitada por la vigencia del matrimonio, al final los cónyuges participan de las ganancias.

16. Regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio en el Perú

En el Derecho comparado y en los sectores de la doctrina mayoritaria, que sirven de sustento a las diversas legislaciones, se presentan varias modalidades en lo que se refiere al régimen patrimonial del matrimonio; no obstante ello, dicha diversidad en nuestro entorno se ve reducida a rasgos esenciales y mínimos, solo aplicables al matrimonio teniendo los convivientes mayor libertad para regular sus relaciones económicas y el régimen de bienes al no tener que supeditar-se a un régimen legal en especial⁽¹²¹⁾.

La legislación considera dos regímenes patrimoniales en el matrimonio: el régimen de comunidad parcial de bienes y el régimen de separación de patrimonios.

16.1. Sociedad de gananciales

Nuestro régimen es una comunidad de bienes parcial respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, denominándose Régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso. Es un régimen legal supletorio y opera a falta de voluntad por decidir otro. La ley lo impone en razón que no puede existir matrimonio sin un régimen de bienes.

En nuestro medio no rige en estricto, como erróneamente se cree, un régimen de sociedad de gananciales, sino una suerte de régimen intermedio entre la comunidad universal y la separación de patrimonios, se trata de un régimen parcial. Cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía antes del matrimonio y todos aquellos que adquiera a título gratuito durante este, configurándose la comunidad solo respecto de los bienes adquiridos dentro del matrimonio a título oneroso y de los frutos y productos de los bienes propios, de allí que la denominación régimen de comunidad de adquisiciones a título oneroso no sea del todo adecuada, siendo mejor régimen de comunidad y separación especial.

Se trata de un régimen patrimonial de carácter supletorio que opera a falta de elección de los cónyuges.

Los bienes conyugales forman una comunidad de bienes, no copropiedad. Ciertos autores sostienen que aquella es el género, la otra la especie. La copropiedad es una forma de comunidad, pero con características propias; la comunidad recae sobre un patrimonio rigiendo tanto para el activo como para el pasivo; la copropiedad recae sobre bienes singulares; la primera es *a título universal*, la segunda, *a título particular*, a decir de Avendaño⁽¹²²⁾. Entre comunidad y copropiedad existen claras diferencias. Esta última puede partirse inmediatamente, mientras que la sociedad conyugal debe primero liquidarse para luego realizar su partición.

(121) LÓBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 297.

(122) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Los bienes en el matrimonio". En: *La familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990, p. 255.

En este régimen ambos cónyuges administran el destino o finalidad de los bienes, se sustenta en la coestión, coadministración y coparticipación adscribiéndose al principio de actuación conjunta o de gestión conjunta referido tanto a las facultades de administración como de disposición.

16.2. Régimen de separación de bienes y deudas

Es un régimen legal paccionado al operar por voluntad propia de los contrayentes o cónyuges. En este régimen están claramente diferenciados los bienes y obligaciones de cada cónyuge, no existe la comunidad ni socialidad de los bienes. Cada cónyuge mantiene su capital sin perjuicio de las cargas comunes propias del matrimonio, las cuales subsisten. La determinación de la responsabilidad patrimonial por las obligaciones recaerá en el cónyuge deudor, afectándose, única y exclusivamente, su propio patrimonio.

Se trata de un régimen de individualización de los bienes.

Cada cónyuge tiene la administración, disposición y gestión de las deudas y acreencias de su patrimonio. El patrimonio de uno no se ve afectado por los actos del otro. En cuanto a los bienes, existen los propios (satisfacen intereses personales) y los que conforman el menaje del hogar (satisfacen una necesidad comunitaria), que no son sociales.

El fundamento de este régimen es permitir la concordia y la paz de las personas unidas conyugalmente, no preocupándose de lo económico, sino tan solo de lo personal. Eliminan los matrimonios por conveniencia o ambición.

Este régimen no se presume, se decide, se pacta, cumpliéndose con las formalidades que estipula la ley para su configuración. En algunos casos, puede llegarse a él a través de un proceso judicial o concursal. Es común en las segundas nupcias, cuando los cónyuges son muy jóvenes y uno es de familia adinerada, o cuando uno o ambos cónyuges tienen descendencia.

A decir de Avendaño⁽¹²³⁾, cabría la separación judicial por renunciar a una herencia sin consentimiento del cónyuge (art. 304), por la mala gestión en la administración de los bienes (art. 313) o por disposición de bienes sociales sin previo asentimiento (art. 315), considero que estas dos últimas están subsumidas dentro del artículo 329 cuando se refiere al *abuso de facultades*.

En materia de administración de bienes de la familia se aplica el artículo 292, siendo una norma general tanto para la sociedad de gananciales como para el régimen de separación de patrimonios, más aún tomando en cuenta que en este régimen no existe norma expresa que trate sobre la representación del patrimonio de la familia en el que se encuentra los bienes de cada uno de los cónyuges.

(123) *Ibidem*, p. 256.

16.3. Regla y excepción. Practicidad y realidad de los regímenes patrimoniales del matrimonio

Machismo y paternalismo; idiosincrasia y costumbrismo han llevado a que el régimen de comunidad de bienes o sociedad de gananciales en el matrimonio no sea realidad, sino solo un simple espejismo.

Matrimonios manejados por el marido, quien propone y dispone, presentan el sistema de bienes matrimoniales como un típico régimen patriarcal. Hay casos inversos, en los que la que mujer maneja todo, por uterina decisión o *confort* del marido. Matrimonios en que cada quien opera su patrimonio y solo comparten gastos del hogar, (...) ella no sabe cuánto gana él, ni este lo que ella percibe. Matrimonios en los que ambos trabajan, pero el marido no permite que la mujer aporte para el hogar: el dinero de ella es solo para ella, para sus cosas personales, para que se compre lo que quiera.

Respecto de esto no hay fuentes de consulta. La doctrina nada dice y la norma queda callada, la realidad se condice con la legalidad. De la experiencia profesional, de las relaciones amicales y de las charlas prematrimoniales uno se da cuenta cómo los pretendientes no saben nada acerca de economía del hogar, de regímenes matrimoniales, de cuánto gana su pareja, ni cómo van a administrar sus ingresos y egresos una vez casados. Se quieren, enamorados están, mucho amor expresan, pero descuidan su economía y patrimonialidad.

En la *praxis* la separación de patrimonios es la regla y el régimen de comunidad de bienes la excepción, aunque el Código mande lo contrario. Antes de casarnos tenemos bienes separados. Así deberíamos seguir una vez conyungidos, independientes, cada quien con lo suyo, en el mismo statu quo, sin ataduras materiales. Si de elegir se trata, debería optar por la variación de nuestro estándar de vida, tender a lo otro, a la unión y a la conjunción de bienes. Al momento de casarme o antes de ello, la comunidad de bienes o sociedad de gananciales *debe ser* lo elegible, no lo imponible por ley. De no existir voluntad expresa debería operar de iure el estado patrimonial de separación de bienes. Me caso contigo, no con tu patrimonio. En este sentido, Castillo y Vásquez, dicen que “la solución pasa por hacer de la mancomunidad de bienes una excepción, y de la separación de estos la regla que rijan el régimen patrimonial del matrimonio”⁽¹²⁴⁾, cuando analizando la trascendencia del artículo 315 los citados prefieren ir hacia una modificación del artículo 295 del CC, “de tal suerte que se convierte en general que los cónyuges puedan disponer cada cual de sus bienes en la medida en que no son comunes. Así, pues, se minimiza el riesgo de los cónyuges que *le sacan la vuelta* al patrimonio

(124) CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Analizando el análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho*. 1ª edición, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, p. 133.

del otro, el fraude a los bancos con garantías ajenas y, por tanto, el costo de los créditos que tanto preocupan al Análisis Económico del Derecho”⁽¹²⁵⁾.

Hay que sincerar las relaciones económicas entre los cónyuges y el régimen de bienes en el matrimonio. Presentarle a la ley la realidad de las cosas, lo que sucede en la práctica y cómo debe adaptarse a los hechos sociales. Además de todo, dos regímenes, comunidad y separación, en nuestros días no son suficientes para permitir la oxigenación patrimonial de los cónyuges. No se pide libertad, se solicita modernidad en la economía y patrimonio del hombre y la mujer.

17. Elección y sustitución de regímenes

17.1. Por voluntad conjunta

Dependiendo de la decisión de las partes estas pueden escoger un régimen o cambiar uno existente. La primera, previa al matrimonio (elección), la segunda, durante el matrimonio (sustitución).

- **Elección.**- Instituyen un régimen.

Es previa al matrimonio. Requiere una forma preestablecida, el otorgamiento de Escritura Pública. La idea práctica sería plantear que la elección del régimen sea en el acto de la celebración del matrimonio, no siendo necesario otorgar escritura. Solo bastaría su constancia en el acta, disponiendo el alcalde que se envíen los partes al registro.

Nada impide que los otorgantes expresen formalmente su voluntad que el régimen legal supletorio que les corresponda, por serles antipático o inconveniente, no resulte de aplicación, sin indicar el que sería aplicable⁽¹²⁶⁾. Conste por el presente instrumento que extendemos de común acuerdo el pacto de no aplicación del régimen de sociedad de gananciales a nuestro matrimonio. En nuestro medio supondría que se someten al de separación de patrimonios al no existir otro. En otros lugares, al existir regímenes supletorios de segundo grado, estos entrarían en acción, España y Alemania.

- **Sustitución.**- Cambian un régimen.

Procede luego de celebrado el matrimonio mediante el otorgamiento de Escritura Pública y su correspondiente inscripción para que surta efectos frente a terceros. El cambio de régimen puede realizarse tantas veces lo decida la pareja.

(125) Ídem.

(126) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 163.

17.2. A solicitud de parte

No solo la voluntad o el deseo para la sustitución de los regímenes económicos en el matrimonio. También procede por solicitud de uno de los cónyuges quien canaliza su requerimiento en proceso judicial, siendo la sentencia aquella que dictamina la sustitución del régimen. Por ejemplo, cuando llega a comprobarse el abuso de facultades⁽¹²⁷⁾ o una conducta dolosa o culposa de parte de uno de los cónyuges en perjuicio del otro (arts. 297 y 329).

Según Barros⁽¹²⁸⁾ la elección de un régimen supone las siguientes cuestiones:

- Posición de los cónyuges en la economía de la familia.
- Suerte de los bienes.
- Administración de los bienes.
- Derechos de los cónyuges o sus herederos al finalizar el régimen matrimonial.

17.3. De pleno derecho

El cambio de régimen procede de pleno derecho en caso de insolvencia de uno de los cónyuges (art. 330) y separación de cuerpos (art. 332).

18. Inicio y extinción

18.1. Inicio

Sea cual fuere el régimen de bienes adoptado por los contrayentes este comienza a regir desde la *fecha del casamiento*; esto es *diez* a quo, fecha en la que empieza a computarse el plazo.

Ningún régimen de bienes puede tener inicio en fecha anterior⁽¹²⁹⁾.

18.2. Extinción

También conocida como disolución o fenecimiento. Es la pérdida de vigencia del régimen económico del matrimonio. Se extingue de pleno derecho por

(127) “La facultad de administración de los bienes sociales corresponde a ambos cónyuges, pudiendo uno de ellos asumir la administración exclusiva cuando se encuentre facultado por el otro para dicha finalidad, y solo recién, si dentro de la facultad de administración que se le ha concedido, efectuara actos que importen una disminución patrimonial o un perjuicio para el cónyuge al que representa, se fijara la causal de abuso de facultades.” Cas. N° 2148-2001-Cajamarca; *El Peruano*, 02/02/2002.

(128) BARROS, Enrique. “Por un nuevo régimen de bienes en el matrimonio”. En: *Revista de estudios políticos*. N° 43, 1991, pp. 139 - 166. Cit. RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*. Tomo I, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 132.

(129) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: parte general, 40ª edición, Revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 252.

divorcio (art. 348), muerte presunta (art. 64), muerte (art. 61) o invalidez del matrimonio (art. 281).

19. Liquidación

19.1. Concepto y definición

Liquidación es la acción y efecto de liquidar, saldar, acabar, terminar, dar por concluido. Según el Diccionario de la Real Academia Española liquidar significa hacer el ajuste formal de una cuenta, poner término a algo o a un estado de cosas.

Al terminar un régimen de bienes debe liquidarse, sea que se acabe el matrimonio o que se opte por un nuevo régimen existiendo matrimonio aún. La liquidación es el conjunto de actos que tienen como finalidad establecer el destino del patrimonio de los cónyuges al finalizar un régimen de bienes. A decir de Avendaño: “La liquidación es un proceso consistente en pagar las deudas sociales y entregar a cada cónyuge sus bienes propios. El remanente es lo que se denomina gananciales, sobre los cuales –ahora sí–, hay copropiedad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Los gananciales son los bienes singulares, existentes al término de la liquidación de la comunidad y una vez que los pasivos sociales ya no existen. Evidentemente, esa copropiedad termina con la partición a que alude el segundo párrafo del artículo 323”⁽¹³⁰⁾.

19.2. Aplicabilidad

Consagra la norma que es requisito fundamental al terminar la vigencia de un régimen patrimonial la liquidación previa, sea por cambio de régimen o extinción del casamiento, lo que se conoce, en términos generales, como la rendición de cuentas (art. 298).

Se liquida tanto la comunidad como la separación, en razón que “la norma deja abierto lo relativo a la liquidación del régimen patrimonial para ambos regímenes”⁽¹³¹⁾. Liquidación, como acto jurídico familiar, es tanto para sociedad de gananciales como para la separación de bienes aunque en la *praxis* solo sea necesaria para la primera, no así –necesariamente– para la segunda. En estricto sentido jurídico, un régimen de separación debe ser liquidado en aquellos casos en los que quiera sustituirse por el de comunidad, pues, a pesar que no se vaya a dar una partición y adjudicación de bienes, se precisa saber qué bienes se tienen como propios para su identificación en el futuro régimen de comunidad. Entonces, la liquidación en la separación de bienes será necesaria cuando vaya a sustituirse, no así

(130) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge: “Los bienes en el matrimonio”. Ob. cit., p. 255.

(131) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Liquidación del régimen patrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edic., Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2003, p. 188.

cuando se disuelva el matrimonio. Sobre este punto, Jiménez Vargas-Machuca⁽¹³²⁾, citando a Borda, considera que en estos casos más que una liquidación total debe realizarse solo un *inventario de bienes*, a fin de considerarse en la sociedad conyugal como propios del cónyuge aquellos que adquirió estando vigente el régimen de separación. Si bien, stricto sensu, en la separación no procedería la liquidación porque cada quien tiene lo suyo, lo que sí se requiere es el *inventario* de los bienes, no su liquidación, dado que no hay nada qué repartir, nada que al otro que entregar. Liquidado aquello comprometido, aquello que debo acreditar su existencia, no lo liberado en razón que es propio.

19.3. Etapas

La liquidación se constituye por todos los actos posteriores a la extinción del régimen de bienes, actos estos que son necesarios y precisos para dar fin a las relaciones económicas pendientes entre los cónyuges, tales como pagar deudas (pasivo) y cobrar acreencias (créditos) para luego proceder al reparto del excedente a cada quien, llamados los gananciales que se concretan con la división y adjudicación. El universo patrimonial es dividido por mitades entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos (*meação*, como dirían los brasileiros).

La liquidación se inicia con el inventario, valorización y termina con la división y adjudicación de los bienes.

- *Inventario*, identificación precisa de cada uno de los bienes. Características, fecha y forma de adquisición. Es un acto obligatorio mas no inscribible.
- *Valorización*, establecimiento del valor del bien. Se aplica el valor de mercado con la depreciación o aumentos correspondientes. Es el avalúo de los bienes.
- *Liquidación*, identificar los activos y pasivos, las acreencias, deudas, obligaciones sociales y las cargas a fin de cancelarlas. Se pagan las deudas de los acreedores de la sociedad de gananciales.
- *División y adjudicación*. El remanente, el saldo de pago de las deudas, son los gananciales y se reparten por ley en partes iguales, ni más ni menos para otro⁽¹³³⁾, aunque nada impide que los cónyuges puedan disponer lo contrario, favoreciendo a uno de ellos. Es un acto facultativo pero inscribible.

(132) *Ibíd.*, p. 189.

(133) En otros ordenamientos existen las ventajas. Este derecho a la ventaja o don de supervivencia es personalísimo y no se transmite a los herederos. A través de este derecho el cónyuge sobreviviente detraerá de los bienes comunes, como ventajas, sus ropas de uso y llevar, sus instrumentos de trabajo de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial, y ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio: además de cualesquiera otros bienes que, como tales ventajas, le conceda la costumbre local (L. 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho Civil de Aragón, art. 57).

- *Gananciales.*- Es el remanente que queda al momento de liquidar el régimen luego de pagar las obligaciones y cargas sociales y haber devuelto los bienes propios a cada cónyuge. Este remanente pertenece a ambos cónyuges o ex-cónyuges o sus herederos en partes alcuotas y respecto de los cuales deberán hacer la *partición* correspondiendo a cada uno de ellos o sus herederos la mitad de la masa partible, a decir de Castro Pérez Treviño⁽¹³⁴⁾.

1	2	3	4
Inventario	Valorización	Liquidación	División / adjudicación

Inventario, valorización, liquidación y división/adjudicación son los cuatro actos que componen la operación para dar fin al régimen de bienes. Dividir es dar a cada quien lo que le toca. Liquidar es el acto previo. Va precedido por la determinación de los bienes (inventario). Si debo liquidar debo saber *qué* y *su cuánto* para luego determinar *a quién*. Procedo entonces a juntar y ordenar los bienes. Luego, la fijación del precio, valorar cada bien (valorización). Yo liquido, tú liquidas, nosotros liquidamos. Es esta última conjugación la que nos interesa. La liquidación es un acto conjunto que realizan los cónyuges para finiquitar su régimen de bienes y adjudicarse los remanentes, caso contrario la hace el juez.

La liquidación termina con la adjudicación de los bienes a cada cónyuge siendo a partir de dicho momento, que como legítimos titulares, pueden disponer de los mismos⁽¹³⁵⁾.

19.4. Tipos

- *Judicial*, ante el juez en caso de discrepancia de la pareja y se realiza siempre en ejecución de sentencia⁽¹³⁶⁾.

(134) CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. En: *Revista institucional*. N° 9, Tomo I, artículos y ensayos, Academia de la Magistratura, Lima, julio 2010, p. 117.

(135) No surte ningún efecto legal los actos de disposición sin haberse producido la liquidación del régimen patrimonial “mientras no se haya producido la liquidación del régimen patrimonial y de la sociedad de gananciales no surten efectos los actos de disposición hechos por los cónyuges a favor de sus hijos”. Cas. N° 905-95, Lima.

(136) “(...) Al declararse fundada la demanda de separación de bienes, el juez no puede proceder de plano a la distribución de estos, de acuerdo con su criterio, sino que debe seguir las reglas que para su liquidación establece el Código Civil (...) que, la liquidación debe hacerse en ejecución de la sentencia que pone fin al régimen patrimonial y el primer paso es la facción del inventario valorizado de los bienes de la sociedad conyugal, en la forma prescrita por los artículos 320, 322, 310 y 311 del Código Sustantivo” (Cas. N° 528 - 2000-Arequipa). Por el divorcio fenece la sociedad de gananciales generada por el vínculo matrimonial, por lo que al ampararse la demanda de divorcio por causal se da por concluido el régimen patrimonial, siendo en ejecución de sentencia que se formalizarán las etapas de liquidación previstas en el artículo 320 del Código Civil; es así que la participación de los cónyuges en los bienes sociales se determinará después de su fenecimiento y practicado el proceso de liquidación en el que se pagarán las deudas y cargas de la sociedad. Cas. N° 575-2004-Loreto, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 60, febrero de 2006, p. 73.

- *Convencional*, documento privado con firma legalizada.

20. Contribuciones, cargas y obligaciones

20.1. Contribución

La obligación de contribuir al sostenimiento del hogar (art. 300) tiene la misma esencia que la obligación de sostener a la familia (art. 291). Contribución y sostenimiento implican la vocación que impone la ley a los cónyuges para sobrellevar económicamente la convivencia marital y familiar en lo referente a los gastos más usuales, comunes y necesarios, *i.e.* asumir las *cargas de la familia*. Sostenimiento del hogar es sinónimo de cargas. Los compromisos familiares *son* y *deben ser* compartidos lo que tiene como fundamento el principio de igualdad de responsabilidades y derechos en el matrimonio⁽¹³⁷⁾. Ambos deben poner el hombro, socorrer la plaza en conjunto a fin de llegar a un mismo norte.

En principio, existen obligaciones comunes de los cónyuges, sin importar el régimen patrimonial que se hubiere adoptado en el matrimonio: “Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. En caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno” (art. 300).

20.2. Obligación de sostener a la familia

La regla es que *ambos* cónyuges compartan la obligación de sostener a la familia, sobre todo en estos tiempos en el que uno y otro deben trabajar, insertándose de pleno en la vida económica del país, ejerciendo su profesión u oficio a fin de satisfacer las necesidades, cada vez más exigentes, de la familia peruana y mejorar la calidad de vida de los hijos.

El artículo 291 del Código se coloca en el supuesto, a nuestro criterio excepcional, que un cónyuge trabaje y el otro lleve a cabo las labores domésticas, situación cada vez menos común. En todos los sectores sociales, de bajos a medios altos, las labores económicas se realizan por los dos; siendo más afianzado en las clases bajas en los que la mujer, fuera o dentro del hogar, contribuye con su trabajo en la economía casera. Es en las clases altas en las que uno de ellos, normalmente la mujer, puede darse el lujo de quedarse gerenciando el hogar y cuidando a los hijos, encargando las labores manuales al servicio doméstico. En este caso corresponde al otro cónyuge sostener a la familia. Se trata de una *obligación individual* de uno de los cónyuges cuando en el otro recae las labores domésticas.

(137) FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y ALCÁNTARA, Francia. “Obligación de sostener a la familia”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de familia, Parte Primera, 1ª edic., Gaceta Jurídica, Lima, junio 2003, p. 248.

Ambos, hogar y empresa, son trabajos. Uno directo y otro indirecto. Los dos son dignos, para nada denigrante el primero. La importancia y trascendencia de estos lo hacen valiables, montantes en tiempo y dinero, mereciendo cada cual la atención debida.

El hogar, al ser una unidad de producción, necesita operarios y administradores para que manejen la compleja economía compuesta de gastos, inversiones, bienes, personas dependientes y contratados, no es menudo trabajo. Un sinfín de vínculos personales que merecen una atención más que especial. Marido y mujer asumen ese doble compromiso que llevará a la realización de la familia.

Las obligaciones del hogar son cada vez más compartidas. No más exclusivas de uno de ellos. Los quehaceres domésticos son pares para ambos, tanto para el que realiza labores profesionales fuera del hogar como para el casero. Y es que los cónyuges se deben ayuda y colaboración en el campo del hogar y del trabajo. Atrás quedó la mujer ama de casa, *housekeeper*, relegada y sumisa. Ella fue, es y será el motor de la economía familiar. Es la cabeza del manejo del hogar, recae naturalmente en ella.

Pero debemos comprender que su dedicación no es exclusiva, compartiendo los quehaceres con su pareja.

20.3. Obligación de contribución al sostenimiento del hogar

Cualquiera que sea el régimen elegido por los cónyuges, ambos están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según sus respectivas posibilidades y rentas, caso contrario corresponde al juez regular la contribución de cada uno tomando en cuenta las características del caso y los correspondientes ingresos de cada uno (art. 300). Se trata de una *obligación conjunta*, ambos cónyuges deben contribuir, ayudar, sufragar los gastos que implica el hogar; es un compromiso conjunto, participativo, conocido como la obligación de contribuir a la manutención y subsistencia de la familia. Esta obligación no hace sino reconocer que no puede existir una separación total de bienes en razón que el matrimonio lleva consigo una comunidad de vida que debe hacer frente a ciertas obligaciones y cargas e implica, necesariamente, una comunidad de los bienes y de los recursos⁽¹³⁸⁾, una suerte de comunidad forzosa de recursos⁽¹³⁹⁾.

Este compromiso conjunto es asumido con los bienes sociales y en todo caso con los propios, incluso habiendo optado por la separación de patrimonios. El sostenimiento, si bien corresponde a los dos, cada cual responderá según sus posibilidades, las que no pueden ser tomadas como justificación para no colaborar,

(138) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 234.

(139) *Ibidem*, p. 235.

por lo que endicha eventualidad se justifica la intervención del juez frente a la desavenencia, quien resolverá de la forma más equitativa.

El sostenimiento del hogar incluye gastos tales como alquiler de inmueble, arbitrios municipales, luz, agua, gas, teléfono del domicilio, artículos de limpieza, pago del servicio doméstico, guardianía y mantenimiento en general⁽¹⁴⁰⁾, no se incluyen las obligaciones (art. 316, inc. 2) o deudas personales (art. 307).

Son los gastos más típicos, usuales y necesarios para la vida de los cónyuges y de sus hijos que satisfacen los requerimientos indispensables que permitan la vida en la casa familiar, con seguridad y calor de allí que se utilice el término hogar (Del b. lat. focāris, adj. der. de focus, fuego. *Diccionario de la Real Academia Española*). Son aquellos que se llevan a cabo para el mantenimiento de las relaciones domésticas, los quehaceres del hogar, permitiendo vivencias y relaciones cotidianas, la estancia familiar. Estos gastos están representados por la denominada canasta familiar⁽¹⁴¹⁾ entendida como el conjunto de bienes y servicios adquiridos y consumidos habitualmente por una familia típica de forma mensual. Está compuesta por bienes (alimentos, bebidas, medicinas, vestido, calzado, muebles, enseres, vajilla, electrodomésticos, juguetes, útiles escolares, esparcimiento, combustibles, periódicos, revistas, aparatos ortopédicos, etc.) y servicios (arrendamiento, luz, agua, teléfono, transporte, matrículas, escolaridad, consultas médicas y hospitalarias, reparaciones en general, tributos, etc.). Sirve, fundamentalmente, para determinar el Índice de precios al consumidor – IPC que refleja los gastos de consumo de los hogares. También se le conoce como cesta familiar.

Cuando se dice que los cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según sus respectivas posibilidades y rentas, se refiere a las rentas en sentido amplio, rentas del trabajo, de inversiones, intereses, regalías, en general con todo aquello que perciba.

20.4. Labores económicas fuera del hogar. Ejercicio de la actividad laboral por el cónyuge

El ejercicio de la profesión u oficio es elemental para el sostenimiento de la persona y la familia. El trabajo dignifica, fortalece y permite el desarrollo económico y la satisfacción de necesidades de la persona y sus familiares. El trabajo es la base del bienestar social y un medio de realización del sujeto (art. 22 de la Constitución).

(140) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Obligación de sostener el hogar bajo cualquier régimen”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de familia, Parte Primera, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2003, p. 287.

(141) “Canasta familiar. En la mayor parte de los países de América del Centro y del Sur, desde la república Dominicana hasta la Argentina –el Perú incluido–, se conoce como canasta familiar el ‘conjunto de artículos de primera necesidad cuyos precios se toman como referencia para calcular los índices económicos relativos al costo básico de la vida’; canasta es un término castellano documentado desde principios del siglo XIV. La expresión nominal canasta familiar es equivalente de la peninsular cesta de compra, no usual en América”. Vide: HILDEBRANT, Martha. *1000 palabras y frases peruanas*. Ob. cit., p. 59.

En gran medida el artículo 293 del Código es un reconocimiento al principio de libertad de trabajo (arts. 2, inc. 15, 59, Constitución) pero con un contenido autoritario y mandón al requerir el asentimiento del cónyuge para ejercer una actividad laboral. Se trata, linealmente de una *autorización*, a punto tal que (...) En caso quieras trabajar, primero consúltale a tu pareja quien por ley deberá darte el pase. El sí (asentimiento expreso) o guardar silencio, callar, *Qui tacet consentire videtur* (asentimiento tácito, art. 142), contrario sensu, decir no. Consideramos que la autorización debe entenderse como una mera formalidad, tan solo como el deber de informar a la pareja sustentado en el debido respeto. Cónyuges son y unidos están en el destino, de manera que cada cual requiere que el otro comunique sus actos. Lógico, puede existir una negativa justificada, cuando se trata de labores riesgosas, inmorales, indecorosas, como el caso del trapeceista, torero, *stripper*, *exotic dancer*, *croupier*, *dealers*, congresista, o; negativas injustificadas (ampararse en la falta de necesidad por tener suficientes recursos económicos) (...) Tu única labor es cuidar a mis hijos, le dice él; mientras que una rica mujer alega (...) Tu trabajo es hacerme feliz! Ambos argumentos son por demás injustificados. Queda sobrentendido que no cuadran dentro la autorización conyugal las actividades ilícitas o ilegales al no ser profesiones ni oficios en su esencia.

La negación del cónyuge a que el otro trabaje implica que el juez, a solicitud de parte, proceda a autorizar el ejercicio laboral, lo que se conoce como *licencia judicial*, que será expedida considerando el interés de la familia. Tomando en cuenta que pueden existir negativas excesivas o infundadas, demás está decir que un cónyuge no puede obligar al otro a realizar un trabajo sin su libre consentimiento (art. 23, Constitución); de hecho estaría negado que mi mujer me exija ejercer como abogado si es que prefiero ser *fitness profesional*, labor con la cual me siento más gratificado.

Podría entenderse que esta norma solo regiría para oficios viles, vergonzosos o ruines (pianistas de burdel, modelos de desnudos, sepulturero, cantinero) considerando que en alguna época se diferenciaban las profesiones y oficios liberales de los viles o mecánicos (sastres, pellejeros, carpinteros, pedreros, herreros, barberos, especieros, zapateros fueron siempre excluidos). Consideramos que tal es el reconocimiento del derecho a la libertad. No cabe a la fecha aceptar que un cónyuge limite a otro sus labores. Pero, vale preguntarnos si sería una ofensa contra el honor conyugal el hecho que un cónyuge realice una actividad laboral sin el consentimiento ni licencia judicial, lo que, de acreditarse, podría determinar una causal de injuria grave.

Finalmente, si bien el Código no contempla la hipótesis de la revocación del consentimiento o de la licencia judicial, esta vía queda expedida cuando las circunstancias lo requieran⁽¹⁴²⁾.

(142) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987, p. 271.

21. Cargas

Onera matrimonii son los gastos relacionados con la vida común de persona casada (*Expenses connected with the common life of married person*⁽¹⁴³⁾) que implica llevar las cargas del matrimonio (*ad ferenda matrimonii onera*). La base legal son los artículos 287, 288 y 300 del Código y se trata de una obligación proporcional al caudal de cada cónyuge.

La carga social es una obligación, un compromiso, algo así como un adeudo preestablecido que tienen los cónyuges derivados de sus responsabilidades y deberes, correspondiendo al poder doméstico. Las cargas son el género y las necesidades ordinarias de la familia la especie; las necesidades son cargas aunque no todas las cargas son necesidades⁽¹⁴⁴⁾, ambas yacen en la potestad doméstica y corresponde a cualquiera de los cónyuges en ejercicio de sus obligaciones sociales. Todo aquello que excede a dicha facultad es una deuda social.

Las cargas pueden entenderse como los gastos comunes, básicos, necesarios, los *onera matrimonii* que permiten la consolidación de las relaciones de pareja y se refieren a la atención, a las necesidades del hogar, educación de los hijos, conservación de los bienes comunes y las deudas contraídas en beneficio de la familia. Para Lasarte, “comprende el conjunto de los gastos relativos al sostenimiento de la familia en sentido nuclear, empezando por la educación e instrucción de los hijos, asistencia sanitaria de cónyuges e hijos, y terminando con atención del hogar familiar, con todo lo que de ello deriva. Todo ello, naturalmente, adecuado a las circunstancias familiares de cada caso”⁽¹⁴⁵⁾.

La carga social es un gasto de primer orden, prioritario y por demás indispensable referido al sostenimiento de la familia y cautela de los bienes. La deuda social es un gasto de segundo orden, necesario, pero complementario, en todo caso no referido necesariamente a las necesidades ordinarias de la familia.

22. Obligaciones sociales

En las relaciones de familia encontramos obligaciones patrimoniales y extrapatrimoniales que involucran la administración y/o disposición del patrimonio conyugal⁽¹⁴⁶⁾.

Hay obligaciones extrapatrimoniales con contenido patrimonial, como:

- *La obligación de asistencia* (art. 288), a decir de Cornejo Chávez⁽¹⁴⁷⁾, debe entenderse como el cúmulo de actos de auxilio y ayuda que un cónyuge debe al

(143) BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Disponible en: www.google.com/books (08/07/2011).

(144) EL DERECHO EDITORES: *Regímenes económicos matrimoniales*. Ob. cit., p. 328.

(145) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 155.

(146) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Obligación de sostener el hogar bajo cualquier régimen”. Ob. cit., p. 287.

(147) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 262.

otro; actos estos imposibles de ser enumerados en la ley, pero no por ello menos esenciales.

- *La obligación de alimentos y educación de los hijos* (art. 287).

Son obligaciones sociales las asumidas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio del poder doméstico (art. 292), también aquellas contraídas por ambos por actos de administración (art. 303) y de disposición que no exceden de tal potestad (art. 315). En el régimen de sociedad de gananciales, el poder doméstico se circunscribe a las cargas sociales; por tanto, las obligaciones contraídas por ambos que sobrepasan tal potestad representan las deudas sociales. En esta línea, se plasma la diferencia entre cargas y deudas sociales propiamente dichas.

Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad (art. 317). Este artículo se encarga de desarrollar las condiciones en las que se hace efectiva la responsabilidad patrimonial del(os) cónyuge(s) por las denominadas deudas comunes, estableciendo que en tales casos dicha responsabilidad se hace efectiva con cargo a los bienes comunes, y de manera subsidiaria y limitada sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

Conviene advertir que aún cuando el artículo 317 refiere que las deudas que son de cargo de la sociedad deben ser satisfechas con bienes sociales o, en su caso, los propios los que responden por dichas deudas, lo cierto es que ni existe una sociedad deudora ni puede predicarse respecto de los bienes la calidad de responsables, lo cual solo puede ser atribuido a las personas. Este argumento se sustenta en que la sociedad de gananciales no puede ser deudora por carecer de personalidad jurídica. Deudores personales son los cónyuges, aislada o conjuntamente, en su calidad de personas individuales. Lo que importa saber es si la deuda de uno o de ambos cónyuges puede afectar directamente los bienes sociales.

Deben distinguirse las obligaciones que emergen del matrimonio, de las obligaciones personales. Respecto de la satisfacción de las cargas familiares por las deudas de uno de los cónyuges contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán los bienes comunes si el régimen es de comunidad y, solidariamente, los bienes del cónyuge que contrajo la deuda; a falta de unos y otros, los del otro cónyuge. No se trata de una norma de contribución, sino de responsabilidad. Los acreedores podrán dirigirse solo contra el patrimonio privativo del cónyuge que no contrajo la deuda una vez demostrada la insolvencia del que con ellos contrató y, obviamente, a falta de bienes comunes. Esto no excluye que el cónyuge no deudor, aunque el otro tenga bienes con los que pueda responder, quede obligado a satisfacer la deuda doméstica en razón de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio. La regla general es que todas las obligaciones se suponen en interés de la familia, salvo prueba en contrario, por lo que se responderá con los bienes sociales. Si se comprueba que la obligación es de interés personal responderán los bienes propios, teniendo el cónyuge afectado derecho a oponerse y a reclamar la nulidad del acto jurídico en caso se perjudiquen bienes sociales o los frutos de los bienes propios.

II. REPRESENTACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

23. Representación y administración

El Código regula dos modalidades de representación de la sociedad conyugal⁽¹⁴⁸⁾:

- *Representación conjunta*, circunscrita para aquellos actos de trascendencia económica en los bienes comunes (enajenación o gravamen), extraordinarios.
- *Representación indistinta*, circunscrita a actos vinculados a las necesidades comunes del hogar (actos de administración y conservación del patrimonio en común), ordinarios.

La aplicación de cada cual depende de la trascendencia del acto, si es extraordinario u ordinario, necesario o complementario.

Desde el punto de vista procesal la sociedad conyugal es un patrimonio autónomo. Si es demandante la representa cualquiera de los cónyuges⁽¹⁴⁹⁾, uno u otro; si es demandada, la representación recae en los dos, ambos deben contestar (art. 65 del CPC⁽¹⁵⁰⁾) al ser partes conjuntas en el proceso⁽¹⁵¹⁾.

(148) MURO ROJO, Manuel. "Representación legal de la sociedad conyugal", En: *Código civil comentado*. Tomo II, Derecho de familia, Parte Primera, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007, p. 169.

(149) "Tratándose de actos como demandar la reivindicación o desalojo del bien, esto es, de actos que se dirigen a incrementar, mantener, reconstituir o recuperar el patrimonio conyugal, no existe racionalidad en exigir que sea la sociedad conyugal la que interponga la acción, bastando que sea uno de los cónyuges". (Exp. N° 81-94-Arequipa, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: *Jurisprudencia Civil*, Tomo 1/1, p. 39.

(150) "**Artículo 65.- Representación procesal del patrimonio autónomo.**- Un patrimonio es autónomo cuando una o más personas ejercen sobre él una titularidad limitada por encontrarse afecto a un fin específico señalado por el acto constitutivo o la ley.

Cuando la titularidad o el dominio fiduciario del patrimonio autónomo sea ejercida por una sola persona, corresponde a esta su representación.

Cuando la titularidad del patrimonio autónomo sea ejercida por dos o más personas la representación corresponde a cualquiera de ellas si son demandantes. Si son demandados, la representación recae sobre la totalidad de sus titulares siendo de aplicación, en su caso, el artículo 93.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto por el artículo 435.

El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez (10) ni mayor de cincuenta (50) unidades de referencia procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4°.

(151) "La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos, cuando son demandados, deben recaer en la totalidad de los que la conforman". Exp. N° 83-97-AG, Res. del 25/02/1997, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de la Libertad; El Código Civil en su jurisprudencia, sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del código civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 152.

23.1. Potestad doméstica

Potestad implica autoridad. También conocido como poder doméstico o gestión ordinaria. Sustentada en el principio de igualdad conyugal corresponde a ambos cónyuges.

Se encuentra amparada en los artículos 290 y 292, cuando el Código refiere que corresponde a ambos cónyuges (i) participar en el gobierno, administración y dirección del hogar - *housekeeping* y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo, según sus posibilidades y capacidades (art. 290), y; (ii) representar legalmente de la sociedad conyugal (art. 292).

Es la capacidad conjunta de los cónyuges de encargarse de las necesidades de la familia, así como del cuidado y conservación del patrimonio que la compone. Intraconyugalmente hablando cualquiera de los cónyuges está facultado para comprometer los bienes del matrimonio siempre que dichos actos sirvan para la satisfacción de necesidades de la familia y sean acordes con las circunstancias⁽¹⁵²⁾, es una obligación proporcional al caudal de los cónyuges. Su objetivo es permitir la realización de actos ordinarios, cotidianos, diarios, periódicos en la vida conyugal, tales como la administración de la casa, representación de intereses, honrar deudas, adquisición de objetos de uso doméstico, sufragar gastos de alimentación, vestido y educación de los hijos, mantenimiento de bienes, etc. Esta facultad conyugal está referida a la gerencia de la economía del hogar a efectos de satisfacer las necesidades frecuentes y usuales de la familia.

Tema de interés es determinar el grado de objetividad del término *necesidades ordinarias del hogar* para lo cual debemos analizarlo tomando en cuenta a cada familia y circunstancias del acto realizado.

23.2. Tipología de los actos y representación

Los diversos actos que pueden realizarse en el seno de la familia y de las relaciones conyugales son:

23.2.1. Actos ordinarios

En razón de las necesidades ordinarias de la familia, la sociedad conyugal puede ser representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges (art. 292), por uno u otro o, si desean, por ambos. La frase necesidades comunes y necesarias de la familia es de más subjetivo y debe ser analizado tomando en cuenta cada familia y las circunstancias de la adquisición del bien. La idea es simplificar la contratación cotidiana y casera, en razón que la vida diaria demanda una serie de intercambios comerciales de escaso valor o de inmediata adquisición que no necesitan la decisión de ambos cónyuges. Si, contrario sensu, se demandara la presencia

(152) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 155.

de ambos se dificultaría el tráfico comercial, indispensable para la atención de las necesidades domésticas⁽¹⁵³⁾, todo ello en sólido sustento de la potestad doméstica.

Son actos ordinarios, entre otros tantos dentro de los vastos gastos, alimentos, pago de servicios públicos, alimentos en general, mantenimiento y reparación de bienes, tributos. No son actos ordinarios asunción de deudas sociales, al exceder la representación normal⁽¹⁵⁴⁾.

Respecto del arrendamiento existen dos posturas. Para un sector se trata de una necesidad ordinaria de la familia donde fijará su domicilio por lo que no requiere intervención de ambos cónyuges⁽¹⁵⁵⁾; para otro sector, no es un acto ordinario en razón que el pago de la renta implica un acto de disposición⁽¹⁵⁶⁾.

23.2.2. Actos extraordinarios

En lo referente a los actos que no son comunes o habituales, la sociedad conyugal será representada por ambos cónyuges o por uno de ellos si este tiene poder especial del otro (*outorga uxória*)⁽¹⁵⁷⁾, - art. 292.

Sin que la enumeración sea restrictiva, sino meramente enunciativa, podemos decir que son actos extraordinarios todos aquellos que impliquen disposición, entre ellos el gravamen, aporte, venta, donación, permuta, adjudicación y, en general, cualquier acto que importe transferencia de bienes o derechos, así como el usufructo, superficie, servidumbre, fianza, prenda e hipoteca, y cualquier otro acto de naturaleza patrimonial que importe restricción a la titularidad de un bien o derecho⁽¹⁵⁸⁾.

(153) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código civil peruano*. Ediciones Legales, segunda reimpresión, Lima, enero de 2010, p. 130.

(154) “El artículo 292 del Código civil distingue los actos de administración ordinaria y los que no lo son; en el primer caso no se exige que uno de los cónyuges otorgue poder al otro; en cambio, en los otros actos si es necesario dicho requisito. La asunción de una deuda social es un acto que excede la administración ordinaria, puesto que no puede presumirse el consentimiento tácito del otro cónyuge al no atribuirle la ley expresamente a dicho silencio el carácter de manifestación de voluntad, conforme lo exige el artículo 142 del código sustantivo.” Cas. N° 911-99-Ica, *El Peruano*, 22/02/2000, p. 4684.

(155) El arrendamiento del inmueble donde se fijará el domicilio conyugal no es un acto de administración; sin embargo, si constituye una necesidad ordinaria del hogar y por tanto no requiere la intervención de ambos cónyuges. “Del artículo 289 se desprende que dentro de la definición necesidades ordinarias del hogar, se encuentra la necesidad de proveer un domicilio conyugal en el que los cónyuges puedan hacer vida en común. En consecuencia para alquilar un bien para destinarlo a domicilio conyugal, basta la intervención de uno de los cónyuges”. Cas. N° 3053-98-Callao.

(156) “Por acto de administración, se debe entender todo aquel acto que recayendo sobre bienes y derechos, tiene por objeto conservar y obtener su normal rendimiento, constituyendo un típico acto de administración el entregar un bien en arrendamiento, mas no el tomar un bien en arrendamiento, pues el pago de la renta convenida importa un acto de disposición sobre las sumas destinadas a dicho fin”. Cas. N° 3053-1998, Código Civil en su Jurisprudencia, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 163.

(157) Es la autorización dada por uno de los cónyuges al otro a fin de que practique determinados actos sin cuya autorización no tendría validez.

(158) Artículo 33 del Reglamento del registro de sociedades. Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP/SN (DOEP, 27/07/2001).

23.3. Representación conjunta

Con base en el principio de igualdad, la representación legal de la sociedad conyugal corresponde a ambos cónyuges, de conformidad con lo establecido en el artículo 292. “La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil” (art. 292)⁽¹⁵⁹⁾ ⁽¹⁶⁰⁾.

La regla es la representación conjunta, compartida, bilateral, simultánea llamada corepresentación. Actuación personal, unilateral o individual, la excepción (arts. 292 *in fine* y 293). De consuno, los dos tienen derecho y están para actuar en nombre de la comunidad familiar; solo en casos específicos, que la norma entiende como ordinarios basta que intervenga uno de ellos⁽¹⁶¹⁾, llamándose *representación familiar necesaria* sustentada en la potestad doméstica.

En ciertos supuestos la representación puede ser limitada por el juez, en todo o en parte, restringiendo a uno y autorizando al otro su actuar; por ejemplo, en caso de abuso, ejercicio exclusivo indebido de facultades o cuando estas son realizadas en beneficio propio. El cónyuge que abusa de esta facultad puede ser demandado por daños (art. 1969), se habilita al cónyuge perjudicado a solicitar el cambio de régimen (art. 329) y, además, la inmediata limitación que puede requerirse en sede judicial (art. 292 *in fine*). La jurisprudencia ha establecido que “[l]as agresiones mutuas entre los cónyuges, el abandono del hogar conyugal constituido, así como los enfrentamientos policiales entre ambos, constituyen hechos que

(159) “La exigencia de la representación de la sociedad conyugal, conjuntamente por ambos cónyuge, prevista en el artículo 292 del Código Civil, está referida a supuestos vinculados sobre obligaciones en las que la sociedad se vea comprometida y, además, cuando se contesten demandas, mas no cuando se interponen estas, ya que de conformidad con el artículo 65 del Código Procesal Civil, la sociedad puede ser representada por cualquiera de los cónyuges”. (Cas. N° 2846-98, El Código civil a través de la jurisprudencia casatoria, p. 141 y El código civil en su jurisprudencia, sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del código civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 152).

(160) “El recurrente no puede alegar mediante Cas. la representación conjunta de los cónyuges si es que no ha formulado la denuncia civil conforme al artículo 102 del código procesal civil y si no ha deducido oportunamente la excepción pertinente, conforme al artículo 446 incisos cuarto y sexto del acotado.

No es aplicable el artículo 292 si es que el recurrente ha sido demandado como poseedor precario en cuanto posee el inmueble materia de la litis sin título alguno”. (Cas. N° 388-95, El código civil a través de la jurisprudencia casatoria, p. 141 y El Código Civil en su jurisprudencia, sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 152).

(161) “No existe discusión respecto a la representación de la sociedad conyugal que corresponde a ambos cónyuges, sin embargo, interpretando con criterio sistemático, debe entenderse que tal acto por consuno es para los casos en que existe perjuicio para la sociedad y de ninguna manera puede considerarse cuando existe beneficio a la sociedad”. (Exp. N° RR-779-95-Junin, Gaceta Jurídica, Lima, N° 38, p. 24-A y El código civil en su jurisprudencia, sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 152).

les impiden participar en el gobierno del hogar y cooperar en el mejor desenvolvimiento del mismo deber y derecho que nace del matrimonio⁷⁹⁽¹⁶²⁾.

23.4. Representación unilateral

Puede darse una representación unilateral, indistinta o individual en las siguientes situaciones:

- i) Para los casos de cumplimiento de las necesidades y actos de administración o conservación ordinarios del hogar - Potestad doméstica (art. 292 *in fine*).
- ii) Si uno de los cónyuges delega al otro poder, total o parcial (art. 292).
- iii) Si uno de los cónyuges es interdicto o tiene otro impedimento (privado de su libertad, internado en un hospital, militares en estado de inamovilidad), se ignora su paradero (desaparecido, art. 47) o se encuentra en lugar remoto o si el otro cónyuge abandona el hogar (art. 294).

Cornejo Chávez⁽¹⁶³⁾ plantea dos hipótesis válidas que dan que pensar: (i) Cómo dar a conocer a terceros la limitación judicial en el ejercicio de la representación de un cónyuge, y; (ii) siendo una norma general el artículo 242 es de aplicación tanto para la sociedad de gananciales como para el régimen de separación de patrimonios, más aún tomando en cuenta que en este último régimen no existe norma expresa que trate la representación del patrimonio de la familia.

Producida tal limitación, a decir de Arias Schreiber⁽¹⁶⁴⁾, debería ser obligatoria su inscripción en el Registro Personal, para la protección de esos terceros.

24. Teoría de la desconsideración judicial de la persona jurídica y el régimen matrimonial de bienes⁽¹⁶⁵⁾

24.1. Introducción

Tal como escribió el jurista argentino, el profesor Julio Dassen “es frecuente comprobar que personas humanas acerca de cuya inmensa fortuna nadie duda,

(162) Lima, Res. del 15/09/1987, *Gaceta Jurídica*, N° 5, p. 7; *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima.

(163) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., pp. 269 y 270.

(164) ARIAS-SCHRIEBER PEZET, Max. “Representación unilateral de la sociedad conyugal”. En: *Código civil comentado*. Tomo II, Derecho de familia, Parte Primera, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007, p. 169 y en: *Exégesis del Código civil peruano de 1984*, Tomo VII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2007, p. 171.

(165) La redacción de este capítulo se inició con la colaboración de los alumnos de la Sección Doctoral de la Escuela de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú), periodo 2011 - II, cátedra Taller de Investigación dirigida por el prof. Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, conformada por los doctorandos Luis Antonio Allende Macchiavello, Renzo Cayro Armejo, Natalia Lourdes Escudero Robles, Madeleine Hurtado Vargas, José Miguel La Rosa Gómez de la Torre, Sara Esperanza Páucar Mendoza y María Vasquez Díaz. Además, fue revisado por la profesora Marianna Chaves.

no tienen a su nombre el automóvil que usan diariamente, ni siquiera acaso, su reloj pulsera. Una sociedad anónima es la dueña aparente de todos los bienes. Y de ese modo se burla a los acreedores, a la esposa que pide alimentos, o la liquidación de la sociedad conyugal⁽¹⁶⁶⁾. Surge, en este contexto, la teoría de la desestimación de la persona jurídica, conocida como allanamiento, desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica.

Esta teoría “consiste en la superación o el corrimiento de la forma jurídica para imputar las consecuencias del obrar de la sociedad o de los órganos sociales no solo a esta sino a sus socios o a quienes conformaron o impusieron la voluntad del ente para fines distintos”⁽¹⁶⁷⁾. Surge en la jurisprudencia anglosajona como un intento de solucionar los problemas generados por el uso abusivo de la personalidad jurídica⁽¹⁶⁸⁾. Lo cierto es que si una empresa posee bienes aportados por sus socios y que no son destinados a la explotación de la misma sino a la explotación comercial de bienes propios de sus integrantes, con el único fin de eludir obligaciones con terceros, ello implica un fraude que habilita a desenmascarar a sus autores.

La doctrina del *alter ego* se desarrolla al abrigo de la teoría del *disregard*⁽¹⁶⁹⁾ considerando que los contratos no pueden perjudicar a terceros. El contrato social es válido, pero inoponible respecto de los afectados.

En las relaciones familiares la desestimación de la persona jurídica es aplicable en instituciones como la separación de cuerpos, divorcio, régimen de bienes y alimentos en razón que durante su desarrollo puede cometerse abusos de uno de los cónyuges/padres a través de la persona jurídica, conllevando a la afectación de los derechos de los cónyuges, convivientes, alimentistas o terceros acreedores. La sociedad *casco* o *aparente* es creada y utilizada para cometer fraudes. Ocultando su patrimonio en ella el cónyuge/conviviente/padre hace irrealizable sus responsabilidades económicas cuando le sean exigidas al carecer de patrimonio.

La persona jurídica se constituye con el ánimo de defraudar los intereses de “otro” sea el cónyuge, pareja, hijos o terceros. Es utilizada con la firme intención de perjudicar el patrimonio familiar sin cumplir su verdadera finalidad corporativa sino la de una *mera pantalla*. Se busca excluir a uno de los cónyuges o convivientes de la ganancia de los bienes que se aportan a una persona jurídica, así como disponer de los mismos sin contar con el consentimiento del defraudado. En estos

(166) Cit., por LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 101.

(167) VERÓN, Alberto Víctor. “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”, En: *La Ley*, 10/08/2011, p. 1.

(168) ARTIEDA ARAMBURÚ, Rafael. “La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú”. En: *Advocatus*. N° 22, Lima, 2010, p. 219.

(169) DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo Augusto. “El Alter Ego en sociedades de capital”. En: *La Ley*. 2009-B, p. 633.

casos quien maneja la persona jurídica no es necesariamente el cónyuge defraudador, bien podría ser un allegado u otro familiar.

La figura del fraude es elemento fundamental para que se configure el levantamiento del velo societario. A través de este mecanismo se nos permitirá ingresar a la sociedad –de la cual se ha valido el defraudador– dejando de lado al ente social que reviste a las personas y los bienes, con la finalidad de evitar el perjuicio de aquel cónyuge, conviviente, alimentista o tercero acreedor cuyo único error fue confiar en la buena voluntad de quien debía cumplir con ciertas obligaciones familiares.

Los doctrinarios brasileiros Farias y Rosenthal⁽¹⁷⁰⁾ señalan que debe imponerse la aplicación de esta teoría levantando el velo societario cuando resultan evidentes las conductas practicadas por empresas para perjudicar, *máxime* cuando se trata de abuso practicado por el cónyuge, conviviente o progenitor en detrimento de los intereses legítimos de su contraparte familiar. La aplicación de esta doctrina debe estar presidida del principio de proporcionalidad en relación con los intereses que puedan vulnerarse tomando en cuenta, además, que no puede vaciarse de contenido a la sociedad mercantil por su importancia en la vida económica social. Es nuestra intención dar a conocer a nuestros magistrados la importancia que apliquen la doctrina del levantamiento del velo social de una forma amplia y real, cuando las pruebas así lo ameriten, a fin de evitar los abusos cometidos por medio de esta figura en perjuicio de las relaciones familiares, y así poder garantizar la igualdad y seguridad jurídica que son la fuente de las relaciones humanas.

La pertinencia –teórica y práctica– de la *disregard of legal entity* es innegable. Se presta para impedir el uso de la empresa como un verdadero escudo para cubrir el fraude y las simulaciones patrimoniales. Y, teniendo en cuenta las numerosas formas de la transferencia de activos en las relaciones familiares y la sucesión, ya se puede ver que su aplicación en el Derecho de las Familias y Sucesiones buscaba, de hecho, más atención⁽¹⁷¹⁾.

24.2. Denominación

Llamada allanamiento, desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica.

Regla de penetración, doctrina de la *instrumentality* o doctrina del *alter ego*, doctrina de la identidad, *lifting of veil* o *disregard of legal entity* [desatender o no hacer caso de la persona jurídica]; *piercing the corporate veil*, teoría de la impenetrabilidad, teoría de la penetración, rasgado del velo societario o levantamiento

(170) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 2ª edición, 3ª tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 264.

(171) En el mismo sentido, véase FARIAS, Cristiano Chaves de. “A Disregard Doctrine a Serviço da Proteção do Patrimônio Familiar e Sucessório - Resenha Bibliográfica”. En: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 09, Abr/maio: Porto Alegre: Magister, pp. 126-128, 2009, p. 126.

de la personalidad, levantamiento del velo societario⁽¹⁷²⁾, que proviene de la expresión inglesa *to lift the veil*. Espinoza Espinoza prefiere llamarlo “principio de relatividad de la persona jurídica”⁽¹⁷³⁾.

24.3. Concepto

La teoría de la penetración de las personas jurídicas es correr el velo de la personalidad con el objeto de determinar cuál es la realidad y quiénes son los verdaderos responsables de ciertos actos. Es decir, es quitar la máscara con la que pueden cubrirse quienes son dueños o controlan una persona jurídica a fin de analizar si dichos actos han sido utilizados por los propietarios como meros medios en beneficio exclusivamente propio o un detrimento de terceros. Esta teoría es un avance sobre las reglas generales del Derecho. Un remedio que puede utilizarse cuando existió abuso de derecho, abuso de la personalidad o inequidad y, por lo tanto, su aplicación tiene carácter restrictivo. Debe considerarse a esta teoría no como la regla general sino como una excepción a usarse en determinados casos en forma específica y ante la certeza de que tras la persona jurídica se encubren los verdaderos beneficiarios de la actividad de esta. Es posible que una sociedad participe en otra –por ejemplo conformando un grupo económico– caso en el que deberá ponerse atención no en este grupo económico, sino en si existió o no abuso de derecho, abuso de la personalidad o inequidad con el objetivo de poder penetrar en el grupo económico, puesto que de no darse alguno de estos tres supuestos las personas jurídicas como entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones deben ser respetadas en cuanto a sus atributos de la personalidad⁽¹⁷⁴⁾.

La desconsideración de la persona jurídica es la superación de la personalidad jurídica y, dado que el ente colectivo y los socios tienen autonomía patrimonial, esta superación solo debe ocurrir cuando se ha demostrado que el daño al acreedor es resultado del uso fraudulento o abusivo de la autonomía patrimonial⁽¹⁷⁵⁾. Este instituto tiene como finalidad autorizar la penetración en el núcleo de la personalidad. Se compone por una concesión legislativa a un ente jurídico que les permita encontrar a sus administradores para la responsabilizarlos por los actos cometidos mediante el uso de la persona jurídica⁽¹⁷⁶⁾.

En una frase: *la aplicación de la doctrina de la disregard justamente tiene como objetivo dar a conocer la realidad que se oculta bajo el velo de formalismo*

(172) GUERRA CERRÓN, María Elena. *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Grijley, Lima, 2009, p. 364.

(173) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª edición, Rhodas, Lima, octubre de 2006, p. 782.

(174) GAJST, Ignacio Fabián. “Teoría de la penetración societaria”. En: *La Ley*, 1991-E, p. 1595.

(175) Cf. MADALENO, Rolf. *Direito de familia em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 134.

(176) Véase NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no Direito do Trabalho*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2007, p. 94.

legal, de manera que ese no prevalezca a expensas de los acreedores y los terceros de buena fe.

24.4. Definición

Para Guerra Cerrón: “Es una práctica judicial por la cual se prescinde de la forma externa de la persona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus titulares, de ahí se levanta el velo y se examinan los reales intereses que existen en su interior. Así se evitan y detienen los fraudes y abusos que se estén cometiendo”⁽¹⁷⁷⁾.

Implica, en la práctica, el desconocimiento de la persona jurídica como sujeto de derecho autónomo y distinto de los miembros que la componen atribuyendo responsabilidad a quienes actuaron en nombre excesivo de ella.

Ocurre en el Derecho de las familias la desconsideración personalidad jurídica cuando el socio cónyuge o conviviente, a través del abuso de la sociedad conyugal, por medio de simulación o fraude, hace desvío de propiedad privada, bienes particulares, pertenecientes a la sociedad afectiva y los agrupa bajo el manto de una estructura corporativa ya existente o creada con el único propósito de defraudar al cónyuge o conviviente, o evitar el pago de los alimentos. Para utilizarse este instituto, sumados a los requisitos mencionados, debe caracterizarse la injusticia flagrante⁽¹⁷⁸⁾.

24.5. Estructura de la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen familiar

Entendemos por estructura aquellos elementos relacionados entre sí que intervienen en la aplicación de la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen familiar. Estos elementos están compuestos por los sujetos que intervienen durante el desarrollo del aprovechamiento indebido del ente colectivo hasta la intervención de la misma. El objeto no es otro que el bien o derecho que se ve afectado.

24.5.1. Sujetos

24.5.1.1. Defraudadores

Es el familiar victimario.

El cónyuge/conviviente/padre es titular de un paquete accionario con amplios poderes de representación y disposición, incluso, el domicilio social coincide con

(177) GUERRA CERRÓN, María Elena. *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Grijley, Lima, 2009, p. 3624.

(178) Véase MARCANTÔNIO, Roberta. “Abuso no direito de família”. En: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 15, Abr/maio: Magister, Porto Alegre, pp. 51-85, 2010, p. 71.

el familiar cedido altruistamente por la empresa. El poder de decisión en la entidad mercantil está totalmente en manos de uno de los cónyuges quedando confundidas la persona física y la jurídica lo que se aproxima a un supuesto de “acto de contratación consigo mismo”⁽¹⁷⁹⁾.

24.5.1.1.1. Cónyuges

Los cónyuges son los sujetos principales que participan dentro de la estructura de la teoría de la desestimación de la persona jurídica. Uno de ellos se vale de subterfugios para afectar los bienes de la sociedad conyugal a favor de una empresa—de la cual podría ser o no socio— con la finalidad de perjudicar al otro cónyuge.

Bajo este contexto nos encontramos ante un escenario en el que uno de los cónyuges será el defraudante y el otro defraudado. El defraudante es aquel que transfiere los bienes de la sociedad conyugal a la persona jurídica respecto de la cual puede o no aparecer en su estructura accionaria con la finalidad de lesionar al otro cónyuge.

24.5.1.1.2. Convivientes

Los convivientes son los integrantes las uniones estables propias con carácter de habitualidad y/o permanencia que tenga como efecto la constitución de una comunidad de bienes la cual se regirá por las reglas de la sociedad de gananciales (art. 326). Al igual que los cónyuges, los convivientes son sujetos quienes pueden intervenir en calidad de defraudante o defraudado toda vez que, bajo este contexto, uno de ellos transfiere algunos de los bienes de la comunidad a una sociedad con la finalidad de ocasionar perjuicio al otro.

24.5.1.1.3. Padres

Al ser los padres quienes ejercen la representatividad tienen la obligación de proveer de alimentos los que pueden verse afectados con el proceder de uno de sus progenitores al transferir a una sociedad sus bienes con la finalidad de eludir su deber para con el alimentista.

Esta situación puede darse también en el caso de los cónyuges cuando entre sí se deben alimentos, deber conyugal de alimentos.

24.5.1.2. Defraudados

Es el familiar víctima.

(179) LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y EMILIO CAÑIZARES, Ricardo. “El levantamiento del velo en el Derecho de Familia”. En: www.latoga.es, N° 146, enero/febrero de 2004, [10/12/2011].

Aquel miembro de la familia cónyuge/conviviente/hijo o hasta un tercero que se ve afectado por la utilización indebida de la persona jurídica en desmedro de la relaciones patrimoniales de la familia.

24.5.1.2.1. Cónyuge/Conviviente

Aquel que se ve afectado con la acción del cónyuge o pareja defraudante puesto que, si bien el defraudado no figura en la estructura accionaria de la sociedad a la cual se transfirieron los bienes comunes, se ve afectado por las consecuencias irregulares en la disposición de los bienes realizadas por el otro.

24.5.1.2.2. Hijos

Los hijos por su condición de dependientes de los padres son considerados la parte más vulnerable en una relación jurídica familiar siendo la teoría de la desestimación de la persona jurídica aquella que busca ofrecer protección.

24.5.1.2.3. Terceras personas

El tercero puede intervenir como afectado o beneficiario del acto fraudulento de disposición de bienes.

Podemos delimitar a los terceros en una sociedad comercial de la siguiente manera:

- La sociedad comercial se requiere la participación de dos socios como mínimo siendo el caso que la sociedad conyugal aparece uno de los cónyuges, el otro socio será un tercero diferente a la sociedad conyugal.
- La sociedad comercial el gerente general o director no necesariamente son accionistas, por lo tanto, se requerirá de terceros para su integración.
- La sociedad comercial desarrolla una actividad donde requiere la contratación con terceros para su subsistencia (proveedores, clientes, etc.).
- La sociedad comercial realizada por una comunidad conyugal puede ser considerados terceros los hijos.

Es claro que, para nuestro tema de estudio algunos de estos terceros pueden tener una participación activa para los propósitos del cónyuge que busca defraudar a su consorte.

Sujetos	
Defraudadores	Defraudados
Cónyuge	Cónyuges
Conviviente	Conviviente
Padre	Hijo
Cónyuge/conviviente	Tercero

24.5.2. Vehículo

Es el medio o mecanismo a través del cual se lleva a cabo el acto.

24.5.2.1. Persona jurídica

Son las sociedades comerciales propiamente dichas.

La persona jurídica puede conformarse o usarse para ocultar bienes y cometer fraude sobre el patrimonio conyugal cuando con ella se pretende privar de la administración o disposición de a uno de los cónyuges. La persona jurídica termina siendo el testaferro del cónyuge/padre defraudador. Una figura societaria originada para armonizar una situación legal donde se le da la posibilidad al socio/cónyuge /padre intervenir directamente en la administración y manejar los intereses sociales ante terceras personas sin incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria por los actos que realicen en nombre de la sociedad.

La persona jurídica no es administrada necesariamente por uno de los cónyuges. Puede hacerse bajo un tercero que movilizaría los bienes de la sociedad conyugal o de la unión estable con el afán de afectarlos, siguiendo la voluntad de aquel que quiere defraudar a otro con el cual mantiene una relación familiar. Como dice López y Emilio⁽¹⁸⁰⁾ el objetivo es establecer la confusión de personalidades y patrimonios en la estructura jurídica de la sociedad, sea por la falta de autonomía o la imposibilidad de distinguir aquello que es propiedad de la sociedad y aquello que es del cónyuge que pretende ocultar su patrimonio.

Con la creación de la sociedad se precipita con mayor intensidad la insolvencia del cónyuge deudor, aparentando su descapitalización para afrontar las obligaciones económicas derivadas de un divorcio, liquidación de ganancias o alimentos. Este desplazamiento de propiedades del cónyuge a favor de la sociedad tiene un carácter aparente, careciendo el ente social de la titularidad real y efectiva sobre sus activos que, formalmente, se encuentran en dominio del cónyuge. La constitución de la sociedad tiene como objetivo aminorar o dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial en clara actitud engañosa y contraria a la buena fe, siendo un cobijo para el timo. La persona jurídica actúa para aminorar o desafectar la responsabilidad económica de su accionista mayoritario y, a mayor sazón, único administrador, cuya contraparte termina siendo la familia afectada.

La persona jurídica finalmente será el ente que bajo la modalidad nace con un afán defraudador, en otras palabras, será el medio para la obtención de un fin ilícito.

(180) Ídem.

Nada niega que puedan usarse entes no personificados o sociedades irregulares para estas prácticas.

24.5.3. Objeto

Son los bienes, los derechos e intereses de los cónyuges, concubinos, hijos y terceros.

Cuando hablamos de bienes conyugales nos referimos a aquellos adquiridos dentro de la vigencia del matrimonio que están bajo la titularidad de la sociedad comercial con el efecto que haya un cónyuge, hijo o tercero perjudicado.

No podemos excluir a los bienes propios de cada cónyuge (al ser sus frutos sociales) que pueden ser aportados a la sociedad y luego ser parte de un perjuicio directamente a este cónyuge que cedió su derecho.

24.6. Interacción de la persona natural con la persona jurídica en el régimen familiar

La persona natural “es un ente –lo somos cada uno de los seres humanos– por lo que se constituye en el sujeto de Derecho. Mientras que la personalidad vendría a ser tan solo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar *manera de ser*”⁽¹⁸¹⁾. Por su parte, la persona jurídica es un sujeto de derecho colectivo. Adquiere derechos y obligaciones autónomos siempre que esté inscrito en el registro respectivo. No es suficiente que las personas se unan para formar una colectividad, se requiere del reconocimiento del ordenamiento jurídico.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del Código, los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio independiente, separado del de cada uno de sus miembros. Ante la exigencia de ejecución de una deuda contra alguno de ellos no puede imputarse esta al patrimonio de la persona jurídica.

Si bien el artículo antes acotado señala que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros que la integran, debemos tener en cuenta que la persona natural puede utilizar a la jurídica abusando de los derechos que le son concedidos por ley. Ello con la finalidad que el actor se aproveche de esta independencia en beneficio propio y en detrimento de terceros. La idea básica es que no cabe alegar la separación de patrimonios entre persona física y jurídica cuando tal separación es, en realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como por ejemplo incumplir un contrato, eludir la responsabilidad extracontractual, aparentar insolvencia. La doctrina del levantamiento del velo es aplicada cuando está probado que la sociedad carece de funcionamiento real e independiente respecto

(181) QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. “Teoría del levantamiento del velo societario: ¿Es aplicable en el Derecho peruano?”, p. 2, en: <http://www.teleley.com>, [14 de setiembre de 2011].

del cónyuge que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia⁽¹⁸²⁾.

En el caso de las relaciones familiares tenemos que es uno de los cónyuges o convivientes quien utiliza a la persona jurídica para cometer algún fraude o abuso que conlleva a la afectación del otro o, sea el caso, a los alimentistas o terceros acreedores.

A modo de ejemplo tenemos que el cónyuge “X” propietario de un inmueble, quien a su vez es socio de una empresa, tiene planes de divorciarse de “Y” por lo que, a fin de no incluir el bien en la repartición de la sociedad de gananciales, transfiere la propiedad del inmueble a la sociedad. En este contexto, a efectos de impedir el perjuicio de la otra parte, se procede a la desestimación de la persona jurídica, es decir, ingresamos a la sociedad con la finalidad de evitar el perjuicio del otro cónyuge.

Como ya se mencionó, las maniobras a través de la utilización indebida de la persona corporativa ha tenido gran eco en el Derecho de las familias para evitar el pago de los alimentos y cometer fraude en la separación de bienes conyugales porque la incorporación de bienes a una sociedad mercantil o la simple retirada de la cónyuge de la estructura corporativa de la empresa conyugal es equivalente a su venta a terceros⁽¹⁸³⁾.

24.7. Ámbito

Esta teoría, aplicada al Derecho de las familias ha tenido un interesante desarrollo en la doctrina brasilera a través del profesor Rolf Madaleno⁽¹⁸⁴⁾ quien considera que puede relacionarse con tema el de los regímenes de bienes y los alimentos.

En este contexto la teoría de la desconsideración de persona jurídica tiene una aplicación en las relaciones matrimoniales y uniones estables. Durante el matrimonio o unión estable ocurren efectos jurídicos que repercuten en el plano patrimonial del régimen de bienes. Como comunidad plena de vida, cuya base es la realización de la persona humana, el matrimonio y la unión estable generan variadas consecuencias jurídicas, sobre todo, patrimoniales.

En el campo del Derecho de las familias, la ocultación de los bienes matrimoniales bajo el manto de la persona jurídica se presta muy bien para evitar la partición de estos activos, así como para ocultar los verdaderos recursos efectivos y

(182) LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y EMILIO CAÑIZARES, Ricardo. “El levantamiento del velo en el Derecho de Familia”. Ob. cit.

(183) MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 799.

(184) MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. 1ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2009.

el estatus social del cónyuge socio en cuanto a la fijación de una pensión alimenticia a su dependientes⁽¹⁸⁵⁾.

24.7.1. Régimen de bienes

Cuando el matrimonio o unión estable se disuelven suelen surgir controversias en torno al régimen de bienes donde, las partes, suelen cometer fraude o abuso bajo la sombra de una persona jurídica, afectando los derechos de su pareja, hijos o de terceros contratantes. Se presenta cuando los bienes comunes son retirados del ámbito familiar y colocados en sociedades válidamente constituidas o, en su defecto, en negocios simulados con el propósito de defraudar. La teoría de la desconsideración de la persona jurídica es perfectamente aplicable en estos casos con la finalidad de proteger el régimen de bienes.

En el caso de los bienes matrimoniales se busca, a través de la persona jurídica, dar espacio a fraudes intentando perjudicar al otro cónyuge que pretende participar del patrimonio en una disolución matrimonial, o del patrimonio sucesoral o para que el hijo no cobre una pensión de alimentos. Igual temor de estafa civil puede ser detectado en las uniones estables. El conviviente posee bienes inmuebles, adquiridos bajo la convivencia registrados solo a su nombre o comprados por ambos, los que son dispuestos en perjuicio del otro o de terceros de buena fe. La falta de una regulación de estas situaciones permite que un conviviente cometa fraude frente a un tercero al venderle un bien inmueble, omitiendo en la escritura pública la existencia de una unión estable⁽¹⁸⁶⁾.

Los bienes conformantes de un patrimonio conyugal pueden ser desviados en virtud de negocios simulados o aparentes con la intención de causar un perjuicio al otro cónyuge. La persona jurídica es usada para ocultar bienes y cometer fraude sobre los bienes conyugales al privar de bienes, o de la administración o disposición de estos al otro. Se instrumentaliza a la persona colectiva para burlar normas de orden público del Derecho de familia afectando a uno de los cónyuges y al patrimonio conyugal. Sea constituyendo una o valiéndose de otra puede excluirse o limitarse la participación de un cónyuge en los bienes sociales de forma que la persona jurídica termina siendo un testaferro del cónyuge defraudante.

Este último no aparece en la estructura accionaria de la sociedad, se vale de substitutos, participa de forma mínima o, alegando ser socio de favor. El controlante de la persona jurídica podría ser un socio, amigo, pariente, amante, compañero

(185) Vide MAMEDE, Gladston y COTTA MAMEDE Eduarda. *Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens. Simulações Empresariais e Societárias*, Atlas, Sao Paolo, 2010.

(186) Alvaro Villaça de Azevedo señala "O maior perigo está na alienação unilateral de um bem por um dos companheiros, iaqueando a boa fé do terceiro, em prejuízo da cota ideal do outro convivente, omitindo ou falsamente declarando o seu estado convivencial. Nesse caso, o companheiro faltoso poderá estar, conforme a situação, se o bem do casal for alienando, a non domino, a parte pertencente ao outro, inocente". Cit. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de Família*. Ob. cit., p. 808.

o cualquiera cuya intención sea ayudar a sustraer a uno de los cónyuges los bienes comunes de la sociedad conyugal mediante su transferencia a la persona jurídica. Con ello, el cónyuge puede disponer de los bienes sin necesidad del consentimiento del otro, atentando contra la preservación del patrimonio de la conyugal.

En las relaciones de familia surge un extraño y perverso sentimiento vengativo utilizando a las personas jurídicas para dar espacio a fraudes dirigidos con una clara intención de perjudicar al excónyuge que, con derecho, pretende participar en el patrimonio frente a una disolución matrimonial. Cuando esto ocurre, la admisión de la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica surge como elemento neutralizador de fraudes y abusos ejecutados sobre un bien bajo la protección de persona jurídica⁽¹⁸⁷⁾. Se utiliza a la persona jurídica para eludir el régimen de gananciales, para defraudar a los terceros, para disimular patrimonio, en definitiva para llevar a cabo conductas a través de un medio legal para infringir la ley⁽¹⁸⁸⁾.

En otras palabras, sintiendo el cónyuge o el compañero el fracaso del matrimonio o de la unión estable lleva a cabo el registro de bienes muebles y inmuebles en nombre de la empresa en la que participa. El socio, en la sombra del velo de la persona jurídica, compromete el patrimonio conyugal⁽¹⁸⁹⁾.

La aplicación de la teoría de la desconsideración de la persona jurídica en el régimen de bienes de la familia, como forma de evitar el fraude de uno de los interesados, resulta de especial interés al buscar proteger al cónyuge que es burlado de sus derechos sobre los gananciales a través de un uso irregular de la persona jurídica. Según el Tribunal de Familia, San José de Costa Rica. Voto 598 (8: 15 horas, 15 de abril de 2009) sostuvo que:

“(...) el presente proceso; que se aplique la Doctrina del Levantamiento del Velo Social y se proceda a la cuantificación de su derecho a gananciales, que hasta hoy ha hecho negatorio el demandado, el cual organizó el patrimonio de la sociedad, con el fin de burlar el derecho a gananciales de su esposa (...) porque lo importante es determinar que el demandado utilizó el velo social para efectuar de apariencia lícita y legítima un negocio, pero cuyo objetivo

(187) Cfr. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 264.

(188) La jurisprudencia argentina ha clasificado cinco casos en los cuales se debe prescindir de la persona jurídica para prevenir o impedir fraudes: 1) Violación a la legítima hereditaria (disposición de bienes por el causante en fraude a la legítima hereditaria o imposición de gravámenes a los mismos por largos años); 2) afectación de los derechos del cónyuge (al transferir bienes a una sociedad constituida); 3) afectación de derechos de terceros (insolvencia fraudulenta transfiriendo bienes a una persona jurídica para evitar embargos o acciones resarcitorias); 4) fraudes impositivo (evasión impositivas); y 5) Violación de prohibiciones (competencia desleal en el mercado al amparo de una persona jurídica). SIRO ZENCIC, Santiago. *Inoponibilidad de la persona jurídica*, pp. 54-55. En: www.imgbiblio.vnec.ed.ar. [11/11/2011].

(189) Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 328.

es contrario, al ordenamiento jurídico vigente. Porque el traspaso accionario, o sea el nuevo negocio jurídico habido entre hermanos, tiene como finalidad insoslayable el propósito de excluir los bienes caracterizables como gananciales de la comunidad de bienes habidos en matrimonio (...)”⁽¹⁹⁰⁾.

Eduardo Zannoni nos ilustra con los siguientes ejemplos:

- a) Antes de casarse una persona constituye una sociedad, luego de casado y antes de iniciarse el divorcio transfiere a la empresa de la sociedad conyugal. Iniciado el proceso de divorcio la mujer solicita el embargo del 50% de las acciones de la sociedad en carácter de gananciales. El marido aduce tener menos acciones y con un valor nominal notoriamente inferior al valor de los bienes que aportó. Ante esta situación el juez nombra un interventor judicial para determinar la titularidad del paquete accionario y su valor real.
- b) Luego de producida la separación conyugal el marido conforma una sociedad a la cual transfiere bienes comunes. Tiempo después constituye con un tercero otra sociedad a la que transfiere dichos bienes quedando la primera sin patrimonio. Se destaca del caso, las siguientes circunstancias: i) la sociedad no pudo acreditar ninguna actividad ni operación luego de su constitución; ii) el marido, no obstante que transfirió el dominio de los bienes a la otra sociedad, mantuvo su domicilio en uno de ellos y continuó usando el automóvil también aportado, y; iii) la nueva sociedad no acreditó haber realizado otra actividad que la de adquirir estos bienes aportados. El tribunal decretó a las dos sociedades como simuladas o fraudulentas, ordenando que los bienes, inmueble y automóvil, se incluyan en la masa de la sociedad conyugal a liquidar.
- c) Durante el matrimonio, marido y mujer, aportaron a una sociedad la totalidad de los bienes comunes. Dictada la sentencia de divorcio, la sociedad entra en liquidación y es así que la mujer en un convenio suscrito con su marido acepta recibir una suma de dinero por concepto de restitución de capital y de participación en las utilidades obtenidas. Inmediatamente, el marido constituye una nueva sociedad con el mismo objeto que la anterior pero con una ínfima participación, aunque en los hechos la controla. Simultáneamente la sociedad primitiva en liquidación transfiere a la nueva sociedad los bienes sin conocimiento del cónyuge defraudado. El tribunal desestima la tercera interpuesta por la nueva sociedad manejada exclusivamente por el marido.
- d) Durante el matrimonio, marido, mujer y la hermana de aquel constituyen una sociedad. El directorio queda integrado por el marido y su hermana. Iniciado el proceso de divorcio, la mujer solicita el embargo del fondo social aportado

(190) CORDERO ALVARADO, Rosaura. *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, San José Costa Rica, 2010, pp. 151 y 152.

íntegramente por la sociedad conyugal. A lo que se opone la sociedad representada por la cuñada, alegando que la persona jurídica es un tercero ajeno al juicio. El juez traba embargo provisional.

24.7.1.1. Liquidación de la sociedad de gananciales

La liquidación de la sociedad de gananciales es el procedimiento en el que se presentarán mayores dificultades cuando se proceda a cuantificar el crédito que la comunidad conyugal tenga frente a la sociedad constituida fraudulentamente.

La teoría de la desconsideración de la persona jurídica es aplicable frente a una constatación de disputas matrimoniales en los que un cónyuge oculta los bienes de la sociedad en el patrimonio de una empresa. Compra bienes, no a título personal ni conyugal, sino a nombre de la empresa. Con ello disfraza la verdadera titularidad. Oculta cualquier señal o el rol significativo de estos adquiriéndolos para uso familiar pero registrados a nombre de una sociedad. En el caso se presente la liquidación de la comunidad de bienes nos enfrentaremos a que todos los rendimientos de la sociedad de uno de los cónyuges están dentro de la entidad mercantil, sin repartir los beneficios a los socios a través de dividendos u otras formas cualesquiera de rentabilidad. Con este proceder, el cónyuge evitará que los beneficios adquieran carácter ganancial y, por el contrario, a través de la revalorización del activo societario, incrementará su patrimonio privativo⁽¹⁹¹⁾.

El fraude a través de la persona jurídica puede ser mediante un acto unilateral o bilateral. Por ejemplo, sustentado en el principio de la libre circulación de las acciones, un cónyuge puede transferir sus acciones a terceros⁽¹⁹²⁾ o, puede convencer al otro a fin de aportar los bienes de la comunidad en una empresa. Los bienes ya no son comunes, son de la persona jurídica vía el aporte efectuado lo cual desarticula toda relación patrimonial de los cónyuges con los bienes.

¿Qué deberá hacer el magistrado que en pleno proceso de liquidación de gananciales descubre esta irregularidad? Deberá implementar toda medida necesaria y razonable encaminada a la aplicación de la norma de orden público que intentó burlarse. El magistrado no puede limitarse a constatar un fraude y abstenerse de revertirlo a fin de salvaguardar el patrimonio familiar.

(191) LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y EMILIO CAÑIZARES, Ricardo. “El levantamiento del velo en el Derecho de Familia”. Ob. cit.

(192) El Tribunal de Familia. San José de Costa Rica. Voto Núm.674 (8 horas, 6 de junio de noviembre del 2005). “(...) Nótese cómo ese entrelace de bienes y actividades entre don P y la sociedad EPM S.A., se ha utilizado para que doña Y, no tenga bienes contra los cuales reclamar su eventual derecho a gananciales, manteniéndose don P, al frente de la sociedad como su personero, pero formalmente las acciones que dentro del capital social le correspondían fueron traspasadas en pleno conflicto a sus hijos los codemandados (...)” (CORDERO ALVARADO, Rosaura: *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*, Ob. cit., p. 157).

La medida sugerida para impedir que se consume el acto es la nulidad por fin ilícito y por atentar contra las normas de orden público. El acto jurídico de transferencia es ineficaz y debe ordenarse la restitución del bien al patrimonio de la sociedad conyugal para posibilitar la partición y liquidación correspondiente. El magistrado podrá declarar la ineficacia de estas transferencias respecto al cónyuge defraudado para evitar la consumación de un fraude y dar cumplimiento a las normas de orden público del Derecho de familia. La sentencia no debería afectar a la existencia misma de la sociedad o la validez de los actos societarios que no afecten al cónyuge inocente. Lo que se deja sin efecto es el acto en sí que lesiona al cónyuge defraudado. No se trata de desconocer a la persona jurídica.

El momento y vía procedimental adecuada para levantar el velo de la sociedad será el mismo procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, y en especial, en la fase de formación de inventario.

En el Segundo Juzgado de Familia de Ayacucho⁽¹⁹³⁾ se ha presentado el siguiente caso:

Dos cónyuges durante el matrimonio adquieren una casa. Después de varios años de matrimonio, el marido le propone a la mujer donar dicha casa a fin de operar un Colegio para lo cual constituirían una empresa conjuntamente con la familia de este. Pasaron varios años, la cónyuge se percató que su esposo, aprovechando su buena confianza e ignorancia, constituyó una empresa donde se presentó como soltero y no se le incorporó como socia, habiendo sido engañada para donar dicha casa a favor de su hija, quien sí era socia de la sociedad constituida por su cónyuge. Posteriormente, ya iniciado el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, por la causal de separación de hecho, la cónyuge solicita que la única casa que formaba parte de la sociedad de gananciales, vale decir, la casa donde funciona el colegio, el cual ha sido inventariado y protocolizado ante el juez, sea incorporado dentro de la sociedad de gananciales para su liquidación. A diciembre de 2011 el proceso concluyó con la declarando la separación de cuerpos de los cónyuges, subsistente el vínculo matrimonial, el fenecimiento de la sociedad de gananciales y su posterior liquidación en ejecución de sentencia.

24.7.2. Régimen de alimentos

En el caso del régimen de alimentos sucede algo parecido. El cónyuge alimentante transfiere los bienes que conforman su patrimonio con la finalidad de eludir su deber para con el alimentista. El levantamiento del velo de la persona jurídica

(193) Exp. N° 690-2008, se expidió sentencia de primera instancia fecha 28 de octubre de 2011. Distrito Judicial de Ayacucho, Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Departamento de Ayacucho, Perú.

se configura con el objeto de evitar que el proceder del alimentante/defraudador vaya en contra de este derecho fundamental de su alimentista. Este comportamiento defraudador debe ser rechazado por nuestro ordenamiento jurídico puesto que el perjudicado es el alimentista quien, a la luz de nuestra legislación, goza de la máxima protección.

Cuando un deudor de alimentos utiliza la ruta mercantil como un escudo para cometer fraude en los alimentos y procede a transferir sus bienes personales a una empresa o simula su retirada de esta misma empresa, está —con estos gestos contractuales, de aspecto perfectamente legal— causando un daño a su alimentista. En estos casos, procede de forma inmediata la suspensión de los efectos dañinos del acto jurídico sin tener en cuenta la persona jurídica utilizada para defraudar al alimentista. No es necesario recurrir a la vía judicial para demostrar la nulidad del acto jurídico de validez aparente o comenzar una acción judicial por medio de simulación con recursos que el alimentista no tiene⁽¹⁹⁴⁾, la desestimación de la persona jurídica opera de una forma más eficaz y eficiente.

Por ejemplo, el abogado independiente que para evitar sus obligaciones constituye una sociedad civil (estudio) solicitando a sus clientes que cancelen por el servicio brindado y solo a uno que otro le emite recibo por honorarios. Esto incidirá, sin duda, en la determinación de la pensión alimenticia. Si el alimentista descubre esta maniobra tendrá la posibilidad de declarar inoponibles dichas transacciones efectuadas a la persona jurídica y solicitar la nueva determinación de la pensión alimenticia, tomando en cuenta los verdaderos ingresos. También, puede pedir una reparación por el daño causado por el fraude así como denunciar la correspondiente comisión de delito de falsedad genérica por haberse falseado los ingresos en complicidad con los miembros o la administración de la persona jurídica que conocían del fraude.

El alimentante también puede hacerse embargar sus ingresos y bienes por parte de una sociedad comercial vinculada a fin que la pensión sea inferior. En estos casos, más que afectarse la prioridad del crédito se perjudica la información sobre la capacidad económica del alimentante lo que redundará en la determinación de la pensión. Si se descubre el fraude puede solicitarse la declaración de la nulidad de los actos que generan los presuntos créditos con la sociedad controlada, así como la determinación de los presuntos delitos que pudieron cometerse.

Existen casos en que los ingresos del acreedor alimentario distan de la realidad al utilizarse la forma societaria que oculta sus verdaderos ingresos, configurándose un enriquecimiento injusto. La mayoría de veces se toma como referencia para fijación de pensión de alimentos un sueldo mínimo que será la base para

(194) Cfr. MADALENO, Rolf. "A disregard nos alimentos". Disponible en: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. [Acceso en: 01/01/2012].

el establecimiento de una pensión de alimentos, sin considerarse que el acreedor alimentario podría obtener otros ingresos provenientes de la persona jurídica, los cuales son ocultados. En este caso la persona jurídica actúa como un ente defraudador al ocultar que el alimentante tiene un estándar de vida más alto de lo que reflejan sus ingresos.

La fijación de pensión alimentaria en el caso de trabajadores independientes es un serio problema al tomarse como referente la declaración jurada u otras pruebas nimias que presenta el demandado e inducir al juzgador a su fijación en base a esa información. La mayoría de casos resulta difícil para el acreedor alimentario determinar que existen otros ingresos que percibe el demandado no registrados, al ser actividades llevadas a cabo a través de empresas o por actividades informales no declaradas.

24.8. Tipología de la desconsideración de la persona jurídica

La teoría de la desconsideración de la persona jurídica puede ser analizada de acuerdo a su tipología, sus clases y formas como se aplica.

24.8.1. Desconsideración inversa o indirecta

En este tipo de desconsideración los bienes matrimoniales pasan al patrimonio de la persona jurídica. Suele utilizarse cuando se afecta el principio de autonomía y protección patrimonial de la familia para responsabilizar a la sociedad por obligaciones asumidas personalmente por los socios.

Por ejemplo, la desconsideración inversa se da cuando un cónyuge o compañero adquiere bienes valiosos y los registra a nombre de la empresa que controla. En casos como este es posible responsabilizar a la sociedad por el valor debido al otro cónyuge o compañero perjudicado⁽¹⁹⁵⁾.

24.8.1.1. En cuanto a los sujetos

- a) **Activo:** Defraudador (cónyuges, sociedad)
- b) **Pasivo:** Defraudado (cónyuges, hijos, tercero)

24.8.2. Desconsideración reversa o directa

En este tipo de desconsideración los bienes de la persona jurídica, conformada con el patrimonio de la sociedad conyugal, pasan al dominio personal de uno de los cónyuges. Esta figura suele utilizarse cuando se afecta el principio de autonomía

(195) ROLF MADALENO sustenta que, “no direito de família, sua utilização (da disregard doctrine) dar-se á de hábito na via inversa, desconsiderando o ato, para alcançar bem da sociedade, para pagamento do cônjuge ou do credor prejudicado”. Cit. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 265.

patrimonial de la persona jurídica a fin redireccionar los bienes de la sociedad en favor de uno de ellos.

24.8.2.1. En cuanto a los sujetos

- a) **Activa:** Defraudador (cónyuge/accionista de la empresa).
- b) **Pasivo:** Defraudado (sociedad, accionistas, tercero, cónyuge).

El siguiente cuadro nos puede ilustrar:

Tipología de la desconsideración de la persona jurídica			
Reversa o directa		Inversa o indirecta	
Los bienes de la persona jurídica pasan al patrimonio personal		Los bienes matrimoniales pasan al patrimonio de la persona jurídica	
En cuanto a los sujetos			
Pasiva	Activa	Pasiva	Activa
Defraudado (Sociedad, accionistas, tercero cónyuge)	Defraudador (Cónyuge/accionista)	Defraudado (Cónyuge, hijo, tercero)	Defraudador (Cónyuge, Sociedad)

24.9. Instituciones jurídicas que podrían solucionar el abuso de la persona jurídica

Nuestro sistema jurídico civil contiene instituciones jurídicas que podrían ser utilizadas como medios para solucionar en parte los problemas que conlleva el abuso de la persona jurídica, pero sin que llegar a obtener resultados eficaces y eficientes, como sí lo obtendríamos –por el contrario– con la aplicación del levantamiento del velo societario; esto es, la inoponibilidad, donde el acreedor que se estime perjudicado pueda actuar para hacer efectivos sus derechos, desconociéndose la existencia y efectos de la persona jurídica, de forma tal que, previa demanda, puede conseguirse dejar sin efectos los actos realizados por la sociedad a fin de prestar atención a los auténticos titulares o intereses que actúen a través de la forma societaria que haya sido utilizada abusivamente. Lo cierto es que existe una estrecha relación, al margen de las grandes diferencias, entre varios institutos civiles y es que el origen de la doctrina del levantamiento del velo se encuentra en la llamada “doctrina de terceros” construcción jurídica que permite lograr los mismos resultados que la doctrina del levantamiento del velo, pero solo invoca como fundamentos el fraude y la buena fe.

24.9.1. Ejercicio abusivo del derecho

El abuso del derecho se encuentra proscrito constitucionalmente de acuerdo con el último párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú. Civilmente, tampoco se le reconoce dado que el artículo II del Título Preliminar

del Código señala que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho.

El abuso del derecho, en lo que a las figuras societarias respecta, abarca el denominado “dominio de la sociedad”, o “control o dirección efectivo externo” de la persona jurídica referido al hecho que aunque la sociedad aparezca como un sujeto autónomo en la práctica es controlada por la voluntad del accionista abusador. Esta situación debe evitarse toda vez que un ordenamiento jurídico jamás debe proteger el abuso de una institución jurídica.

En cuanto a su verificación, es necesario el análisis de las circunstancias que rodean cada caso concreto, siendo necesario que pueda determinarse cuándo se está ante un verdadero abuso de derecho, *i.e.* cuando se utiliza el derecho con fines distintos a los de su naturaleza y no ante un uso irrestricto (el derecho, dentro de sus límites, es utilizado para la consecución de objetivos jurídicamente válidos y lícitos) del Derecho.

El ejercicio abusivo de un derecho subjetivo implica el desconocimiento de los fines que la ley le atribuyó, actuar contrariando la buena fe, moral y buenas costumbres que, generalmente, lesionan intereses de terceros dentro de lo que puede perfectamente encuadrarse las relaciones familiares⁽¹⁹⁶⁾.

Cuando una persona natural decide constituir una sociedad para esconderse tras el manto corporativo, escapando de sus acreedores alimentarios disponiendo de bienes del matrimonio, estaríamos en presencia de un abuso del derecho, figura que, si es hecha valer en proceso solo se obtendría una indemnización a favor del perjudicado.

24.9.2. Simulación

La simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando se aparenta celebrar un acto jurídico, cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo; y es relativa, cuando se aparenta celebrar un acto específico pero en la realidad existe otro distinto que ha sido ocultado.

“*A Disregard Doctrine* consiste en desconocer los efectos naturales de la persona jurídica, en casos concretos, penetrando a su estructura formal para verificar su sustrato a fin de que no sea utilizada para simulaciones ni fraudes, como también para solucionar todos aquellos casos en que el respeto a la forma societaria llevaría a soluciones contrarias a su función y a los principios consagrados por el ordenamiento jurídico. Siendo así, es preciso reconocer la necesidad de aplicación de la *Disregard Doctrine* también en los casos en que la personalidad jurídica

(196) ZANNONI, Eduardo A. “El abuso del derecho y las relaciones conyugales”. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Vol. 16, 1998, pp. 127-137.

impone obstáculos a un debido examen de responsabilidad por fraudes o simulaciones llegando a soluciones conforme al Derecho”⁽¹⁹⁷⁾.

Carlos Enrique Quiroga Periche⁽¹⁹⁸⁾ señala que mediante esta figura los sujetos pueden pactar que el negocio realizado constituya una mera apariencia que no los vincule y que, por lo mismo, carece de toda función (simulación absoluta). El simulador necesita crear un negocio ficticio engendrado para enmascarar su ganancia material. Se pretende dar visos de seriedad y veracidad a su acto, por ejemplo cuidar que en la escritura de la aparente compra venta no conste el bajo precio (ficticio); sino ocurre ello, hará presumir la simulación con un precio inferior, la falta de recursos del *seudo* comprador que generalmente será un pariente o un amigo próximo, la falta de comprobación de salida del dinero de la cuenta del comprador y el ingreso a la cuenta del vendedor.

De uso corriente es la simulación por cónyuges o convivientes que se disponen de los bienes con la disculpa de alegar recaudación de dinero, justamente de los bienes que les dan subsistencia, como las cuotas de la empresa de la que son socios, figurando al otro lado, compradores que si son bien investigados, ni siquiera disponen de dinero para las adquisiciones, todo ello en perjuicio exclusivo de las relaciones familiares. Con este criterio, Jorge Mosset Iturraspe⁽¹⁹⁹⁾ señala que, constituyen presunciones graves y concordantes de la simulación, una compra venta en operación hecha con parientes próximos o con un notario amigo, la ausencia de la tradición del bien enajenado o cuando el vendedor sigue en posesión del bien. Igualmente causan sospechas los negocios firmados entre personas que mantienen vínculos de afecto.

El inconveniente es que, la simulación es difícil de probar. Todo fue preparado para ser ocultado, borrada las huellas de su existencia, creando apariencias engañosas, confeccionadas por especialistas en tales artificios.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene normas y principios que sancionan con la nulidad los actos simulados, instrumento que puede constituirse en determinado momento, en otra herramienta legal subsidiaria para exigir judicialmente la desestimación de la personalidad jurídica y responsabilizar directamente a quienes cometieron abuso por su conducto. Hoy en día, no cabe ninguna duda que debe admitirse la posibilidad que los jueces puedan introducirse (levantar el velo) en el interior de personas jurídicas cuando sea preciso a fin de evitar el abuso de

(197) OLIVEIRA, Avenir Passo de. *Ação civil pública contra a Encol*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16019>, Acesso e 26 set. 2011.

(198) QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. “Teoría del levantamiento del velo societario. ¿Es aplicable en el Derecho Peruano? Ob. cit., [noviembre de 2011].

(199) MOSSET ITURRASPE: Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Tomo II, Contratos fraudulentos, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2001. Cit. por MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Livraria do advogado editora, Porto Alegre, 2007, p. 37.

esa personalidad independiente en daño ajeno o de los derechos de los demás, fundamento del orden público y de la paz social⁽²⁰⁰⁾.

Tanto el ejercicio abusivo del derecho como la simulación no resultan los más idóneos y propicios para rasgar el velo corporativo en los casos de uso abusivo de la sociedad.

A modo de ilustrar un caso de simulación con el fin de perjudicar al cónyuge podemos traer a colación una sentencia expedida por el Tribunal de Familia de San José de Costa Rica en la que se advierte que uno de los cónyuges organizó el patrimonio de la sociedad conyugal para burlar el derecho a gananciales del otro. La simulación se dio fingiendo un colapso económico y vendiendo todo el patrimonio de la empresa conyugal a su hermano ante su supuesta eventual ayuda económica, constante, desinteresada e inverosímil de un agricultor que aporta gran cantidad de dinero, siendo un campesino. El Tribunal procedió a acoger la pretensión de levantar el velo social de la empresa conyugal y estableciendo que todos los bienes pertenecientes a la misma son bienes gananciales y que a la esposa corresponde el 50% del valor neto de los mismos. Los cuales se liquidarán en la respectiva ejecución de sentencia⁽²⁰¹⁾.

24.9.3. Fraude

Cuando en una comunidad de bienes los cónyuges o convivientes otorgan su consentimiento para conformar una persona jurídica autorizan transferir bienes propios y/o sociales a favor de la sociedad que, por lo general, será administrada por uno de ellos quedando el otro en una posición de incertidumbre frente a los bienes transferidos.

Durante la etapa de armonía que tenga la pareja, la actividad empresarial se verá enrumada, sin turbaciones. Lo difícil es tratar de analizar qué sucede cuando la relación de pareja se ve empañada por la ruptura de la armonía sentimental. En esta situación, uno de los cónyuges, a través de un acto aparentemente legal puede cometer un fraude lesionando los intereses de su pareja. Este se dará cuando un miembro de la pareja es el que administra la empresa colocándose en una posición de poder frente a los bienes y dejando en posición de desventaja a aquel que no tiene ningún tipo de injerencia con la administración de la misma. En esta línea, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica (Voto Núm. 322, 14:30 horas, 17 de diciembre de 1997) indicó:

“(…) concerniente al carácter en que participó la persona jurídica compradora, el hecho de que su representante sea el mismo demandado evidencia, sin

(200) LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y EMILIO CAÑIZARES, Ricardo. “El levantamiento del velo en el Derecho de Familia”. Ob. cit.

(201) Sentencia N° 00598. Exp. N° 99-400406-0187-FA del 15 de abril de 2009 emitido por el Tribunal de Familia de San José. En: <<http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/>>, [11/11/2011].

posibilidad de objeción alguna, que este utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico, documentado el 16 de agosto de 1993, y su posterior anotación en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos, se hicieron con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales. Así las cosas, fue realizado en fraude de ley, por lo que carece de la virtud de impedir la declaratoria de ganancialidad del valor económico de su objeto, tal y como acertadamente se estableció en segunda instancia”⁽²⁰²⁾.

24.9.3.1. Fraude en el matrimonio y en la unión estable

El fraude en las uniones conyugales se va a diferenciar por la confirmación legal de cada institución. Mientras que el matrimonio la unión de derecho iniciaría desde la suscripción del acta matrimonial, en la unión estable deberán existir condicionantes como el tiempo de convivencia para la conformación de la comunidad de bienes previa declaración judicial o notarial; finalmente, la acción fraudulenta tiene una connotación muy similar en ambos casos, diferenciándose en materia de alimentos entre los sujetos de la unión de derecho, que jurídicamente no se establece en los sujetos de la unión estable.

24.9.3.1.1. Fraude en el matrimonio

El matrimonio, como unión de derecho, implica la conformación de la comunidad de gananciales que se inicia desde la suscripción del acta matrimonial, salvo que esta sea formulada con separación de patrimonios, pudiendo en ambos operar el fraude.

En el Perú, existen varios tipos societarios, pero los más comúnmente utilizados son las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada e inclusive la empresa individual de responsabilidad limitada, todas factibles de adquirir bienes. En el caso de las dos primeras se presenta la necesidad de dos o más sujetos para su creación, donde uno de ellos podrá ser la sociedad conyugal y la otra parte una persona natural, jurídica o inclusive otra sociedad conyugal.

Cuando los cónyuges toman la decisión de conformar la empresa, aparte de necesitar un socio figurativo, que normalmente es un pariente mayor de edad de alguno de ellos, deben aportar bienes o capital, de allí que surjan los primeros indicios de futuros actos fraudulentos.

En las sociedades comerciales, el gerente general, coincidentemente, puede ser uno de los cónyuges que aparece como titular de la empresa y que en el futuro

(202) CORDERO ALVARADO, Rosaura: *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Ob. cit., p. 157.

va a ser quien cometerá el fraude. Todo comienza por el aporte, adquisición, donación o cualquier otra forma de transferencia del derecho de propiedad de bienes conyugales, propios de los cónyuges a favor de la empresa o de un tercero propietario de una empresa que luego lo aporta a esta⁽²⁰³⁾, recayendo la administración en el gerente, que puede ser perfectamente uno de los cónyuges o, también, un tercero coludido con el cónyuge defraudador, pudiendo ser perfectamente su propio amante.

Cuando se produce la ruptura de la relación conyugal, el cónyuge que se encuentra en la gerencia hace uso inapropiado de los bienes como transferirlos, cederlos, hipotecarlos, u otorgarlos en garantía mobiliaria, comprometiendo los intereses del otro cónyuge. La sociedad conyugal se ve afectada al quedarse sin bienes no con un fin directo y propio sino con un fin indirecto e impropio.

24.9.3.1.2. Fraude en la unión estable

La unión estable nace de un vínculo de afecto y confianza por lo que el fraude fácilmente respecta de varios tipos de bienes. Como aquel entregado por la pareja o aquel que nace de la comunidad que se instaura al momento de cumplir los requisitos exigidos por ley. De igual forma, la pareja que se va a ver afectada en el futuro otorga sus bienes de propiedad antes de conformar la unión o también puede hacer entrega de aquellos que son generados dentro del desarrollo de la unión estable.

Al igual que en el matrimonio, uno de los convivientes puede tener amplias facultades gerenciales pudiendo hacer uso inapropiado de los bienes lo que perjudicaría al otro.

24.9.4. Enriquecimiento sin causa

Todo negocio jurídico instaurado desde el punto de vista matrimonial, que derive de la creación de una persona jurídica, se realiza bajo una finalidad lucrativa por lo que todo desplazamiento patrimonial o enriquecimiento para ser de índole legal debe sustentarse en una causa o razón de ser legítima y legal.

(203) La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José. Sentencia N° 950 (8:30 horas, 24 de noviembre de 2000) expone el caso en que un cónyuge propietario dona a su hermano un bien que tendría el carácter de ganancial, y este lo coloca en una sociedad, al respecto la Sala indicó "(...) la donación fue tan solo un mero subterfugio; toda vez que, realmente lo que se pretendía era poner la finca a nombre de una persona jurídica, para que el demandado pudiera disponer de ella y que, no estando ya en su patrimonio personal, la actora no pudiera alegar la naturaleza ganancial del bien (...) este utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico (...) se hiciera con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales" (CORDERO ALVARADO, Rosaura: *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Ob. cit., p. 156).

La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa junto a la del levantamiento del velo tiene la esencial consecuencia de limitar la responsabilidad del cónyuge titular de la empresa al importe del enriquecimiento injusto disfrutado (dividendos no repartidos y retenidos en la empresa), lo que exigiría la realización de una laboriosa prueba contable y pericial relativa a los antecedentes empresariales a través de la cual establecer, siquiera por la vía de las presunciones el *quantum* del enriquecimiento injusto.

Caben ciertas preguntas: ¿Qué parte de las reinversiones en nuevos activos son necesarias para la lógica expansión de la empresa privativa? ¿Cuáles de ellas se están hurtando a la sociedad de gananciales? ¿Hasta qué monto las dotaciones a reservas voluntarias son necesarias para reforzar la marcha futura de la empresa? ¿A partir de qué importe de esta dotación de reservas voluntarias o estatutarias estamos actuando en fraude de ley?⁽²⁰⁴⁾.

Cuando se produce ruptura de la pareja y dentro de la empresa uno de los cónyuges o conviviente es el que ilícitamente se ha enriquecido está en la obligación no solo de restituir los bienes, sino de indemnizar por los daños causados a su pareja.

En la doctrina del enriquecimiento indebido se considera que es un principio general del derecho que nadie pueda enriquecerse en detrimento del otro. Si ello ocurre el enriquecido debe restituir. Ello será de aplicación para los casos de familia en donde se suscita este hecho entre la pareja que conformó la empresa.

24.9.5. La desconsideración de la persona como herramienta eficaz

La desconsideración de la persona jurídica sirve como una forma más eficaz de buscar los actos abusivos de un socio que a través del uso fraudulento y abusivo de la persona jurídica ha causado un perjuicio a un tercero. En este sentido, señala Rolf Madaleno⁽²⁰⁵⁾, que no importan las actividades lícitas llevadas a cabo por la empresa sino que debe buscarse el acto abusivo del socio que se escondía bajo la máscara jurídica para causar daño a tercero, su acreedor, sin que sea necesario recurrir a la vía judicial de la simulación, la revocación y muchas otras acciones complicadas de nulidad y anulación de los actos jurídicos derivados del uso abusivo del medio técnico de la persona jurídica.

En definitiva, consideramos que no es necesario recurrir a las viejas e intrincadas figuras del abuso del derecho, simulación, fraude o enriquecimiento indebido para desenmascarar el trasfondo del actuar conyugal. El levantamiento del velo es una forma contemporánea de dar solución efectiva y eficaz a los problemas patrimoniales que se presentan en el Derecho de las familias.

(204) LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y EMILIO CAÑIZARES, Ricardo. "El levantamiento del velo en el Derecho de Familia". Ob. cit.

(205) MADALENO, Rolf: *Direito de família em pauta*. Ob. cit., p. 139. Vide Con mayor detalle y análisis MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Ob. cit.

24.10. Afectación del tercero en el fraude de la persona jurídica

El fraude en general puede ser definido como la acción de burlar la ley o eludirla en perjuicio de los derechos de un tercero. Una conducta fraudulenta siempre supone la intención, el autor es consciente de ocasionar un daño, siendo a su vez una causal de nulidad de los actos jurídicos. No en todos los casos el fraude civil importa una figura delictiva. Para ello la acción debe estar expresamente prevista en la ley penal (*Nullum crimen, nullum pena sine lege penae*). Los efectos del fraude penal son más amplios que los del civil, pues aparte de determinar la nulidad del acto, su autor es también pasible de una condena privativa de la libertad.

Debe distinguirse el fraude o dolo civil, que permite a la persona afectada, una acción de reparación del perjuicio, de aquel fraude o dolo penal que hace incurrir al que lo emplea en un delito punible. La ley penal tipifica como delito todo atentado contra la propiedad cometido por medio de sustracción, engaño o deslealtad. El legislador considera el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas aprovechando su buena fe, ignorancia o error en que se encuentran y otorga la tutela penal estableciendo tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido.

Por ello se ha expresado que si bien es verdad que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato, la responsabilidad que de él deriva está limitada a las exigencias del orden público, tal como la tutela penal a cargo del Estado. Cabe distinguir que la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares y su objeto es la reparación del daño en provecho de la persona lesionada. Un hecho puede engendrar tanto responsabilidad civil como penal.

El delito de fraude, en los delitos contra el patrimonio, hace virtual referencia a un perjuicio patrimonial que se logra por medios engañosos –falseando la realidad de manera idónea, suficiente y apta para provocar error– los que actúan sobre la voluntad del perjudicado, determinando que este tome una resolución o decisión basada en el engaño. Se trata –fundamentalmente– del abuso de confianza o de procedimientos similares que emplea el sujeto activo del delito a efectos de dañar el patrimonio en cualquiera de sus elementos integrantes del defraudado quien se desprende, a favor del defraudador o de un tercero, de forma voluntaria de una parte o de todo su patrimonio. Esto lo hace de forma voluntaria, pero con un entendimiento y consentimiento que está viciado a causa del engaño y el error.

El artículo 76 del Código señala que la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros. Ninguno de estos, ni todos, tienen derecho al patrimonio, ni están obligados a satisfacer sus deudas. La persona jurídica es un ente idealmente construido a través del que se expresa una voluntad corporativa que es ajena a los individuos y/o individualidades que la conforman. Estos entes, para su

existencia y desenvolvimiento, están regidos por una serie de reglamentos y estatutos cuya violación trae consigo responsabilidades administrativas, civiles, penales o comerciales de sus integrantes en la medida que hayan llevado a las persona jurídica a desenvolverse al margen de estos.

Dentro de estas personas jurídicas pueden presentarse o aparecer comportamientos socialmente negativos que lleguen a lesionar bienes jurídicos de importancia, los cuales merecen tutela por nuestra legislación penal. Es así que surge el Derecho penal empresarial, rama del Derecho que incide en aquellas conductas lesivas que se generan a través de estas personas jurídicas y, para el caso que nos ocupa, de aquellas conductas fraudulentas que se cometen desde el interior de la sociedad por quienes desarrollan y asumen los órganos de gestión, de administración y de representación de las mismas. Nuestro Código Penal se ocupa de estas conductas en el artículo 198 bajo el nombre de delito de “fraude en la administración de personas jurídicas”.

El ámbito de protección que abarca este artículo está referido a los intereses patrimoniales de la sociedad y, por ende, de sus accionistas frente a sus representantes o administradores que pudieran abusar de su posición violando los deberes y poderes otorgados pudiendo generar daños a la persona jurídica, a terceros interesados o al Estado.

Toda persona jurídica implica un régimen de responsabilidad frente a terceros, imputable a la persona jurídica por su propia característica de ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Cuando las personas jurídicas perjudican con su accionar los derechos de terceros con base en conductas delictivas, fraudes a la ley o abusivas del derecho, desvían la causa natural, su objeto en sí, para el que fueron constituidas.

La persona jurídica puede ser utilizada para perjudicar a terceros, siendo los órganos de administración los responsables que sea utilizada para fines extrasocietarios, haciendo abuso de la institución para intereses personales con conductas engañosas y falsas que tengan por finalidad violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. En estos casos, debe imputarse de manera directa a los socios o a las personas que administran la persona jurídica tal conducta, debiendo estos responder de manera solidaria e ilimitada por los perjuicios que ocasionen.

24.11.El delito de fraude en la administración de personas jurídicas y el fraude societario para perjudicar la comunidad de bienes y el régimen alimentario

El delito de fraude en la administración de personas jurídicas está regulado en nuestra legislación penal en el artículo 198 del Código Penal⁽²⁰⁶⁾, en los siguientes términos:

(206) Texto modificado por el artículo 3 de la L. 28755 (DOEP., 6 de junio de 2006).

“**Artículo 198.-** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, director, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica, realiza, en beneficio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

- 1.- Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno auditor externo según sea el caso, o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables;
- 2.- Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica;
- 3.- Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones;
- 4.- Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito;
- 5.- Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes;
- 6.- Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor externo o interno, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica;
- 7.- Asumir préstamos para la persona jurídica;
- 8.- Usar en provecho, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica;
- 9.- Emitir informes o dictámenes que omiten revelar, o releven en forma distorsionada, situaciones de la falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está obligada a cumplir y que esté relacionada con alguna de las conductas tipificadas en el presente artículo”.

Este tipo penal tiene como bien jurídico tutelado el patrimonio societario así como las relaciones de confianza y honestidad entre los representantes y representados de una persona jurídica.

Mientras que los sujetos pasivos o autores de este delito solo pueden ser los que en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, director, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica realizan cualquiera de las conductas ilícitas detalladas en los ocho incisos referidos. Los sujetos pasivos son todas aquellas personas naturales y jurídicas que resulten afectadas por

las conductas ilícitas de los sujetos activos. El agraviado puede ser la persona jurídica administrada por el sujeto activo del delito o cualquier persona natural o jurídica que se vea afectada por estos actos delictivos.

El delito se presenta cuando el sujeto activo mediante acciones engañosas, dolosas y conscientes desarrolla cualquiera de las conductas detalladas en el artículo 198 con la finalidad de perjudicar a un tercero o a la persona jurídica en la cual ejerce un cargo gerencial, administrativo, de fundador, director, miembro del consejo de vigilancia y/o de auditor, con esto percibe y logra un beneficio indebido a su favor o a favor de tercera persona, lo que trae por consecuencia un perjuicio al patrimonio societario, al de sus accionistas o al de un tercero ajeno a la sociedad.

En las diversas modalidades que prevé el artículo 198 del Código Penal, este delito se comete dentro de una estructura societaria y solo pueden ser sujetos activos del mismo las personas que el tipo penal señala. Queda claro que el patrimonio afectado con las conductas previstas es el de los acreedores de la empresa, terceros interesados relacionados con estos, tales como los trabajadores, incluso familiares de los accionistas.

24.12. Conclusión

La teoría de la desestimación de la persona jurídica es un conjunto de remedios jurídicos mediante los que resulta posible prescindir de la forma de la sociedad con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios, en algunos supuestos, permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene su existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada.

Rolf Madaleno⁽²⁰⁷⁾ considera que en el campo familiar, el levantamiento del velo societario se torna un arma poderosa a favor de la parte débil de la relación que usualmente es víctima del fraude permitiéndose una verdadera “oxigenación del derecho societario” responsabilizando a quien la utiliza con mala fe. Con este preciso criterio consideramos que debe sancionarse el ejercicio abusivo del derecho a constituir sociedades mercantiles con el único fin de aprovechar su estructura jurídica para eludir la responsabilidad derivadas de relaciones familiares.

La teoría del *levantamiento del velo societario* deberá ser utilizada de forma diligente, cuidadosa y subsidiaria, *i.e.* como último remedio, siempre que no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales. La aplicación de esta doctrina debe respetar el legítimo derecho del socio a la limitación de responsabilidad, siempre que no se persiga un abuso de la forma societaria.

(207) Cit. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 265.

Entendemos que esta doctrina puede hacerse valer en cualquier procedimiento o fase del mismo y, por tanto, su realización será con la ejecución de sentencia. Incluso cabría la acción pauliana a fin de reintegrar los bienes y derechos de los que se dispuso.

En el Derecho comparado la doctrina cuenta con un abundante apoyo jurisprudencial y sólidas bases en el ordenamiento jurídico que permiten combatir ese uso antijurídico de la sociedad mercantil, es decir no solo debemos descubrir lo real (“levantar del velo”) sino también deshacer la ilegalidad que muestra tal realidad (“rasgar el velo”)⁽²⁰⁸⁾ cuando estén de por medio relaciones de orden familiar.

25. Prescripción adquisitiva familiar

Denominada usucapión familiar⁽²⁰⁹⁾, usucapión especial urbana por abandono de hogar conyugal⁽²¹⁰⁾, usucapión por morada⁽²¹¹⁾ o, simplemente, prescripción adquisitiva familiar. Se trata de un nuevo tipo de prescripción. Especial en atención a las relaciones familiares en general y, de las conyugales o de convivenciales, en específico.

Dice Kohl⁽²¹²⁾ que esta modalidad de *usucapion* tiene su origen en el Programa del Gobierno Federal de Brasil *Mi Casa, Mi Vida*. Se trata de un mecanismo de incentivo para la adquisición de inmuebles urbanos para familias de baja renta, generando seguridad jurídica y regularización inmobiliaria, además de proteger al cónyuge perjudicado por la ruptura de la sociedad conyugal o unión estable que reside en la propiedad.

Está regulada en el artículo 1240-A⁽²¹³⁾ del Código civil de Brasil con la siguiente redacción:

“Aquel que ejerce, por 2 (dos) años ininterrumpidos y sin oposición, la posesión directa, con exclusividad, sobre un inmueble urbano de hasta 250 m² (doscientos cincuenta metros cuadrados), cuya propiedad divide con su ex cónyuge o ex compañero que abandonó la casa, utilizado para su hogar o su familia, adquiere el dominio integral, siempre que no sea propietario de otro inmueble urbano o rural.

§ 1 ° El derecho contemplado en el título no será reconocido en el mismo poseedor más de una vez”.

(208) LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y EMILIO CAÑIZARES, Ricardo. “El levantamiento del velo en el Derecho de Familia”. Ob. cit.

(209) SIMÃO, José Fernando. “Usucapião familiar: problema ou solução? en: <http://www.professorsimao.com.br>, (01/10/2011).

(210) TARTUCE, Flávio. “Usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal”. En: <http://www.ibdfam.org.br>, acesso 01/11/2011. También en <http://www.flaviotartuce.adv.br>

(211) MARTELETO GODINHO, Adriano: “A nova modalidade de usucapião prevista pelo artículo 1.240-A do Código Civil”. En: <http://www.juristas.com.br> (01/11/2011).

(212) KOHL, Paolo Roberto. “Usucapião familiar”. En: <http://paulinhokohl.wordpress.com> (01/11/2011).

(213) L. 12.424/11, del 17 de junio de 2011, agrega un párrafo al artículo citado.

Como institución jurídica se deriva del derecho a la vivienda consagrado en el artículo 6 de la Constitución Federal de Brasil que, podríamos equipararla, con el artículo 10 de nuestra precedente Constitución de 1979⁽²¹⁴⁾ que se fundamenta en el derecho familiar de contar con una vivienda digna.

Esta norma protege a quien que se queda en la casa que sirvió de hogar de familia, confiriéndole el derecho de adquirirla vía prescripción por el abandono de su pareja. En general, está dirigida a las familias de bajos ingresos que no tienen propiedad alguna para vivir y coexistenciarse. Esta prescripción, al ser especial, no requiere de los requisitos *in genus* que el Código brasileiro exige para los casos comunes (arts. 1238, 15 o 10 años y 1239, 5 años) ni el Código peruano (art. 950, 10 o 5 años), teniendo su propia estructura legal y características propias.

Código Civil brasileiro	Código Civil peruano
<p>Prescripción adquisitiva familiar</p> <p>Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.</p> <p>§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.</p> <p>§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.</p>	<p>Prescripción adquisitiva de inmuebles</p> <p>Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquiere-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis.</p> <p>Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.</p> <p>Art. 950. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.</p> <p>Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.</p>
	<p>Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.</p>

(214) Constitución Política del Perú 1979, “Artículo 10. Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa”. La Constitución del 1993 no incluyó norma similar.

25.1. Estructura normativa

Analicemos la composición normativa de esta forma especial de adquirir propiedad sustentada en razones familiares:

1. *Aquel que ejerce.*

Se refiere a quien, en su calidad de excónyuge o exconviviente se le confiere un derecho real de origen familiar, esto es la prerrogativa de adquirir aquello que compartía con otro y que este último abandonó produciéndose, como consecuencia de ello, la disolución del matrimonio o extensión de la unión estable. La propiedad debe ser en común de la de la pareja, matrimonial o extramatrimonial. Entra en discusión si solo la heterosexual o, también la homosexual, situación que queda claro en Brasil es para ambas.

2. *Plazo.*

Se trata de plazo corto, mínimo, exiguo de dos (2) años.

Es el más breve dentro de todos los demás existentes para la prescripción adquisitiva, siguiendo la doctrina de los principios de protección de la familia y tendencia posmoderna de reducir plazos en la medida lograr prontas soluciones y dejar de lado inseguridades, tomando decisiones con mayor rapidez.

¿A partir de cuándo se cuenta el plazo?

Este aspecto se refiere al periodo a partir del cual debe contarse el plazo de dos años. La doctrina brasilera considera que no puede admitirse que las parejas que hayan tenido sus lazos afectivos extintos antes de la promulgación de la Ley puedan invocar la figura. Deben esperar el tiempo fijado, que será contado desde la entrada en vigencia de la ley. Solo después de la entrada en vigor de la norma, *i.e.* el 16 de junio de 2011, puede contarse el plazo legal requerido; lo contrario sería una inseguridad jurídica y la sorpresa del excónyuge o expareja a quien se le imputa el abandono de hogar⁽²¹⁵⁾.

El plazo para el ejercicio de este nuevo derecho debe ser contado por entero, desde el inicio de la vigencia del cambio legislativo, después de todo no deben cambiarse las reglas en medio de un partido⁽²¹⁶⁾.

3. Plazo ininterrumpido y sin oposición.

No solo basta el transcurso del tiempo sino que este debe ser continuo y pacífico, en respeto de los elementos propios de la prescripción.

(215) MARTELETO GODINHO, Adriano. "A nova modalidade de usucapião prevista pelo artigo 1.240-A do Código Civil". En: <<http://www.juristas.com.br>> (01/11/2011).

(216) EHRHARDT JR, Marcos: "Temos um novo tipo de usucapião criado pela Lei 12.424/2011. Problemas à vista". En: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br>> (aceso 01/06/2011).

4. Posesión directa y con exclusividad.

Aquel que la ejerce la usucapión debe estar viviendo en el inmueble, usándolo como casa habitación.

5. Inmueble urbano de hasta 250 m².

Solo se refiere a bienes inmuebles urbanos, no a los rurales que son utilizados para el trabajo. Con ello se busca proteger la vivienda familiar, se privilegia al lugar donde se lleva a cabo la vida de familia.

En cuanto a la medida o área, esta es la mínima como referencia para una vivienda digna.

6. Propiedad dividida con su excónyuge o excompañero.

Se trata de un bien que ambos comparten como titulares, copropietarios son del mismo. No es un bien social ni de la comunidad de bienes matrimonial o convivencial. Es en este punto que empieza la discusión. La propiedad que antes fue social, en virtud del régimen de comunidad de bienes generado de la sociedad de ganancias, pasa a ser de ambos, en copropiedad, como consecuencia del acabamiento legal de la pareja sea decretado el divorcio o por acabamiento de la unión estable.

¿Se trata de un bien en copropiedad o un bien social?

Copropiedad. El solicitante debe ser codueño de la propiedad, junto con su *ex*. Antes fueron comunes, cuando vigente estuvo la comunidad de bienes, pero que con su extinción terminan siendo cotitulares de derechos y acciones, copropietarios.

La norma permite la adquisición de la parte ideal que pertenece al *ex* cónyuge o *ex* pareja que haya abandonado la casa, tornándose el interesado que permanece en posesión de la vivienda en propietario exclusivo⁽²¹⁷⁾. En su sentido literal, el plazo solo será de aplicación desde el momento del divorcio o extinción de la unión estable, momentos estos en los que cesa la existencia de la entidad familiar tornando a sus miembros en *ex*.

Por ejemplo, si una pareja está casada a pesar de la separación de hecho y abandono no puede ordenarse la prescripción en la medida que no hay disolución del matrimonio, que es lo que permite a las partes a calificar como los *ex* cónyuges o *ex* convivientes si existió la correspondiente extinción de la unión estable⁽²¹⁸⁾. De forma similar, si una pareja casada con separación de bienes adquieren un bien este será en copropiedad lo que podría ser usucapido una vez decretado el divorcio por abandonado.

(217) MARTELETO GODINHO, Adriano: "A nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil". Ob. cit.

(218) Ídem.

Bien social. Un sector de la doctrina considera que si el cónyuge o pareja, bajo un régimen de comunidad, compra una propiedad después del matrimonio o inicio de la unión estable, siendo este común puede ser usucapido por cualquiera de ellos. En resumen, en la comunidad entre cónyuges la prescripción familiar puede también ocurrir.

Restricción. En la propiedad ajena no se aplica este dispositivo. No se acepta la usucapición de bienes que no sean propiedad de los cónyuges o parejas. Si una pareja invade una propiedad, entiéndase esta de terceros, cumpliendo todos los requisitos para la adquisición por prescripción común, aunque exista abandono de uno de ellos de la propiedad por más de 2 años, el derecho de usucapición será de ambos, no solo de aquel que estaba en la posesión directa e inmediata de la propiedad.

Un caso para análisis sería aquel en el que Juan casado con María adquieran la propiedad de José y dejen de cancelar el precio sin que José nada haga al respecto. Después de 5 años, Juan y María podrán usucapirlo. Por otro lado, para que Juan o María adquieran por prescripción la mitad del bien que al otro pertenece, requieren que transcurra solo 2 años después que se haya decretado el divorcio por abandono, pudiendo accionar aquel que se queda en el bien.

Divorcio o unión estable extinta. Dice la norma, con poco tecnicismo, cuya propiedad divide con su *excónyuge o excompañero*. Tómese nota que la preposición *ex*, quiere decir que fue, que ha dejado de ser, en este caso cónyuge o conviviente. El mero hecho de la separación de la pareja no es suficiente para que la aplicación de la norma. Se requiere la sentencia de divorcio o acreditar la extinción de la unión estable. Es imposible contar el periodo de prescripción adquisitiva de dominio durante el plazo de la sociedad conyugal. Se trata de una institución que solo opera post matrimonio o convivencia.

Debe, en primer lugar, decretarse el divorcio y poner fin al matrimonio para que pueda atribuirse la calidad de *excónyuge* permitiéndose, ahora sí, la discusión sobre la usucapición. Pero ¿habrá sido esta la intención del legislador? Es posible que sí, en razón que no puede ejecutarse entre los cónyuges los plazos para la prescripción, sea adquisitiva o extintiva (art. 197, I⁽²¹⁹⁾ Código Civil brasileiro); resulta imposible contar el periodo de prescripción adquisitiva de dominio durante el plazo de la sociedad conyugal. En teoría se trata de una institución solo entrará en vigor después del divorcio, en caso de matrimonio⁽²²⁰⁾.

7. Abandono de la casa.

Es el factor preponderante para la incidencia de la norma sumado al establecimiento de la morada con posesión directa.

(219) Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal.

(220) MARTELETO GODINHO, Adriano. "A nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil". Ob. cit.

Importante es la trascendencia del verbo *abandonar*, dejar algo de forma unilateral.

La aplicación de la usucapión familiar solo se admite en casos de abandono del hogar, esto es voluntario o injustificado –caracterizándose como una infracción de los deberes conyugales– so pena de causar un grave daño al excónyuge o excompañero que contribuyó en la adquisición del bien^{(221) (222) (223)}.

Como cualquier modalidad la usucapión familiar requiere que el propietario deje de practicar actos que le son inherentes como el uso, goce o reivindicación. El abandono debe ser entendido en un doble contexto (i) *familiar*, como un alejamiento y finiquitación de la vida en común, y; (ii) *real*, como una efectiva falta de ejercicio de actos posesorios.

Si el cónyuge o pareja que no reside en el inmueble lleva a cabo una acción dirigida al mantenimiento de la propiedad no se configurará el abandono. Ejemplos clásicos son cuando un cónyuge que propone medidas frente a un arrendamiento unilateral del otro o le exige compartir el bien común. No habría abandono cuando exista una justificación, (i) retiro del hogar por trabajo, estudio, salud y demás (ii) frente a las medidas de protección inmediatas adoptadas en casos de violencia familiar, como es, el pedido a solicitud de la víctima, del retiro del agresor del domicilio (art. 7A)⁽²²⁴⁾.

La separación de hecho permite el punto de partida del plazo de prescripción familiar desde que se constituye el abandono, siendo una forma de reconocimiento del final de la sociedad conyugal y del régimen de bienes.

Culpabilidad. La culpa en el abandono del hogar es relevante. Su prueba es de difícil constatación e interfiere directamente en el destino del bien de la pareja. Sin embargo, este nuevo tipo de prescripción es ventajosa para el cónyuge o pareja desamparada extinguiendo el régimen de comunidad de bienes; por otro lado, puede intensificar aún más los conflictos patrimoniales entre los excónyuges o compañeros frente a la necesidad de demostrar la responsabilidad del abandono del hogar⁽²²⁵⁾.

Protege al cónyuge inocente. La norma protege al cónyuge inocente en la ruptura de la relación matrimonial. Sin embargo, este instituto puede generar mayor estímulo de la pareja en la disputa patrimonial y la comprobación de la responsabilidad

(221) KOHL, Paolo Roberto. “Usucapião familiar”. Ob. cit.

(222) MARTELETO GODINHO, Adriano. “A nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil”. Ob. cit.

(223) KOHL, Paolo Roberto. “Usucapião familiar”. Ob. cit.

(224) L. 26763, Modifican la Ley de protección frente a la violencia familiar.

(225) DE FARIA, Iracema Elis. “Nova Lei sobre usucapião precisa de jurisprudência”. En: Revista *Consultor Jurídico*. 04/09/2011.

del abandono del hogar, situación contraria en estos tiempos en los que se predica la extinción de la culpa en la ruptura de la relación^{(226) (227)}, como hemos referido.

Es considerado como una sanción. Siendo la propiedad adquirida por la pareja como resultado de esfuerzos conjuntos, el derecho de usucapión reconoce el derecho al cónyuge que permanece en posesión del inmueble constituyendo un castigo para el cónyuge o pareja que abandona a la familia⁽²²⁸⁾.

8. Utilizado para su hogar o su familia.

El inmueble a ser usucapido debe ser usado para fines de morada propia o de la familia; servir de vivienda, de casa habitación en la que se haya constituido la relación conyugal de allí la característica adicional que se trate de un inmueble urbano sobre el que se tenga la posesión directa y exclusiva.

9. Adquiere el dominio integral, siempre que no sea propietario de otro inmueble urbano o rural.

Como derecho no será reconocido a un mismo titular más de una vez. Es un derecho ejercitable una sola vez. Esto quiere decir, a mayor abundamiento, que el poseedor no debe tener otro inmueble lo que, como dice Tartuce⁽²²⁹⁾, está en sintonía con la protección de la morada como factor de *piso mínimo de los derechos o derecho al patrimonio mínimo*.

Por ejemplo. Una mujer casada permanece en el inmueble común en el que se constituyó la residencia familiar mientras que su marido de forma voluntaria se retira de él formando una nueva familia. Luego de dos años de abandono, y decretado el divorcio, la mujer cumple los requisitos para la prescripción familiar. Siendo propietaria del bien, por sentencia que declara la prescripción, puede venderlo y así lo hace. Luego la mujer se casa nuevamente y surge la misma situación. El nuevo marido abandona la propiedad que ambos adquirieron. La pregunta es ¿Puede ella dos años más tarde promover la acción de prescripción familiar? De acuerdo con el dispositivo, habiendo ella utilizado la usucapión familiar anteriormente, solo podrá usucapir por otra modalidad, es decir por usucapión común, en razón que su derecho de usucapión familiar caducó.

25.2. Instituciones afines

Esta institución tiene similitud con otras figuras civiles de nuestro Código civil peruano que conforman el derecho expectante de viudedad tales como el

(226) KOHL, Paolo Roberto. "Usucapião familiar". Ob. cit.

(227) MARTELETO GODINHO, Adriano. "A nova modalidade de usucapião prevista pelo artículo 1.240-A do Código Civil". En: <<http://www.juristas.com.br>> (01/11/2011).

(228) DE FARIA, Iracema Elis. "Nova Lei sobre usucapião precisa de jurisprudência". En: *Revista Consultor Jurídico*. 4 de setiembre de 2011.

(229) TARTUCE, Flávio. "Usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal". En: <<http://www.ibdfam.org.br>> (acceso: 01/11/2011).

Derecho de preferencia de la casa habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar (arts. 323 y 345 A), el Derecho real de habitación (art. 731) y el Derecho de usufructo de la casa habitación (art. 732) que analizaremos en el punto siguiente.

25.3. Conclusión acerca de esta forma de usucapión

Esta institución está orientada a la protección de la familia y la vivienda en la que se conforma el hogar. El espíritu es proteger la propiedad conyugal frente a los actos de aquel que la abandona dándosele preferencia al que se queda al cuidado del inmueble.

La idea que orienta esta nueva forma de prescripción es permitir que un ex-cónyuge o expareja oponga al otro la pretensión de usucapir la parte que le pertenece. Por tanto, aquel que sigue viviendo en la propiedad abandonada por el otro pasará a titularizar la integridad de la propiedad, antes mantenida en copropiedad.

Esta nueva categoría es elogiada por tentar resolver innumerables situaciones que surgen de la práctica. Común es que el cónyuge que tome la iniciativa de poner fin a la relación abandone la casa, dejando el dominio al otro. Como generalmente sucede el exconsorte no pretende solucionar el tema de la propiedad del bien, por lo que nueva usucapión acaba siendo la solución.

Es ventajosa al responder de forma adecuada al cónyuge o pareja indefensa, permitiéndole la adquisición de la propiedad de la parte del patrimonio del abandonante del hogar familiar. La medida termina con el régimen de copropiedad que, hasta entonces, correspondía conjuntamente a dos personas que ya no mantenían la calidad ni de casados ni de parejas. Sin embargo, la medida podría contribuir a nuevos conflictos de pareja, en razón que esta forma de prescripción adquisitiva supone el abandono del hogar, requisito que debe ser probado por la parte y aprobado por el juez, previo proceso judicial. Estas batallas legales que se pretenden imputar a un miembro de la familia tienden a ser más turbulentas al discutirse el abandono del hogar como una nueva hipótesis para la adquisición de bienes por prescripción.

Al final de cuentas, si de patrimonio se trata, lo más razonable es adjudicárselo a quien lo tiene.

26. Derecho expectante de viudedad

También llamado derecho de supervivencia o derecho de predetracción del cónyuge supérstite.

Son tres estas instituciones:

- Derecho de preferencia de la casa habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar (arts. 323 y 345 A).

- Derecho real de habitación (art. 731).
- Derecho de usufructo de la casa habitación (art. 732).

Veamos las semejanzas y diferencias:

Derecho de preferencia de la casa habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar	Derecho real de habitación	Derecho de usufructo de la casa-habitación
<p>Es un derecho autónomo.</p> <p>Es el derecho de preferencia del viudo/a, presente o abandonado/a respecto de la casa-habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar cuando la sociedad de gananciales fenece por muerte, declaración de ausencia o separación de hecho con la obligación de reintegrar el exceso de valor si lo hubiera (arts. 323, 345 A).</p> <p>Esta entrega se efectúa con cargo a los gananciales que le corresponderán y, en caso de muerte de uno de los cónyuges, respecto a sus derechos por concepto de legítima; de esta manera, el reintegro del exceso de valor se realizará con bienes propios del beneficiado. (art. 323).</p>	<p>Es un derecho autónomo.</p> <p>Es el derecho del viudo/a de habitar vitalicia y gratuitamente en la casa dónde existió el hogar conyugal cuando concurre con otros herederos y sus derechos por legítima y gananciales no alcanzaren el valor para que le sea adjudicada la casa.</p> <p>Este derecho recaerá sobre la diferencia entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales; afectando la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos (art. 731).</p>	<p>Es un derecho complementario al Derecho real de habitación.</p> <p>Es el derecho del viudo/a conferido con autorización judicial de la casa-habitación siempre que no estuviere en situación económica para sostener sus gastos. Esto le permitirá percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario.</p> <p>En caso de extinguirse el arrendamiento, el viudo/a podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación (art. 732).</p>
<p>Mientras la casa-habitación esté afectada por los derechos de habitación o de usufructo tendrá la calidad legal de patrimonio familiar.</p>		

En España se regula el denominado ajuar conyugal (art. 1321) como una atribución *ex lege* en favor del viudo respecto de la ropa, mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual de los esposos, los que no serán computados en su haber, no forma parte del caudal hereditario, ni debe computarse a efectos sucesorios.

Solo es una mera consecuencia de la liquidación del régimen económico a causa de la muerte de uno de los cónyuges⁽²³⁰⁾.

(230) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 157.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código civil peruano*. Segunda reimpresión, Ediciones Legales, Lima, enero de 2010.
- ALCA ROBLES, Wuilber Jorge. “Sistema de transferencia de bienes sociales por uno de los cónyuges en el actual registro de predios”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 209, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Tratado práctico de la capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1935.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de família*. Lumen, Rio de Janeiro, 2010.
- ARTIEDA ARAMBURÚ, Rafael. “La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú”. En: *Advocatus*, N° 22, Lima, 2010.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código civil peruano de 1984*. Tomo VII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2007.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Inventario valorizado de los bienes de la sociedad”. En: *Código civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edic., Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Representación unilateral de la sociedad conyugal”. En: *Código civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edic., Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Los bienes en el matrimonio”. En: *La familia en el Derecho peruano*. Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1990.
- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- BARROS, Enrique. “Por un nuevo régimen de bienes en el matrimonio”. En: *Revista de estudios políticos*, N° 43, 1991, pp. 139-166. Cit. RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*. Tomo I, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- BELLUSCIO, César Augusto. “Regímenes matrimoniales”. En: *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XXIV, Driskill, Buenos Aires, 1979.
- BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. En: < www.google.com/books > (08/07/2011).
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2ª edición, Forense Universitaria, Rio de Janeiro, 2006.

- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BURGÉS GREZ, Lilián. *Regímenes matrimoniales en el Derecho comparado latinoamericano*. Universidad de Chile, 1966.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal*. Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- CABRILLAC, Rémy. *Les régimes matrimoniaux*. Montchrestein, Paris, 2002.
- CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. En: *Revista institucional*. N° 9, Tomo I, artículos y ensayos, Academia de la Magistratura, Lima, julio 2010.
- CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Analizando el análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho*. 1ª edición, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004.
- CORTÉS, Milcíades: s/t, *Revista jurídica del Externado de Colombia*, Bogotá, 1943.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987.
- CORDERO ALVARADO, Rosaura. *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, San José de Costa Rica, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo Augusto. “El Alter Ego en sociedades de capital”. En: *La Ley*, 2009-B.
- EL DERECHO EDITORES. *Regímenes económicos matrimoniales*. 1ª edición, Grupo El Derecho y Quantor, Madrid, octubre 2010.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª edición, Rhodas, Lima, octubre de 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed., 3ª tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y ALCÁNTARA, Francia. “Obligación de sostener a la familia”. En: *Código civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 1ª edic., Gaceta Jurídica, Lima, junio 2003.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho civil*. Tomo I, Imprenta y litografía Universo, Valparaíso.
- GAJST, Ignacio Fabián. “Teoría de la penetración societaria”. En: *La Ley*, 1991.

- GÓMEZ, José J. *Régimen de bienes del matrimonio*. Temis, Bogotá, 1961.
- GUERRA CERRÓN, María Elena. *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Grijley, Lima, 2009.
- *International Encyclopaedia of Law*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, January, 1997.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Liquidación del régimen patrimonial”. En: *Código civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edic., Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2003.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LÔBO, Paulo. *Familias* (Direito civil). Saraiva, São Paulo, 2008.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. 1ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
- MARTINI, Mónica Patricia. *El indio y los sacramentos. Circunstancias adversas y malas interpretaciones*. Prhisco, CONICET, Lima, 1993.
- MARCANTÔNIO, Roberta. “Abuso no direito de família”. En: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 15, Abr/maio: Magister, Porto Alegre, 2010, pp. 51-85.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y DÁNTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: parte general, 40ª edición, revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Tomo II, Contratos fraudulentos, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2001. Cit. por MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Livraria do advogado editora, Porto Alegre, 2007.
- MURO ROJO, Manuel. *Representación legal de la sociedad conyugal, Código civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edic., Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007.
- NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no Direito do Trabalho*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.

- OLIVEIRA, Avenir Passo de. *Ação civil pública contra a Encol*. Jus Navigandi, Teresina, año 3, 1998.
- OMEBA: Enciclopedia Jurídica, Editorial Dikinson, Buenos Aires, 1978.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*. Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2002.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa, Lima, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. V, 14ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Teoría del levantamiento del velo societario: ¿Es aplicable en el Derecho peruano?*, disponible en: <<http://www.teleley.com>>, (14/09/2011).
- RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo I, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- RÍPODAS ARDANAZ, Daisy. *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Fecic, Buenos Aires, 1977.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. 14ª edición, Editora Mobil Libros, Caracas, 2001.
- STONE, Lawrence. *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 9ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, 2006.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario Jurisprudencial Civil*. Grijley, Lima, 2008.
- VALVERDE, Emilio. *El Derecho de familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1942.

- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Vol. VI, Direito de família, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 2007.
- VERÓN, Alberto Víctor. “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”. En: *La Ley*, 10/08/2011.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998.

**CAPÍTULO
TERCERO**

**SOCIEDAD DE
GANANCIALES**

CAPÍTULO TERCERO

SOCIEDAD DE GANANCIALES

I. Consideraciones Generales. 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Denominación. 4. Definición. 5. Características. 5.1. Sociedad sin personería jurídica propia. 5.2. Régimen mixto. No es un régimen puro de comunidad de bienes.. 5.3. Comunidad de bienes. 5.4. Régimen supletorio. 5.4.1. Régimen único aplicable a las uniones estables propias. 5.4.2. Titularidad de los bienes propios. 5.4.3. Actos de administración y disposición de los bienes propios. 5.4.4. Titularidad de los bienes sociales. 5.4.5. Actos de administración y disposición de bienes sociales. 5.4.6. Deudas propias. 5.4.7. Deudas sociales. 6. Naturaleza jurídica. 6.1. Teoría de la comunidad considerada propiedad del marido. 6.2. Teoría de la comunidad de bienes romana. 6.3. Teoría de la sociedad civil. 6.4. Teoría de la persona jurídica. 6.5. Teoría de la comunidad de bienes alemana o de la *gesammtehand*. 6.6. Teoría del patrimonio autónomo. 6.7. Régimen de comunidad de bienes y la sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico peruano. 7. Fenecimiento. 7.1. Fenecimiento ordinario. 7.1.1. Invalidez de matrimonio. 7.1.2. Divorcio. 7.1.3. Muerte. 7.2. Fenecimiento extraordinario. 7.2.1. Sustitución de régimen patrimonial. 7.2.2. Separación de cuerpos. 7.2.3. Declaración de ausencia. 7.3. Efectos. 7.3.1. Entre los cónyuges. 7.3.2. Respecto de terceros. 7.4. Finalidad. 7.5. Liquidación. 7.5.1. Definición. 7.5.2. Formas. 7.5.2.1. Privada. 7.5.2.2. Judicial. 7.5.2.3. Mixta. 7.5.3. Pasos. 7.5.3.1. Inventario. 7.5.3.1.1. Preferencias. 7.5.3.2. Valorización. 7.5.3.3. Gananciales. 7.5.4. Reglas para casos especiales. 7.5.4.1. Separación de hecho. 7.5.4.2. Sociedades de gananciales sucesivas. 7.5.4.3. Comunidad postmatrimonial o postganancial. 7.5.4.4. Transferencia como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales - Criterio Sunarp. 7.6. Re-compensas. 7.6.1. Denominación y concepto. 7.6.2. Acreedores y deudores. 7.6.3. Momento a aplicarse. 7.6.4. Base legal. 7.6.5. Finalidad. 7.6.6. Propuesta legislativa. II. Activos. 8. Régimen de bienes. 8.1. Bienes propios. 8.1.1. Bienes que se aporte al iniciarse el matrimonio. 8.1.2. Bienes adquiridos durante el matrimonio cuando la causa es anterior a la celebración del mismo. 8.1.3. Bienes adquiridos a título gratuito. 8.1.4. Indemnizaciones por responsabilidad civil. 8.1.4.1. Derechos de autor e inventor. 8.1.5. Bienes para el trabajo o profesión. 8.1.6. Acciones y participaciones de sociedades distribuidas gratuitamente. 8.1.6.1. Introducción. 8.1.6.2. Supuesto normativo. 8.1.6.3. Principios en juego. 8.1.6.4. Las acciones como bienes propios. 8.1.6.5. Las acciones como bienes comunes. 8.1.6.6. Divorcio, liquidación de gananciales y participaciones. 8.1.6.7. Conclusiones. 8.1.7. Renta vitalicia. 8.1.8. Bienes de uso personal (art. 302, inc. 9). 8.1.9. Administración. 8.1.10. Excepciones. 8.1.11. Disposición. 8.1.12. Irrenunciabilidad de actos de liberalidad. 8.1.13. Disposiciones excesivas. 8.2. Bienes sociales. 8.2.1. Determinación. 8.2.1.1. Abierta. 8.2.1.2. Taxativa. 8.2.1.3. Presuncional. 8.2.1.3.1. Presunción muciana concursal. La quiebra y concurso.. 8.2.2. Titularidad. 8.2.3. Administración. 8.2.3.1. Administración ordinaria. 8.2.3.2. Administración extraordinaria. 8.2.4. Disposición. 8.2.4.1. Supuesto legal. 8.2.4.2. Análisis. 8.2.4.3. Consecuencias. Teorías acerca de la disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges. 8.2.4.3.1. Ineficacia del acto jurídico. 8.2.4.3.2. Acto jurídico nulo. 8.2.4.3.3. Abuso de derecho. 8.2.4.3.4. Tesis de la apariencia. 8.2.4.3.5. Propuesta de reforma. 8.2.4.3.6. Derecho comparado. 8.2.4.4. Excepción. Actos de disposición o gravamen. 8.2.5. Adquisición y estado civil. 8.3. Bienes especiales. 8.3.1. Titularidad conjunta de bienes gananciales. 8.3.1.1. Concepto. 8.3.1.2. Naturaleza jurídica. 8.3.1.3. División de condominio. 8.3.2. Bienes adquiridos mediante precio aplazado. 8.4. Contratos entre cónyuges. 8.4.1. Antecedentes. 8.4.2. Estructura normativa. 8.4.3. De la prohibición. 8.4.4. Finalidad. 8.4.5. Mutuo conyugal. Contrato permitido. 8.4.6. Situación actual. 8.4.7. Derecho comparado. 8.4.8. Conclusión. III. Pasivos. 9. Régimen de obligaciones. 9.1. Responsabilidad patrimonial por deudas. 9.2. Obligaciones privadas a cargo de los bienes propios de los cónyuges. 9.2.1. Deudas privadas exclusivas. 9.2.1.1. Deudas privadas contraídas con anterioridad al régimen de sociedad de gananciales contraídas en interés exclusivo del deudor. 9.2.1.2. Deudas personales contraídas dentro de la vigencia de la Sociedad de Gananciales contraídas en interés exclusivo del deudor.

9.2.1.3. Responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges. **9.2.2.** Deudas privadas compartidas o generadoras de responsabilidad subsidiaria. **9.3.** Obligaciones a cargo de los bienes sociales. Deudas sociales. **9.3.1.** Cargas sociales. **9.3.1.1.** El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes. **9.3.1.2.** Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas. **9.3.1.3.** El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges. **9.3.1.4.** Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afectan. **9.3.1.5.** Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este. **9.3.1.6.** Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afectan. **9.3.1.7.** Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que corresponda. **9.3.1.8.** Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge. **9.3.1.9.** Los gastos que cause la administración de la sociedad. **9.3.2.** Cargas y deudas. **9.3.3.** Deudas sociales stricto sensu. **9.3.4.** Responsabilidad patrimonial por deudas derivadas de deudas sociales. **9.3.5.** Modulación de responsabilidad por deudas comunes.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Introducción

La sociedad de gananciales es el principal y más antiguo régimen patrimonial aplicable al matrimonio y las uniones estables. Es, dentro de los tipos de comunidad, el más difundido en el Derecho comparado por su mayor ductilidad y su mejor adecuación a la comunidad de vida que implica el matrimonio⁽²³¹⁾. Casi por regla general funciona como supletorio en el Derecho comparado. Se trata de un régimen que no encuentra tratamiento uniforme en la normativa, doctrina ni jurisprudencia por la diversidad de formas como se presenta.

En el ordenamiento jurídico peruano la sociedad de gananciales opera en la comunidad de bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio así como sobre las rentas y frutos de los bienes personales, jurisdiccionalmente se ha dicho que: “La sociedad de gananciales está compuesta de bienes propios y bienes sociales, siendo estos últimos todos aquellos objetos corporales o incorporeales que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aún después de la disolución por causa o título anterior a la misma (...)”⁽²³²⁾.

Como veremos en este estudio, se trata de una forma de sociedad de gananciales dentro de las variadas existentes.

2. Concepto

El matrimonio implica la unión de dos personas que se da en el plano espiritual y material. La sociedad de gananciales está adaptada a este concepto y la finalidad básica del matrimonio es la de compartir. Compartir los bienes, propios y

(231) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 152.

(232) Cas. N° 1895-98-Cajamarca, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, 22/07/1999, p. 3103.

comunes, que conformen un patrimonio especial, presentándose como un mecanismo de regulación⁽²³³⁾.

3. Denominación

Sociedad de gananciales, comunidad de gananciales, comunidad de ganancias, comunidad de bienes, sociedad conyugal, sociedad de bienes, régimen de conquistas (Navarra), sociedad conyugal tácita (Aragón).

4. Definición

La sociedad de gananciales es una comunidad de bienes aplicable al matrimonio compuesta por aquellos adquiridos a título oneroso por los cónyuges, por los frutos y productos de los bienes propios, correspondiéndoles a cada uno la gestión de su patrimonio y a ambos la del patrimonio social con base en el interés familiar. Con la disolución del matrimonio la comunidad se liquida adjudicando a cada cónyuge, en partes iguales y a título de gananciales, los bienes que quedasen luego de pagadas las cargas y deudas.

Es un régimen económico matrimonial que genera la comunidad de los bienes derivados de las ganancias y que les serán atribuidos a los cónyuges por mitad al disolverse el matrimonio.

5. Características

En nuestro medio goza de características que la hacen un régimen patrimonial especial, sui géneris.

5.1. Sociedad sin personería jurídica propia

La sociedad de gananciales no tiene una personería jurídica propia como un sujeto de derecho autónomo distinto de los cónyuges que la integran. Juan Espinoza considera que “(...) la sociedad conyugal, así como la unión de hecho, son otros centros de imputación de derechos y deberes. El artículo 65 del Código Procesal Civil, los define, a mi modo de ver, equivocadamente, como ‘patrimonios autónomos’, seguramente porque son patrimonios *distintos* de los que corresponden (ordinariamente) a sus titulares. Estos ‘patrimonios autónomos’, en realidad, corresponden a otras ‘colectividades unificadas’, *rectius*, sujetos de derecho, distintos de aquellos que (individualmente) los integran. La sociedad de gananciales no es más que el régimen patrimonial de la sociedad conyugal. Se observa cierta

(233) “La sociedad de gananciales se encuentra conformada por el conjunto de bienes sociales y bienes propios de cada cónyuge, constituyéndose en un mecanismo de regulación de dicho patrimonio”. Cas. N° 145-2001-Huánuco, *El Peruano*, 01/10/2002, p. 8832.

semejanza entre el régimen de la sociedad de gananciales con aquella figura de la propiedad en mano común⁽²³⁴⁾.

El actuar de esta sociedad supone, en principio, un proceder conjunto de los cónyuges que la componen. Pero sí representa un patrimonio autónomo de forma que tiene sus derechos y sus propias obligaciones, tal como ha considerado ciertos criterios jurisdiccionales: “La sociedad de gananciales está constituida por bienes sociales y bienes propios de cada cónyuge y constituye una forma de comunidad de bienes y no una copropiedad, en consecuencia; la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo, que no está dividido en partes alícuotas, y que es distinto al patrimonio de cada cónyuge que la integra, de forma tal que tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre bienes sociales, será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges”⁽²³⁵⁾.

5.2. Régimen mixto

No es un régimen puro de comunidad de bienes.

En este régimen patrimonial encontramos bienes privados y sociales cuyo titular es la sociedad conyugal. Asimismo, existen deudas u obligaciones privadas a cargo de cada uno de los cónyuges, y deudas u obligaciones a cargo de la sociedad conyugal o de los cónyuges en conjunto. Para Valverde⁽²³⁶⁾ la sociedad de gananciales es un régimen mixto intermedio de comunidad de gananciales en razón de que solo trasciende en algunos bienes, no todos, evitando caer en la universalidad que suprime los bienes propios.

5.3. Comunidad de bienes

Dentro de este régimen tenemos a la comunidad de bienes germana, denominada propiedad en mano común. Esta institución parte de una concepción colectivista o comunitaria: No es el derecho del individuo lo predominante sino el derecho del grupo. Bajo este régimen, la comunidad se considera como una situación permanente, estable y ventajosa para realizar determinadas funciones económicas⁽²³⁷⁾. Esta comunidad de bienes recae sobre un patrimonio y le corresponde un conjunto de derechos y obligaciones. Rige para el activo y el pasivo. No hay propiedad por cuotas sino solo un derecho de liquidación final. Dicen algunos autores que el acreedor no puede embargar cuotas porque ellas no existen y tendrá que

(234) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Sustitución del régimen de sociedad de gananciales”. En: *Ley del sistema concursal - Análisis exegético*. 1ª edición, Rhodas, Lima, abril de 2011, p. 1067.

(235) Cas. N° 3109-98, Cusco-Madre de Dios, *El Peruano*, 27/09/1999, p. 3582.

(236) VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1942, p. 430.

(237) ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. “Cuidado con lo que gasta su cónyuge”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 8, Gaceta Jurídica, Lima, enero-febrero de 1998, p. 204.

aguardar hasta la liquidación⁽²³⁸⁾. Al no existir cuotas ideales, el individuo no puede disponer ni gravar ya que el bien pertenece a la colectividad en mano común.

5.4. Régimen supletorio

Si los cónyuges no manifiestan expresamente el régimen patrimonial por adoptar se aplicará por ley la sociedad de gananciales. Este opera de manera forzosa a falta de voluntad. La voluntad es suplida por la ley imponiéndose este régimen legal.

Los cónyuges que originariamente o durante el transcurso de su vida desean apartarse de este régimen deberán manifestar su voluntad en tal sentido (art. 295). La sociedad de gananciales opera por *ministerio legis* en defecto de separación convenida o por deficiencia de esta. Lo primero, cuando no hay una opción expresa por algún régimen patrimonial; lo segundo, cuando el convenio matrimonial de pactado es inválido, sea por un defecto de forma o de fondo.

5.4.1. Régimen único aplicable a las uniones estables propias

Las reglas de las sociedades de gananciales regirán, en lo que fuera aplicable, a la comunidad de bienes que surge de la unión estable propia, *i.e.* de aquella unión estable que cumple con los requisitos legales para su reconocimiento jurídico pleno y cuyos miembros se encuentran en aptitud de contraer nupcias.

En nuestro medio el régimen patrimonial de las uniones estables propias es único y forzoso, no cabe la posibilidad de elección.

5.4.2. Titularidad de los bienes propios

En el ordenamiento jurídico peruano existe una relación taxativa de aquellos bienes considerados como propios o personales (art. 302). La propiedad y titularidad de estos corresponde a cada cónyuge, sin tener el otro participación alguna en dicha titularidad. El común denominador de esta enumeración cerrada de bienes es que no responde a un interés familiar o social sino a un exclusivo interés privado. Todos aquellos bienes no comprendidos en dicha enumeración serán sociales.

5.4.3. Actos de administración y disposición de los bienes propios

La regla es que respecto de los bienes propios cada cónyuge propietario conserva su libre administración, pudiendo disponer o gravarlos. La excepción es que se delegue la administración al otro.

Pero si no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo

(238) REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. "Cuando justos se casan con pecadores". En: *Ius et Veritas*. N° 15, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre de 1997, p. 173.

o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba (art. 305). Cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados por el otro, este tendrá las facultades inherentes a la mera administración, solo podrá realizar actos de conservación de los bienes propios del otro y a hacer que estos produzcan sus frutos, productos y percibirlos, con el propósito de atender al levantamiento de las cargas familiares. El cónyuge administrador queda obligado a devolver los bienes en cualquier momento con el solo requerimiento una vez desaparecida la causa que justificó la administración transferida (art. 306). La obligación de devolver los bienes propios contiene implícitamente de rendir cuentas e indemnizar por los daños causados por actos dolosos o culposos.

5.4.4. Titularidad de los bienes sociales

Ante la duda en la calificación de un bien como propio o social opera la presunción legal de sociabilidad o ganancialidad de los bienes, denominada presunción muciana.

La sociedad conyugal es titular de los bienes sociales bajo un régimen de propiedad en mano común. La propiedad de los cónyuges respecto de los bienes sociales no se encuentra representada en una parte alícuota o cuota ideal como ocurre en el régimen denominado en nuestro medio de copropiedad. La titularidad de los bienes sociales corresponde a la sociedad conyugal. Los cónyuges no van a poder ver concretado el porcentaje de titularidad que les corresponde respecto de los bienes sociales hasta que se extinga el régimen y se proceda a su liquidación.

5.4.5. Actos de administración y disposición de bienes sociales

La regla es que corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social⁽²³⁹⁾. La excepción que cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos (art. 313). La administración de los bienes sociales corresponde al otro en los casos de impedimento del cónyuge por interdicción u otra causa, si se ignora el paradero del cónyuge

(239) Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo distinto de un régimen de copropiedad, para realizar actos de administración de bienes sociales que la integran será necesario la voluntad coincidente de ambos cónyuges que constituya la voluntad de la sociedad de gananciales. Cas. N° 3109-1998, Código Civil en su Jurisprudencia. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 163.

o este se encuentra en lugar remoto y también, si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar⁽²⁴⁰⁾ ⁽²⁴¹⁾ (art. 314).

Respecto de la celebración de actos de disposición o gravamen de los bienes sociales es necesario contar con la manifestación de voluntad de ambos cónyuges, intervención del marido y la mujer, pudiendo cualquiera de ellos ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Se libera de este requisito a los actos de adquisición de bienes muebles los que pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges así como todos aquellos casos considerados en las leyes especiales (art. 315).

5.4.6. Deudas propias

Los cónyuges responden con sus bienes propios por las deudas contraídas a título personal y en interés privado no correspondiendo ser asumidas por la sociedad⁽²⁴²⁾. Sin embargo, el patrimonio social e incluso el patrimonio privado del cónyuge no deudor pueden subsidiariamente respaldar el cumplimiento de las deudas personales si es que se acredita el interés familiar con el que fueron asumidas.

5.4.7. Deudas sociales

Son aquellas relacionadas directamente con la satisfacción de las necesidades básicas de la familia y la conservación de su patrimonio. Los conceptos que nos llevan a tales obligaciones son las denominadas cargas sociales. El interés familiar en estos conceptos no necesita ser acreditado al estar implícito en tales compromisos que suponen las cargas sociales. También son consideradas deudas sociales aquellas contraídas por la actuación conjunta de los cónyuges en su correspondiente legitimidad para comprometer el patrimonio social⁽²⁴³⁾.

(240) La prescriptiva normativa que establece que si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar corresponde al otro la administración de los bienes sociales, no se refiere al abandono injustificado del hogar conyugal, sino se refiere al abandono del hogar simple, carente de las exigencias del instituto anterior, pero que posibilita lógica y acertadamente la administración de los bienes sociales por parte del cónyuge que no abandonó el hogar. Cas. N° 2703-2007-Arequipa, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 122, pp. 124-126.

(241) El cónyuge abandonado podrá dar en arrendamiento un bien social; no siendo, este hecho, considerado como un abuso de facultades. No existe abuso de facultades en la administración de los bienes comunes si la demandada arrendó el bien y usufructuó los ingresos provenientes del bien para poder subsistir, al haber sido abandonada por el demandante. Cas. N° 2240-2001-Lima 17/12/2001, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 126, p. 161.

(242) “Los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida solo por el marido, pues los bienes que integran la sociedad de gananciales pertenecen a la sociedad conyugal que es distinta a los cónyuges que la integran y es titular de un patrimonio que tiene la naturaleza de autónomo”. Exp. N° 1145 - 1994. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 199.

(243) “Que siendo ambos cónyuges sujetos pasivos de la relación procesal, pues aparecen como aceptantes y por ende obligados de las cambiales en cobranza, es procedente el embargo sobre los bienes sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil”. Exp. N° 1264-97, Res. del 16/01/1998, Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima.

El patrimonio social, y subsidiariamente los patrimonios privados de ambos cónyuges de acuerdo a sus posibilidades económicas, responden por estas obligaciones.

6. Naturaleza jurídica

La determinación de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales ha generado un sinnúmero de posiciones. Doctrinariamente encontramos distintas teorías que tratan de explicar qué es jurídicamente.

Siguiendo a Vaz Ferreira⁽²⁴⁴⁾, serían seis las principales teorías en torno a este tema:

6.1. Teoría de la comunidad considerada propiedad del marido

El marido es el único propietario de los gananciales debido a su amplitud de facultades en la administración y disposición de los bienes sociales. Se sustenta en la *potestad marital*.

6.2. Teoría de la comunidad de bienes romana

Es una indivisión de tipo romano siendo los gananciales un régimen de copropiedad.

Tiene su origen en una concepción individualista del mundo.

En la comunidad romana la titularidad se divide en participaciones correspondiéndole a cada quien una fracción (cuota ideal) de la que pueden disponer y gravar libremente.

La comunidad se concibe como algo puramente transitorio y en el fondo desventajoso por suponer siempre una fuente de conflictos⁽²⁴⁵⁾. En efecto, la comunidad romana es siempre incidental, *communio incidens*. El carácter transitorio que a la comunidad se atribuye facilita el camino para la desaparición de este estado, concediendo a cada comunero la posibilidad de salir en cualquier momento de ella mediante el reconocimiento de la llamada *actio communi dividundo*, la acción de división de la cosa común⁽²⁴⁶⁾.

Es un típico régimen aplicable para la regulación de la copropiedad en materia de Derechos reales.

(244) VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal*. Tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 217-240.

(245) ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. "Cuidado con lo que gasta su cónyuge". En: Ob. cit., pp. 203-204.

(246) *Ibidem*, p. 204.

En nuestro medio la Corte Suprema de Justicia consideró que:

“Si bien es cierto que ya el marido no representa a la mujer como lo establecía el Código Civil de 1936, por lo que ahora debe estarse a lo que dispone el artículo 292 del Código Civil de 1984, también es verdad que el esposo tiene la calidad de copropietario de los bienes inmuebles de la sociedad conyugal. Siendo esto así, resulta de estricta aplicación la norma contenida en el artículo 979, que establece que cualquier copropietario puede interponer, entre otras acciones, la de desahucio, siendo que en este caso, no es preciso que demanden los dos cónyuges”⁽²⁴⁷⁾.

Criterio este se fue ratificado por la Cas. N° 829-2001-Ica⁽²⁴⁸⁾ al permitir la inscripción de un embargo hasta el 50% del patrimonio social, protegiendo al acreedor, reservándose el remate hasta el fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Estos son criterios aislados, no unánimes, en el sentido que es mayoritaria la corriente que desconoce la categoría de copropiedad a la sociedad de gananciales:

- “El patrimonio que corresponde a la sociedad de gananciales se rige por las normas previstas en los artículos 301 y siguientes del Código Civil, y no por las reglas de la copropiedad; por lo que el gravamen efectuado a un bien social resulta ilegal, ya que estaría estableciéndose un nuevo mecanismo para disolver la sociedad de gananciales”⁽²⁴⁹⁾.
- “(...) En efecto, los bienes gananciales o sociales son aquellos que adquieren los cónyuges a título común, lucrativo u oneroso, durante la vigencia del matrimonio, de conformidad con los artículos trescientos diez y trescientos once del Código Civil y tiene fin cuando el régimen de sociedad de gananciales fenecce, de acuerdo a los artículos trescientos dieciocho, trescientos diecinueve, trescientos veintidós y trescientos veintitrés del mismo código; distinguiéndose de la copropiedad (...)”⁽²⁵⁰⁾.

6.3. Teoría de la sociedad civil

La comunidad existente entre los cónyuges es una simple sociedad civil. Es una doctrina que podría calificarse clásica siendo tomada en Alemania, Francia e Italia. La aproximación de la comunidad conyugal a la *societas omni um bonorum* fue familiar en los juristas antiguos.

(247) Exp. N° 2433-1990-Ayacucho, SPIJ.

(248) *El Peruano*, 02/12/2003.

(249) Exp. N° 1546-1998, Resolución del 30/07/1998, Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. *Código Civil Comentado*. Tomo II, 2ª edición, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 198.

(250) Cas. N° 3156-2001-Loreto. Sala Civil Transitoria. Corte Suprema, *El Peruano*, 01/07/2002, pp. 8941-8942.

6.4. Teoría de la persona jurídica

Fue construida para explicar por qué los acreedores de la mujer anteriores al matrimonio no podían perseguir los bienes comunes. Dichos bienes no serían, ni en todo ni en parte, propiedad de la mujer, como tampoco del marido. En consecuencia, integrarían una masa separada, una entidad con activo y pasivo propios que pertenecería a la comunidad erigida en un nuevo sujeto de derecho, con independencia y autonomía, con sus propios derechos y obligaciones.

6.5. Teoría de la comunidad de bienes alemana o de la *gesamtmtehand*

La comunidad conyugal sería una *Miteigentumzu Gesamtmtehand*, expresión alemana que puede traducirse como propiedad en mano común, cotitularidad. En esta comunidad de bienes no existen cuotas por partes ideales.

Aunque la doctrina ha sido bastante imprecisa para trazar sus perfiles pueden señalarse los siguientes rasgos esenciales:

- Es un patrimonio común, separado del resto; bienes que pertenecen a cada uno de los condóminos;
- El patrimonio está afectado a un objeto determinado;
- Los condóminos carecen de acción de división;
- Es una posición intermedia entre el derecho real de copropiedad y la personalidad jurídica.

Para Luciano Barchi⁽²⁵¹⁾, la sociedad de gananciales tiene la naturaleza de una comunidad germana (en mano común). Se constituye un patrimonio separado (bienes comunes) distinto al patrimonio propio de cada uno de los cónyuges (bienes propios). Marido y mujer son titulares cada quien de su patrimonio pero a la vez ninguno de ellos tiene derecho a una cuota que pueda ser objeto de enajenación, ni dar lugar a la acción de división.

El patrimonio conyugal está compuesto de dos partes:

Activa, conformada por bienes y derechos, y;

Pasiva, conformada por deudas u obligaciones.

En el patrimonio del régimen de sociedad de gananciales debe analizarse dentro, de la parte activa, los bienes involucrados y, dentro de la parte pasiva, las deudas contraídas en el marco del régimen⁽²⁵²⁾.

(251) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "La disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 90, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2001, p. 18.

(252) MESEGUER GÜICH, Diego. "Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedad de gananciales frente a las deudas sociales". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 18, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2000, p. 81.

En nuestro medio la Corte Suprema de Justicia consideró que:

“(…) Los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo distinto al patrimonio de cada cónyuge, y por lo tanto no está sujeto a un régimen de copropiedad, es decir, los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto a los bienes sociales, por ello es cuando se ejercita un acto de administración o de disposición de un bien social quien lo ejercita es la sociedad de gananciales e igualmente cuando acontece la liquidación de la sociedad de gananciales quien transfiere las ganancias a cada cónyuge es dicha sociedad y no se trata de una mutua transferencia de derechos entre cónyuges (...)”⁽²⁵³⁾.

6.6. Teoría del patrimonio autónomo

La sociedad conyugal constituye un patrimonio colectivo dotado de autonomía imperfecta que corresponde por cuotas ideales a cada uno de sus titulares a quienes les está prohibida la disponibilidad o afectación del derecho sobre la cuota misma. Los cónyuges tienen una *expectativa de derechos* que van a poder concretar recién con la liquidación del régimen. Se trata de un patrimonio autónomo indivisible cuyos titulares son los cónyuges que tienen atributos *sui generis* diferentes a aquellas que posee una persona cuya titularidad se rige por las normas de propiedad ordinaria⁽²⁵⁴⁾.

Es un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas⁽²⁵⁵⁾.

6.7. Régimen de comunidad de bienes y la sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico peruano

De acuerdo a las disposiciones de nuestro Código podemos descartar las cuatro primeras teorías. Solo ameritan analizarse las dos últimas, la teoría de la propiedad en *mano común* y la del *patrimonio autónomo*. Salvo estas dos, todas las demás carecen de aplicación aun cuando la jurisprudencia local –judicial y registral– haya dado a conocer algunas decisiones que aluden a una titularidad de derechos y acciones a favor de cada cónyuge cual si se tratara de un régimen de copropiedad regulado en el Libro de los Derechos reales.

Moisés Arata⁽²⁵⁶⁾ explica que la discusión actual en torno al tema está centrada en dos posiciones:

(253) Cas. N° 1895-1998-Cajamarca, 06/05/1999.

(254) CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María: “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. En: *Revista institucional*. N° 9, Tomo I, artículos y ensayos, Academia de la Magistratura, Lima, julio de 2010, p. 115.

(255) Cas. N° 2421-2002-La Libertad, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 11, mayo de 2006 - Consultas Jurisprudenciales. Cas. N° 3109-1998-Cusco-Madre de Dios, *El Peruano*, 27/09/1999, p. 3582.

(256) ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. “Cuidado con lo que gasta su cónyuge”. Ob. cit., p. 203.

- i) la primera, sostiene la existencia de una copropiedad especial cuyos caracteres particulares radicarían en la indivisión (no posibilidad de ejercitar el derecho de partición) así como en la afectación precisa a la que estarían sometidos los bienes a favor de ciertas cargas o deudas, y;
- ii) la segunda, establece la existencia de un patrimonio autónomo, distinto del privativo de cada cónyuge que comprende los bienes, cargas y deudas sobre las que debe responderse.

La sociedad de gananciales es una forma de comunidad de bienes, no una copropiedad. Constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas. Es distinto al patrimonio de cada cónyuge.

7. Fenecimiento

También conocido como disolución o extinción. Es la pérdida de vigencia del régimen económico del matrimonio. El fenecimiento de la sociedad de gananciales implica el término del régimen patrimonial. Se produce en los siguientes casos (art. 318):

- Invalidación del matrimonio.
- Separación de cuerpos.
- Divorcio.
- Declaración de ausencia.
- Muerte de uno de los cónyuges.
- Cambio de régimen patrimonial.

Estos pueden derivarse tanto de la disolución del vínculo matrimonial así como de supuestos en que manteniéndose el vínculo conyugal es necesario por la naturaleza de las circunstancias dar término al régimen patrimonial. A ellos hay que agregar el cambio que puede experimentar el régimen por la separación de patrimonios, sea que lo convengan los cónyuges, lo establezca el juez o por *ministerio legis*. Asimismo, dentro de los supuestos de fenecimiento de la sociedad de gananciales debe distinguirse dos grupos: el fenecimiento ordinario o normal y el fenecimiento extraordinario o excepcional.

Fenecimiento			
Matrimonio se disolvió	Ordinario	Extraordinario	Matrimonio existe
	Invalidez	Sustitución	
	Divorcio	Separación de cuerpos	
	Muerte	Ausencia	

7.1. Fenecimiento ordinario

También llamado fenecimiento normal. Si por el hecho de existir un matrimonio se constituye la sociedad de gananciales es lógico que esta termine cuando el matrimonio fenezca. Este fenecimiento ocurre regularmente por la muerte de uno de los cónyuges (art. 318, inc. 5). Pero la extinción del vínculo conyugal puede también ocurrir por otras causales: la invalidez o divorcio. En estos dos casos es obvio que la sociedad de gananciales no puede seguir subsistiendo, desde que el vínculo que le dio origen quedó inexistente o se disolvió (art. 318, incs. 1 y 3).

El fenecimiento regular abarca a todos aquellos supuestos de extinción del vínculo conyugal. Así pues, tenemos los siguientes supuestos:

7.1.1. Invalidez de matrimonio

La invalidez del matrimonio extingue la sociedad de gananciales y el vínculo conyugal en general. Deja insubsistente el vínculo matrimonial dando término a la sociedad de gananciales. Si se comprueba en el proceso y la sentencia que declara la invalidez del matrimonio reconoce la existencia de la buena fe en los cónyuges, estos conservarán su derecho a los gananciales procediéndose a la liquidación del régimen.

Demostrada la buena fe de uno de los cónyuges en la celebración del matrimonio queda por discutirse el destino de los gananciales que corresponderían al cónyuge que actuó de mala fe. Nuestro Código preserva los gananciales del cónyuge de buena fe sin señalar nada respecto de los gananciales que hubieran correspondido al cónyuge de mala fe.

Sobre la base del artículo 284 del Código: “El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio”. Una interpretación lógica nos lleva a determinar que el cónyuge de mala fe pierde los gananciales, sin embargo no se precisa el destino de estos ni a quien le serán entregados. Se precisa hacer una distinción sobre la situación del cónyuge de buena fe de la del malicioso.

Si medió mala fe en ambos cónyuges, y como esta circunstancia establece que el matrimonio invalidado no produzca efectos civiles, no surgirá el régimen de gananciales. Queda claro que la relación entre estos cónyuges será reconocida como una unión estable, procediéndose a su liquidación como un caso de división y partición de comunidad de bienes.

7.1.2. Divorcio

La sentencia de divorcio extingue el vínculo matrimonial y, en consecuencia, queda sin efecto la causa que originó el surgimiento del régimen patrimonial bajo el cual se rigieron los cónyuges durante la vigencia de la relación conyugal.

Igual como ocurre en el supuesto de la invalidez del matrimonio, la extinción del vínculo matrimonial por causal de divorcio determina el fenecimiento de la sociedad de gananciales al desaparecer la causa que originó su surgimiento. En este caso, el cónyuge culpable solo pierde los gananciales que procedan de los bienes propios del inocente, vale decir, de los frutos y productos de aquellos y, si se demostró la causal de abandono injustificado del domicilio conyugal, perderá también los gananciales proporcionalmente a la duración de la separación de hecho.

7.1.3. Muerte

La muerte extingue la sociedad de gananciales y el vínculo conyugal. La ley no hace distinción entre muerte física y legal, razón por la cual la muerte presunta debe ser considerada como causal válida para efectos del fenecimiento del régimen patrimonial. Además, debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 64 del Código cuando indica que la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido.

El reconocimiento de existencia del declarado muerto presunto no implica la revalidación del matrimonio extinto ni afecta al nuevo contraído.

7.2. Fenecimiento extraordinario

También llamado fenecimiento excepcional. Junto a los casos de terminación de la sociedad de gananciales por fenecimiento del matrimonio el Código contempla otros tres supuestos en que, subsistiendo el vínculo conyugal, finiquita el régimen de comunidad de gananciales (arts. 318, incs. 6, 2 y 4).

7.2.1. Sustitución de régimen patrimonial

El cambio o sustitución puede ser por decisión voluntaria de los cónyuges, supuesto en el que deberán otorgar escritura pública e inscribirla en el Registro Personal o, por sentencia judicial dentro de un proceso promovido a instancia del cónyuge perjudicado por el abuso, dolo, culpa del otro, sentencia que debe ser registrada.

Así también, de acuerdo al artículo 14.2 de la Ley General del Sistema Concursal - Ley N° 27809, el deudor que pretenda su sometimiento a un procedimiento concursal deberá sustituir su régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios⁽²⁵⁷⁾.

(257) “El artículo 14.2 de la Ley General del Sistema Concursal, establece que el deudor cuyo patrimonio se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales, deberá sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios. Esta exigencia constituye un requisito de admisibilidad para el caso del deudor que pretenda su sometimiento al procedimiento concursal ordinario, a diferencia del deudor emplazado, para quien constituye un requisito que debe satisfacer antes de la convocatoria a junta de acreedores que disponga la comisión”. Res. N° 0699-2004-TDC-INDECOPI, Exp. N° 005-2002-CRP.ODI-CUS.

7.2.2. Separación de cuerpos

Sea por causal o mutuo acuerdo. Suspendiéndose la vida en común, durante la cual estuvo en vigencia el régimen de gananciales obvio es que este no puede continuar, no obstante mantenerse el vínculo matrimonial. La separación de cuerpos extingue la sociedad de gananciales mas no el vínculo conyugal, sino que supone un decaimiento de este. La sociedad de gananciales fenece con la declaración de separación de cuerpos⁽²⁵⁸⁾.

Curiosa decisión jurisdiccional establece que: “Luego del fin del régimen patrimonial de sociedad de gananciales con sentencia firme que establece la separación de cuerpos, si los cónyuges se han reconciliado y han ostentado la posesión constante de casados, los bienes adquiridos durante ese lapso deben sujetarse al régimen de sociedad de gananciales”⁽²⁵⁹⁾.

7.2.3. Declaración de ausencia

La ausencia judicialmente declarada extingue la sociedad de gananciales mas no el vínculo conyugal. La concordancia entre la norma bajo estudio y las contenidas en los artículos 47, 49, 597, 638 y demás pertinentes del Código lleva a la conclusión de que, producida la desaparición de uno de los cónyuges, y en tanto no se pronuncie la declaración judicial de ausencia, los bienes del desaparecido quedan al cuidado de un curador interino a menos que exista un mandatario con facultades suficientes.

Declarado judicialmente el estado de ausencia fenece el régimen de gananciales y efectuada la liquidación del mismo el cónyuge presente asumirá el manejo de los bienes que le hayan sido adjudicados, en calidad de propios, bajo un régimen de separación de patrimonios. La parte correspondiente al ausente será entregada en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos (con las facultades y restricciones que precisan los artículos 50 y siguientes) si no hubieran herederos forzosos continuará en el ejercicio de sus funciones el curador interino.

La solución de la ley es curiosa por cuanto el cónyuge presente tendrá sobre su patrimonio las facultades y cargas propias del régimen de separación de bienes pero el cónyuge ausente no podrá ejercer aquellas ni cumplir estas estando su patrimonio sujeto, temporal y transitoriamente, sometido a un régimen sui géneris con un manejo ajeno a las normas del régimen patrimonial del matrimonio.

(258) Cas. N° 3819-2001-Ica.

(259) Cas. N° 2732-98-Lima. En: *Código Civil Comentado*. Derecho de Familia, Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 205.

Consecuencias comunes del fenecimiento de la sociedad de gananciales por ausencia o muerte

La ausencia y la muerte marcan a la sociedad de gananciales. A su fenecimiento por declaración de ausencia o muerte se generan dos grandes consecuencias a favor del cónyuge del ausente o el sobreviviente:

- Le corresponden los bienes del menaje ordinario del hogar (arts. 320 y 321).
- Se le otorga el derecho de preferencia de la casa habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, (art. 323).

7.3. Efectos

Producida las causales analizadas la ley gobierna cuidadosamente la cuestión de la fecha desde la cual surte efectos el fenecimiento del régimen de gananciales:

7.3.1. Entre los cónyuges

Se considera producido en la fecha de la muerte o de la declaración de ausencia de uno de los cónyuges.

Si el fenecimiento se ha producido a consecuencia de un proceso sobre invalidez del matrimonio, divorcio, separación de cuerpos o separación judicial de bienes produce efectos a partir de la notificación al otro cónyuge con la demanda respectiva, fecha esta que debe constar de forma clara y precisa en la sentencia respectiva para evitar problemas⁽²⁶⁰⁾. Esto tiene un doble objetivo: (i) evitar que, durante el proceso, el demandado pueda realizar actos o incurrir en omisiones que perjudiquen al demandante, y; (ii) establecer los efectos retroactivos de la sentencia de separación⁽²⁶¹⁾.

La jurisprudencia argentina va por ese sentido: “No habiendo mediado voluntad expresa de los cónyuges al momento de solicitar conjuntamente la transformación

(260) Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce, entre otras causales, en la fecha de la notificación de la demanda de separación de cuerpos, por lo que no apareciendo tal circunstancia, en el DNI, y la sentencia definitiva que declara extinguido el régimen patrimonial, no se puede precisar la fecha a partir de la cual deben producirse los efectos de dicho fenecimiento. Siendo esto así, tales documentos, no tienen mérito suficiente para amparar la rectificación de la partida registral, por cuanto ello implica dilucidarse en sede registral la calidad del bien propio o social del vehículo en cuestión, sin contarse los elementos necesarios. Resolución del Tribunal Registral del SUR N° 050-2002-ORRA-TRS, 12 de abril de 2002.

(261) “(...) El artículo 319 del Código Civil, establece como supuestos del fin de la sociedad de gananciales la notificación con la demanda de separación de cuerpos y los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333 del acotado Código, relativos al abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años y a la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, respectivamente; (...) Cuando la norma alude a la notificación de la demanda indicada es con el fin de establecer los efectos retroactivos de la sentencia de separación, mas no para dar por acreditado el fenecimiento de una sociedad de gananciales pues este solo se produce luego de amparada la demanda en referencia (...).” Cas. N° 3819-2001-Ica. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, *El Peruano* 03/02/2003, pp. 10105-10106.

del proceso, la disolución del régimen patrimonial, como consecuencia del divorcio vincular, debe retrotraerse al momento de la notificación de la demanda del divorcio controvertido. La doctrina sentada por el Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires parece ser la que mejor responde al funcionamiento y a la lógica del régimen de bienes²⁶².

Si el fenecimiento se ha producido en virtud del acuerdo voluntario de los cónyuges para reemplazarlo con uno de separación de patrimonios, la fecha desde la cual rige el fenecimiento es la de la escritura pública correspondiente.

7.3.2. Respecto de terceros

Para terceros el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción pertinente en el Registro Personal. La inscripción de la referida extinción del régimen patrimonial es lo que lo hace oponible *erga omnes*.

La jurisprudencia considera que inscripción de los actos que afectan el régimen patrimonial en el matrimonio es imprescindible para su vigencia²⁶³.

Fenecimiento		
Casos	Opera	
	Cónyuges	Terceros
Invalidación del matrimonio	Notificación de la demanda	Inscripción en el Registro Personal
Divorcio		
Separación de cuerpos		
Separación judicial de bienes		
Declaración de ausencia	Fecha consignada en la Resolución judicial	
Declaración de muerte presunta	Fecha del certificado médico	
Muerte	Fecha de la Escritura Pública	
Cambio de régimen patrimonial	Desde que se produce la separación	
Abandono injustificado		
Separación de hecho		

7.4. Finalidad

El fenecimiento tiene una doble finalidad:

- Poner fin a la sociedad de gananciales, y;
- Repartir sus ganancias, si las hubiera, después de deducidas las cargas y deudas sociales.

(262) SOLARI, Néstor E. "Sobre el efecto retroactivo de la sentencia en el régimen patrimonial del matrimonio". En: *La Ley*. Buenos Aires, julio de 2010, p. 621. Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires) - 14/04/2010 - R.S., M.C.c., J.C.

(263) Exp. N° 134-95-Lima. Vide TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario Jurisprudencial Civil*. Grijley, Lima, 2008, p. 645.

Frente a ello se crea un estado de indivisión postcomunitario en el patrimonio social. Los bienes que venían rigiéndose por las normas de la sociedad de gananciales quedan sujetos a las normas de la copropiedad.

De esta forma tenemos que los efectos del fenecimiento de la sociedad de gananciales depende de las (i) partes intervinientes, sea los cónyuges o terceros o, del (ii) acto que genera el fenecimiento.

Es de tenerse en especial cuenta que el fenecimiento de la sociedad de gananciales por divorcio no significa que a cada cónyuge le corresponda el cincuenta por ciento de los bienes comunes en razón que debe por exigibilidad legal debe seguir el trámite del inventario valorizado de los bienes, pago de obligaciones sociales y de cargas y distribución final de gananciales⁽²⁶⁴⁾.

7.5. Liquidación

Dada cualquiera de las causales de fenecimiento de la sociedad de gananciales el paso siguiente es la liquidación del régimen patrimonial.

Es consecuencia de la terminación del régimen patrimonial por lo cual se procederá necesariamente a su liquidación (art. 298).

Es un acto obligatorio mas no inscribible.

7.5.1. Definición

Es el conjunto de actos que se llevan a cabo con la finalidad de realizar la partición de los bienes comunes asegurando que cada cónyuge o sus herederos reciban la mitad de estos. La liquidación es consecuencia de actos previos. Se inicia con el inventario y valorización para concluir con la entrega de los bienes. Liquidar es el acto final. La idea es dar por finiquitado el régimen de bienes y se proceda a la adjudicación de los remanentes.

Liquidación, inventario, valorización y adjudicación son las etapas. La liquidación termina con la adjudicación de los bienes a cada cónyuge pasando a ser legítimos titulares. Si bien son etapas debidamente identificadas nada impide que estén en un mismo documento⁽²⁶⁵⁾. La adjudicación es un acto facultativo pero inscribible.

(264) “Habiéndose producido el divorcio el régimen de la sociedad de gananciales ha fenecido el acuerdo con el inciso 3 del artículo 318 del CC, sin embargo, ello no significa que corresponda a cada cónyuge el cincuenta por ciento de los bienes comunes, porque para ellos se requiere seguir el trámite establecido en los artículos 320, 321, 322, 323 del CC en efecto se requiere primero un inventario valorizado de los bienes, luego pagar las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes que quedaron y solo son gananciales los bienes remanentes después de pagadas las deudas de la sociedad de gananciales y recién dichos gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges” Cas. N° 2818-2000-Lambayeque.

(265) La adjudicación de bienes como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales consta en el mismo documento en el que se ha efectuado el inventario de los bienes de la sociedad conyugal. En

El procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal puede resultar sumamente complejo porque requiere la realización de una cantidad de operaciones para concretarlo.

7.5.2. Formas

7.5.2.1. Privada

La liquidación puede hacerse en forma privada, si las partes encuentran la manera de realizarla sin necesidad de recurrir a intervención judicial, zanjando todas sus diferencias respecto de la partición. Se requiere documento privado con firma legalizada.

7.5.2.2. Judicial

A falta de acuerdo entre los cónyuges para la liquidación y partición deberán recurrir al procedimiento judicial⁽²⁶⁶⁾ lo que permitirá poner fin al estado de indivisión postcomunitaria⁽²⁶⁷⁾.

En los procesos judiciales que generan la extinción del régimen, como la invalidez, separación de cuerpos, divorcio o separación judicial de bienes, la liquidación debe efectuarse en ejecución de sentencia⁽²⁶⁸⁾, *i.e.* luego de la sentencia definitiva y con carácter de cosa juzgada. En esta etapa no discute la calificación de los bienes, si propios o sociales o si existen obligaciones pendientes, en razón de que eso fue discutido en la sentencia.

7.5.2.3. Mixta

Es posible que las partes acuerdan o pactan sus diferencias vía conciliación e incluyen en el documento la partición de bienes, sin escritura pública, mediante acuerdo privado que deberán presentar ante el juez para su homologación.

opinión de ese Colegiado no existe obstáculo para que un mismo documento conste el inventario de bienes, la liquidación de la sociedad conyugal y la adjudicación de los bienes gananciales, sin embargo, para la inscripción de la adjudicación deberá cumplirse con la formalidad de instrumento público pues no existe norma especial que establezca una formalidad distinta para la inscripción de dicho acto. Res. N° 1603-2009-SUNARP-TR-L

(266) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 4ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 309.

(267) AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 260.

(268) La liquidación del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales se realiza en ejecución de sentencia, siendo contradictorio afirmar que existe controversia, en relación con la existencia de bienes de la sociedad de gananciales y después abstenerse de emitir pronunciamiento. Cas. N° 2300-2008-La Libertad. En: *Código Civil Digital*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011. Así también en Cas. N° 528-00-Arequipa.

7.5.3. Pasos

7.5.3.1. Inventario

Es el acto con el que se inicia la liquidación del régimen de sociedad de gananciales⁽²⁶⁹⁾.

Es la enumeración y catalogación de todos los bienes, tanto de los propios de cada cónyuge, como de los sociales pudiendo realizarse por voluntad de las partes o judicialmente de conformidad con el artículo 320 del Código Civil.

Consiste en determinar con exactitud, identificando y catalogando la masa de bienes que quedan sometidos al proceso liquidatorio, excluyendo los bienes que no son partibles. De allí en nombre con el que también se le conoce *facción de inventario*⁽²⁷⁰⁾ (Del lat. *factio*, *-ōnis*) que implica según el Diccionario de la Academia Española “Forma y disposición con que algo se distingue de otra cosa”. Se trata de una relación pormenorizada de todos los bienes, propios y sociales. Es en esta etapa donde tendrán que establecerse los pasivos, personales y sociales.

Teniendo en cuenta que el inventario judicial es una diligencia onerosa, en dinero y tiempo, y estando ambos cónyuges de acuerdo en los bienes no hay razón para obligarlos a tal forma. Por ello el Código permite que el inventario conste en documento privado con firmas legalizadas, si los cónyuges están de acuerdo.

Solo en caso de no estarlo dispone que el inventario sea judicial.

El inventario debe ser valorizado (art. 320).

7.5.3.1.1. Preferencias

La ausencia y la muerte marcan a la sociedad de gananciales.

Al respecto tenemos que al fenecimiento del régimen de gananciales al cónyuge del ausente o el sobreviviente le corresponderá:

- La atribución del menaje ordinario del hogar

Los bienes del menaje ordinario del hogar (arts. 320 y 321). Menaje ordinario del hogar conyugal (enseres del hogar o ajuar de la casa), son aquellos bienes de uso doméstico y casero que sirven para satisfacer las necesidades cotidianas de la familia tales como los electrodomésticos, utensilios de cocina, enseres del hogar, muebles de alcoba, objetos de decoración. Se caracterizan por ser transportables, sirven de adorno, son ornamentales y permiten tanto la comodidad como la práctica realización de los quehaceres de la casa. Son útiles para el buen uso comodidad de un inmueble sin los cuales sería imposible habitar o vivir en él (art. 321).

(269) Cas. N° 3349-1999-Cusco, *El Peruano*, 30/11/2000, p. 6501. Cas. N° 528-2000-Arequipa.

(270) Cas. N° 528-2000-Arequipa.

La atribución del menaje al cónyuge en cada caso se explica por las siguientes razones:

Al cónyuge sobreviviente.- Por equidad en no despojar de los muebles, enseres o utensilios que forman el ámbito íntimo del hogar a quien usó de ellos durante su matrimonio con el fallecido.

Al cónyuge presente.- Existe la posibilidad que el ausente regrese, se reintegre al hogar reanudándose la convivencia, razón por la cual ambos volverán a necesitar y usar los muebles y enseres constitutivos de aquel menaje⁽²⁷¹⁾.

Los bienes detallados en el artículo 321, al no integrar el menaje, sí se incluyen en el inventario, siendo luego materia de la división, partición y transferencia. El legislador omitió precisar que cuando el fenecimiento del régimen de gananciales se produce por sustitución de régimen patrimonial, el menaje ni se incluye en el inventario ni se atribuye a ninguno de los cónyuges, desde que el hogar va a continuar funcionando, requiriendo de dichos muebles. En los demás casos, invalidación, separación y divorcio, el menaje debe ser inventariado y objeto de partición.

- El derecho de preferencia de la casa habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar

El derecho de preferencia de la casa habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar con la obligación de reintegrar el exceso de valor si lo hubiera (art. 323). Esta entrega se efectúa con cargo a los gananciales que le corresponderán y, en caso de muerte de uno de los cónyuges, respecto a sus derechos por concepto de legítima; de esta manera, el reintegro del exceso de valor se realizará con bienes propios del beneficiado.

Esta institución debe diferenciarse de otras dos que le corresponden exclusivamente al cónyuge sobreviviente:

Derecho real de habitación	Derecho de usufructo de la casa-habitación
Es un derecho autónomo Es el derecho de habitar vitalicia y gratuitamente en la casa donde existió el hogar conyugal cuando concurre con otros herederos y sus derechos por legítima y gananciales no alcanzaren el valor para que le sea adjudicada la casa. Este derecho recaerá sobre la diferencia entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales; afectando la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos (art. 731).	Es un derecho complementario al Derecho real de habitación Es el derecho con autorización judicial la casa-habitación siempre que no estuviere en situación económica para sostener sus gastos. Esto le permitirá percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. En caso de extinguirse el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación (art. 732).
Mientras la casa-habitación esté afectada por los derechos de habitación o de usufructo tendrá la calidad legal de patrimonio familiar	

(271) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 288.

Según el Tercer Pleno Casatorio Civil⁽²⁷²⁾, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 400 del Código Procesal Civil, se resuelve lo concerniente a la fijación de un monto indemnizatorio en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho (arts. 333, inc. 12, 345-A y 349, del CC), se establece que la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal es un derecho exclusivo que se reconoce al cónyuge perjudicado en una ruptura matrimonial. De los bienes sociales, el más importante es la casa de familia que constituía el hogar conyugal cuya transferencia permitirá al afectado seguir gozando de una vivienda debidamente implementada con sus respectivos bienes de uso doméstico y casero que satisfagan sus necesidades cotidianas. Esta adjudicación implica una transferencia onerosa de propiedad por lo que cualquier exceso deberá ser reembolsado al cónyuge culpable, previa la valuación de los daños que hará el juez.

7.5.3.2. Valorización

El segundo paso es efectuar la valuación de los bienes a fin de establecer numéricamente el activo de la sociedad conyugal. Esta valuación se efectúa sobre todos los bienes, no solo sobre los sociales sino también sobre los bienes que pudieran haber sido dispuestos sin el correspondiente asentimiento, en razón de que tales actos no son oponibles al cónyuge que no otorgó su conformidad.

Luego se determina el pasivo que consiste en:

- i) *Cargas sociales* (art. 316) entendidas como las deudas contraídas para satisfacer las necesidades de la familia y la conservación del patrimonio,
- ii) *Deudas sociales propiamente dichas*, y;
- iii) *Recompensas* que debe la sociedad conyugal deba a alguno de los cónyuges.

Todos estos compromisos se asumen con los bienes sociales y, subsidiariamente si no alcanzaren, con los bienes propios de cada (*ex*) cónyuge *a prorrata*, es decir en proporción al valor.

Paso siguiente se reintegran los bienes propios que quedarán.

El remanente, lo que queda luego de satisfechas las deudas, es lo partible entre los cónyuges o entre uno de ellos y los herederos del otro, se dividen en partes iguales, mitad y mitad para cada uno. Estos son los gananciales, los bienes restantes, sobrantes una vez saneadas las deudas.

Los pasos para lograr una liquidación son:

(272) Cas. N° 4664-2010-Puno. Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Vide fundamento 76.

Art.	Pasos	
321	1)	Inventario valorizado de bienes - Inmediato a. Acuerdo voluntario con firma legalizada o, b. Judicialmente a falta de acuerdo Preferencias: En caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales por declaración de ausencia o muerte corresponderán al cónyuge del ausente o al sobreviviente: - Los bienes del menaje ordinario del hogar - El derecho de preferencia de la casa habitación y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar
322	2)	Se pagan las obligaciones sociales y las cargas
	3)	Se entrega a cada cónyuge sus bienes propios existentes
	4)	Determinación de los gananciales
	5)	Distribución de los gananciales
323		a. Entre cónyuges o, b. Herederos Preferencias En caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales por declaración de ausencia o muerte, el cónyuge del ausente o el sobreviviente tiene preferencia para la adjudicación de: - La casa en que habita la familia y, - Del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar Correspondiéndole la obligación de reintegrar el exceso de valor si lo hubiera.
324		Restricciones - Teoría de la culpabilidad En la separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.
325		Matrimonios sucesivos En caso deban ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos sucesivamente por una misma persona: - En defecto de inventarios previos de los matrimonios se admitirá toda clase de pruebas para determinar los bienes de cada sociedad; y, - En caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, teniendo en cuenta: i) El tiempo de su duración y, ii) Las pruebas que se haya podido actuar acerca de los bienes propios de los respectivos cónyuges.

7.5.3.3. Gananciales

Son los bienes que quedan, los remanentes⁽²⁷³⁾, una vez saneadas y satisfechas las deudas sociales, liquidada la comunidad conyugal (art. 323). Estos bie-

(273) Como dice la jurisprudencia: “En efecto, se requiere primero un inventario valorizado de los bienes, luego pagar las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios

nes son los partibles entre marido y mujer o entre uno de ellos y los herederos del otro. Se dividen en partes iguales, mitad y mitad para cada uno. Siendo una norma de orden público no cabe pacto en contrario. Sobre los gananciales se genera un derecho de copropiedad de ambos cónyuges o sus respectivos herederos rigiéndose por las reglas del artículo 969 y siguiente mientras no se acredite la y realice la partición de acuerdo al artículo 323⁽²⁷⁴⁾.

Representan un derecho de los cónyuges que, sometidos al régimen de gananciales, debe reconocerse disuelta la comunidad de bienes.

Solo en casos establecidos por la norma los gananciales pueden ser materia de pérdida o de afectación:

- *Pérdida.- Por divorcio:* El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (art. 352), vale decir, de los frutos y productos de aquellos, y; *Por separación de hecho:* el cónyuge culpable⁽²⁷⁵⁾ pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (324); en este último caso la separación de hecho se presenta como requisito sine qua non⁽²⁷⁶⁾ para que opere la pérdida (art. 324). Divorcio y Separación son dos instituciones distintas en las que puede operar la pérdida de los gananciales⁽²⁷⁷⁾, como lo refiere la jurisprudencia:

“Son distintos los supuestos de pérdida de gananciales como producto de la separación de hecho y del divorcio. En el primer caso, producida la separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho de gananciales

que quedaron y solo son gananciales los bienes remanentes, después de pagadas las deudas de la sociedad de gananciales y recién dichos gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges”. Cas. N° 2818-2000-Lambayeque, *El Peruano*, 02/07/2001, p. 7338.

- (274) CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María: “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. Ob. cit., p.135.
- (275) “La reconvencción para que se declare la pérdida de gananciales por separación de hecho, por culpa de uno de los cónyuges y por enriquecimiento indebido, no resultan procedentes, cuando no guarda conexión con la demanda interpuesta sobre división y partición de herencia, porque entre esta pretensión y aquella, no existen elementos comunes que la hagan viable, siendo el caso señalar, que la persona reconviniente no fue demandada sino sus menores hijos y aquella salió a juicio en representación de estos. La pérdida de gananciales por separación de hecho del cónyuge culpable, que regula el artículo 324 del Código Civil, presupone que en el juicio correspondiente, el juez ha establecido su culpabilidad, porque solo él es competente para establecerlo”. Cas. N° 1032-1996-Lima, 05/11/1996.
- (276) “Para que el cónyuge culpable pierda el derecho a gananciales, de conformidad con el artículo 324 del Código Sustantivo, se requiere que se produzca formalmente la separación de hecho”. Cas. N° 513-1996. *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Asociación No hay Derecho, Legales, Lima, 2000, p. 158. “Para que el cónyuge culpable pierda el derecho a gananciales, de conformidad con el artículo 324 del Código Sustantivo, se requiere que se produzca formalmente la separación de hecho”. Cas. N° 513-1996, *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Asociación No hay Derecho, Legales, Lima, 2000, p. 158.
- (277) “Para que el artículo 324 del Código Civil sea aplicable es necesario que la separación de hecho se haya producido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, ya que al producirse la disolución del vínculo matrimonial, ya no es de aplicación la norma en estudio, sino la contenida en el artículo 352 del Código Sustantivo”. Cas. N° 986-96-Cusco, *El Peruano*, 03/05/1998, p. 866.

proporcionalmente a la duración de la separación. En el segundo caso, regulado en el artículo 352 del Código Civil, el cónyuge divorciado por su culpa, pierde los gananciales que procedan de los bienes propios del otro. Existe aplicación indebida de la norma contenida en el artículo 352 del Código Civil, cuando se aplica dicha norma a la pretensión de pérdida de gananciales, como producto de la separación de hecho, supuesto que se encuentra previsto en el artículo 324 del Código Civil”⁽²⁷⁸⁾.

- *Afectación.*- El Derecho real de habitación recae sobre la diferencia entre el valor del bien y el derecho del cónyuge por concepto de legítima y gananciales afectando la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos (art. 731).

Si no se acredita que las partes hayan realizado el inventario de bienes, hayan pagado las obligaciones sociales y cargas y luego hayan reintegrado a cada cónyuge los bienes propios que quedaren, no podemos referirnos a la existencia de gananciales⁽²⁷⁹⁾.

7.5.4. Reglas para casos especiales

Tratándose de liquidación, el Código contempla dos casos especiales y a la vez bastante comunes: la separación de hecho (art. 324) y las sociedades de gananciales sucesivas (art. 325). Asimismo, aunque el código no lo trata es preciso referirnos a la denominada comunidad postmatrimonial o postganancial.

7.5.4.1. Separación de hecho

La sola separación de hecho no produce la disolución de la sociedad conyugal sin embargo surge un conflicto en razón que el régimen de bienes continúa rigiendo⁽²⁸⁰⁾. Por ello resulta necesario fijar una fecha de corte para establecer los bienes existentes durante la convivencia y aquellos adquiridos en la etapa de la separación. Y es que la separación de hecho previa a la disolución de la sociedad conyugal implica determinar equitativamente qué bienes, por el momento de su adquisición, serán tomados como sociales y cuáles como propios.

En el supuesto que se ponga fin a la sociedad conyugal en un proceso de divorcio y en este se declare a un cónyuge culpable y al otro inocente, coincidimos con Azpiri⁽²⁸¹⁾, que los bienes gananciales adquiridos hasta el momento de la separación de hecho se dividen por mitades: los que adquirió el inocente después de la separación los conserva y los que adquirió el culpable después de la separación

(278) Cas. N° 1301-1996-Lima.

(279) Cas. N° 986-1996-Cusco, *El Peruano*, 03/05/1998, p. 866.

(280) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 253.

(281) Ídem.

ción se dividen por mitades. Esto lleva a diferenciar en el proceso de liquidación la fecha en que se produjo la separación y la fecha de adquisición de cada bien ganancial, porque la forma de dividirlo será diferente según la fecha, la titularidad del dominio y la culpabilidad o inocencia de cada cónyuge.

Si a lo largo del periodo de vigencia del régimen de comunidad uno de los cónyuges se hubiera separado de hecho sin causa justificada pierde su derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (art. 324). El fundamento de tal sanción radica en que durante el lapso de abandono el cónyuge culpable no contribuyó a la obtención de bienes para la sociedad, por lo que mal podría pretender luego un derecho al 50% de los aludidos bienes.

Los gananciales que se pierden en esta circunstancia son determinados mediante una elemental regla de tres: se considera la relación entre los gananciales obtenidos y la duración total del régimen, para aplicarla al tiempo de duración de la separación de hecho. De esta manera, se establecen los gananciales generados en el periodo de la falta de convivencia, concluyéndose que es la mitad de esa cantidad la que pierde el cónyuge culpable⁽²⁸²⁾.

$\text{Gananciales} = \frac{\text{Gananciales obtenidos} + \text{Duración del régimen}}{\text{Tiempo de duración de la separación de hecho}}$

7.5.4.2. Sociedades de gananciales sucesivas

A criterio de Lasarte “la liquidación de la sociedad de gananciales puede posponerse *sine die* o, al menos, sin respetar una fecha concreta, [lo que] conlleva la posibilidad de que pueda darse el caso de que la continuidad de la denominada comunidad postmatrimonial o postganancial acabe por complicarse con el hecho de que el cónyuge superviviente contraiga nuevo matrimonio que quede también sometido al régimen de gananciales”⁽²⁸³⁾. Estos casos, son más frecuente en la vida real de lo que pudiera suponerse y es que habiendo una persona contraído sucesivamente varios matrimonios no tomó la precaución de liquidar formalmente, y en su momento, cada una de las sociedades de gananciales: liquidación esta que finalmente va a efectuarse al término del último matrimonio⁽²⁸⁴⁾.

Puede suceder que una persona, sin haber liquidado una sociedad conyugal anterior, celebre nuevas nupcias y cuando tenga que liquidar esta nueva sociedad conyugal se encontrará con que exista una anterior que debió haber sido objeto de liquidación. A tal fin, deberá considerarse que la parte que le corresponda a esta

(282) PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 169.

(283) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 236.

(284) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 290.

persona en la primera sociedad conyugal serán bienes propios para la segunda. La regla es que, en tales casos, deberá probarse fehacientemente el acervo de cada sociedad conyugal a los efectos de proceder a la liquidación⁽²⁸⁵⁾.

Cuando ello no es posible el Código brinda pautas, amparadas en el principio de equidad, que deberán ser tomadas en cuenta para establecer el acervo de cada comunidad de bienes: Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de dos o más sociedades conyugales contraídas por una misma persona, se admitirá toda clase de prueba, a falta de inventarios para determinar el interés de causa una y, en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración y a las pruebas que hayan podido actuar respecto de los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

En estos supuestos, si hay inventario o pruebas suficientes del momento en que se incorporó cada uno de los bienes, se separan los que correspondan a la primera sociedad y se repartirán entre los primeros cónyuges o entre uno de ellos y los herederos del otro, los gananciales de la primera sociedad y, separadamente, tomará cada uno de los cónyuges del segundo matrimonio los bienes que integren la segunda sociedad, y se repartirán por mitades los gananciales de esta. Puede suceder, y es probable que así ocurra, que haya dudas sobre el carácter que realmente le corresponde a determinados bienes, es decir, si son gananciales de una u otra sociedad. Para este caso, el artículo 325 del Código de forma práctica dispone que se dividan entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración y a los bienes propios de los respectivos cónyuges.

7.5.4.3. Comunidad postmatrimonial o postganancial

Se da en aquellos casos en que habiéndose disuelto la comunidad no se ha procedido a su liquidación. El patrimonio deja de regirse por las normas de comunes de la sociedad de gananciales para supeditarse a las normas de copropiedad. Tal es el caso común de aquella viuda cuyos hijos deciden no tocar el patrimonio y dejar que su madre disfrute el íntegro hasta que fallezca. Con la muerte se disuelve la sociedad de gananciales por lo que no puede hablarse de la continuidad del régimen, este deviene en imposible de aplicar respecto de un solo cónyuge, es más ni cónyuge existe, en todo caso cónyuge supérstite.

Como refiere Lasarte⁽²⁸⁶⁾ se trata de un patrimonio colectivo en liquidación o, conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial. En todo caso sería una comunidad de naturaleza especial por el hecho que lo adquirido será propio pero el universo de bienes seguirá respondiendo de las deudas sociales.

(285) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 272.

(286) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 237 y 238.

7.5.4.4. Transferencia como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales - Criterio Sunarp

Respecto de los actos de transferencia como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - Sunarp dictó un precedente de observancia obligatoria estableciendo que:

“Procede inscribir la transferencia vía dación en pago del porcentaje de acciones y derechos que le corresponde a uno de los excónyuges, respecto a un bien social, sin que previamente se haya procedido a la liquidación, siempre y cuando se haya inscrito el fenecimiento de la sociedad conyugal en el Registro de Personas Naturales respectivo”⁽²⁸⁷⁾.

Los cónyuges, durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, no son propietarios de una cuota ideal ni pueden disponer en forma individual de los bienes al existir una propiedad en mano común. La sociedad de gananciales se extingue por causales expresas (art. 318) y el fenecimiento se da en oportunidades, sea para las relaciones entre los cónyuges o para terceros (art. 319).

El fenecimiento de la sociedad de gananciales implica el término del régimen patrimonial. Acto seguido es la liquidación del patrimonio (identificar activos, pasivos, acreencias, deudas, obligaciones sociales y cargas, a fin de cancelarlas), como tal es obligatorio mas no inscribible y es consecuencia del fenecimiento –extinción o disolución– que es el acto principal que pone fin al régimen económico. Luego viene el inventario y valorización para, finalmente, proceder a la adjudicación de los bienes remanentes, gananciales, que es un acto opcional pero inscribible. Opcional, pues depende de la voluntad de las partes decidir transferirse el patrimonio o quedarse como están. Con fenecimiento pero sin adjudicación pasamos a lo que se conoce como comunidad postmatrimonial en la que el patrimonio deja de regirse por las normas de comunes de la sociedad de gananciales para supeditarse a las normas de copropiedad.

El Precedente Registral establece que para el registro de la transferencia vía dación en pago del porcentaje de los bienes sociales que corresponden a uno de los cónyuges basta con la inscripción del fenecimiento de la sociedad de gananciales en el Registro de Personas Naturales, no siendo necesario seguir el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales y posterior adjudicación.

Con el divorcio o separación de cuerpos, que se inscribe en el Registro Personal (art. 2030, inc. 6), fenece la sociedad de gananciales y los bienes, que antes eran sociales, empiezan a regirse por las normas de copropiedad hasta en tanto no se proceda a su adjudicación respectiva.

(287) DOEP., 10/05/2012, Res. N° 251-2012-SUNARP-TR-L del 16/02/2012.

7.6. Recompensas

7.6.1. Denominación y concepto

También llamado reembolsos.

Son los créditos o deudas recíprocas que existen entre cada cónyuge y la sociedad conyugal con motivo de los aportes realizados para la adquisición de bienes⁽²⁸⁸⁾. Es un pago que se hace en retribución de lo cancelado por un cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal o viceversa y tiene como finalidad evitar el enriquecimiento sin causa favoreciendo la seguridad del tráfico⁽²⁸⁹⁾. En definitiva, debo reembolsar a aquel que paga por mí; el empobrecimiento de quien paga debe ser satisfecho con la devolución a través de mi pago.

Nestor Solari nos dice que “la ganancialidad en el régimen patrimonial matrimonial encuentra su fundamento, en principio, en la idea de coparticipación y esfuerzo común que implica la comunidad de vida en el matrimonio. En esta lógica, cada legislación determina cuáles bienes son gananciales, intentando comprender, en abstracto, el mayor número de casos en que esas adquisiciones, durante el matrimonio, representen la mentada comunidad de vida que conlleva la institución matrimonial. Por otra parte, se intenta que los aportes efectuados por uno de los integrantes de la unión, durante la vigencia del régimen patrimonial, a favor de la comunidad ganancial y, viceversa, los aportes realizados por la comunidad ganancial a favor de uno de ellos, no convierta en injusto el sistema, impidiendo que alguno se beneficie a costa del otro. De ahí la razón y fundamento de las llamadas *recompensas*, que originan los créditos al momento de la disolución del régimen patrimonial. En definitiva, que uno de los cónyuges o la masa de gananciales no se vean perjudicados o beneficiados por inversiones efectuadas durante la vigencia del régimen patrimonial”⁽²⁹⁰⁾.

La recompensa es una carga, un crédito, una nota por cobrar a favor de quien asumió un pasivo que no le correspondía.

7.6.2. Acreedores y deudores

La sociedad conyugal puede ser acreedora cuando con fondos gananciales se ha abonado parte del precio o se han realizado mejoras en un bien propio; a su vez puede ser deudora en caso inverso, es decir, que recibió fondos propios de uno de los cónyuges o de ambos para adquirir en parte de un bien social⁽²⁹¹⁾.

(288) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 258.

(289) CANALES TORRES, Claudia: “Procedimiento de disolución y liquidación de sociedad de gananciales”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 166, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2007, p. 65.

(290) SOLARI, Néstor E. “Recompensas por la compra y las mejoras realizadas en un bien propio”. En: *La Ley*. Buenos Aires, abril 2010, p. 272. Fallo Comentado: Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes (TFamiliaQuilmes) (N° 1) TFamilia N° 1, Quilmes ~ 23/04/2009 ~ F., M. del C.

(291) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 258.

En los supuestos de deudas en la sociedad de gananciales habrá lugar al reembolso en todos los casos en los que el patrimonio de quien no es responsable de una deuda es afectado por el acreedor para el cumplimiento de la misma. Asimismo, no habrá lugar al reembolso en aquellos supuestos en los que, por mandato legal, un patrimonio haya sido afectado para el cumplimiento de una deuda, ante la falta o insuficiencia del patrimonio del responsable definitivo de esta. En estos casos, habrá que verificar los requerimientos establecidos legalmente para que opere dicha responsabilidad subsidiaria⁽²⁹²⁾.

La recompensa se configura respecto de la sociedad conyugal o de uno de los cónyuges. Cuando uno realiza pagos en beneficio del otro sin estar obligado a ello.

7.6.3. Momento a aplicarse

La liquidación del régimen patrimonial es el momento en el que operará el reembolso a que hubiere lugar entre los patrimonios involucrados.

7.6.4. Base legal

Nuestro Código no contempla de forma expresa la teoría del reembolso.

Pero el artículo 322 establece que en la liquidación de la sociedad de gananciales, una vez realizado el inventario de todos los bienes, tanto de los propios como los sociales, se procede al pago de las obligaciones y cargas sociales momento en el que los cónyuges o excónyuges reciben los bienes propios de cada cual que quedaren. La teoría del reembolso está reconocida implícitamente en este artículo al tener la calidad de obligación de la sociedad de gananciales.

Además, de alguna manera podemos verla subsumida, en los siguientes supuestos:

- Es bien social, el edificio construido a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges *abonándose a este* el valor del suelo al momento del reembolso (art. 310 último párrafo).
- Es bien propio de cada cónyuge la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, *deducidas las primas pagadas* con bienes de la sociedad (inc. 4, art. 302).

Si bien nuestro Código no contempla un título especial sobre la teoría de las recompensas, no cabe la menor duda de su admisibilidad en nuestra legislación; lo contrario implicaría apoyar un enriquecimiento indebido en los patrimonios de los cónyuges.

7.6.5. Finalidad

La intangibilidad de las masas de los bienes propios y los sociales de titularidades distintas (de cada cónyuge y de la sociedad conyugal) determina la existencia

(292) CANALES TORRES, Claudia. Ob. cit., p. 65.

de las recompensas por los créditos que surgen de cada masa contra la otra, evitando que el haber de una se acreciente a expensas de la otra y que estas se reduzcan con el beneficio de la anterior. El fin de la recompensa es *restablecer* la composición de las masas patrimoniales tomando como base que los bienes que las constituían al iniciarse la sociedad conyugal y los que fueron sumándose o sus-trayéndose posteriormente.

7.6.6. Propuesta legislativa

Respecto a este tema, en mi calidad de Miembro de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil presenté, en enero de 2004, una propuesta integral de reforma al Libro de Familia de nuestro Código Civil. En dicha propuesta se buscó incorporar 3 numerales al artículo 322 del Código Civil, con el siguiente contenido⁽²⁹³⁾:

Artículo 322-A: La comunidad debe reembolsar al cónyuge si se benefició de sus bienes propios y el cónyuge a la comunidad si se benefició en detrimento de su haber. La prueba del derecho al reembolso corresponde a quien la invoca y puede ser hecha por cualquier medio probatorio.

Artículo 322-B: El monto de la suma de reembolso se efectúa mediante el reintegro de su valor actualizado al tiempo de la liquidación.

Artículo 322-C: Realizado el balance de los reembolsos de cada uno de los cónyuges a la comunidad y de esta a aquellos, el saldo a favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común y el saldo a favor del cónyuge le debe ser atribuido a este sobre la masa común. En caso de insuficiencia de la masa ganancial en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.

II. ACTIVOS

8. Régimen de bienes

La sociedad conyugal no es estática, es una comunidad dinámica de bienes.

Variaciones permanentes se presentan en su composición. Los bienes no quedan estancados en el patrimonio, sufren mudas y cambios. Su variación se da conforme al desarrollo de la actividad económica conyugal. No pierden su calidad jurídica por voluntad de los cónyuges dado que la misma es predeterminada por la ley gozando de una naturaleza autónoma⁽²⁹⁴⁾.

(293) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, p. 363.

(294) “Los Bienes de la sociedad de gananciales son de naturaleza autónoma con garantía institucional, por cuanto sus normas son de orden público, sin que puedan ser modificadas por la sola voluntad de los cónyuges”. Exp. N° 2490-98. 12/03/1999. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 107, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2007, p. 136.

El patrimonio conyugal se recompone, hay bienes que salen, otros que entran, se renuevan, se pierden, ceden o extinguen.

La sociedad de gananciales tiene una compleja estructura que está marcada por la diversidad de bienes que la componen. Bienes de uno, bienes del otro y bienes de la sociedad. Estos patrimonio se encuentran conformados por activos (bienes y derechos) y pasivos (cargas y deudas).

La doctrina nos refiere tres teorías:

- *Teoría bipartita de patrimonios separados*

El concepto general es que en la sociedad de gananciales existen bienes de uno y bienes de otro. Los primeros de los cónyuges denominados propios y los segundos de la comunidad, llamados sociales, que vienen a ser una contrapartida de los primeros⁽²⁹⁵⁾.

Esta teoría la asume el Código (art. 301) así como la jurisprudencia: “La sociedad de gananciales se encuentra conformada por el conjunto de bienes sociales y bienes propios de cada cónyuge, constituyéndose en un mecanismo de regulación de dicho patrimonio”⁽²⁹⁶⁾.

- *Teoría tripartita de patrimonios separados*

Para otros existen tres patrimonios privativos: el del marido, el de la mujer y el social. Amplía la conformación patrimonial de bienes de la comunidad, haciéndola más real, en todo más práctico.

- *Teoría múltiple de patrimonios separados*

Lo cierto es que en una comunidad conyugal existen más de dos y tres tipos de bienes.

Contrariamente a lo que nos dice el Código y nos enseñaron/enseñan en las aulas universitarias su composición es mucho más rica y variopinta.

Encontramos de uno, de otro y de todo.

Los bienes son diversos tal como heterogéneas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y terceros. Resulta inconcebible creer, y sobre todo considerar, que un matrimonio con comunidad esté conformado por bienes de ellos y de

(295) “Los bienes propios son aquellos que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y aquellos que adquiriera su vigencia a título gratuito por subrogación real con otro bien propio o por una causa o título anterior al matrimonio, siendo además estos de libre disposición para su titular; y los bienes sociales constituyen una contrapartida, aquellos que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aún después de su disolución por causa o título anterior a la misma”. Cas. N° 2242-99-Lima, *El Peruano*, 24/08/2000, p. 6087.

(296) Cas. N° 145-2001-Huánuco, *El Peruano*, 31/05/2002, p. 8832.

esta. La diversidad de situaciones jurídicas lleva a que la sociedad de gananciales se conforme por toda una pléyade de bienes, cada cual con especiales características y naturaleza jurídica propia. Están contenidos en ella los bienes propios y los sociales, hay también los bienes en copropiedad simple (un cónyuge con la sociedad de gananciales), copropiedad compleja (un cónyuge, un tercero y la sociedad de gananciales) así como bienes especiales (patrimonios fideicometidos y gananciales anómalos) además, a todos ellos, los bienes de los hijos (peculio profecticio).

Este cuadro grafica la diversidad de bienes en una comunidad conyugal sujeta al régimen de gananciales.

BIENES QUE COMPONEN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES				
Naturaleza de los bienes	Puros	Bienes propios	De cada quien	Simple
		Bienes sociales	De la comunidad	
	Mixta	Bienes en copropiedad	- Bien donado a los cónyuges - Bien adquirido con dinero propio de cada cónyuge	Calificación dual ^(*)
		Bien propio y social	- Bien adquirido en parte con dinero propio de uno y otro con dinero ganancial - Bien adquirido en parte con dinero propio de ambos y otro con dinero ganancial (Copropiedad entre el cónyuge adquirente y la comunidad)	
		Bien propio en copropiedad	- Con la sociedad - Con un tercero	
		Bien social y en copropiedad con un tercero	- Bien adquirido con dinero ganancial y con la participación de un tercero adquirente	
		Bien propio, bien social y en copropiedad con un tercero	- Bien adquirido en parte con dinero propio, con dinero ganancial y con la participación de un tercero adquirente	
		Patrimonio de afectación ^(**) - Fideicomiso	- Ni propio ni ganancial, caso de la propiedad fiduciaria (el bien fideicometido es un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante)	
		Gananciales anómalos ^(***) Son gananciales pero que no se dividirán al finalizar el régimen	- Anomalía absoluta, los adquiridos por (i) un cónyuge inocente en un divorcio, (ii) matrimonio putativo - Anomalía transitoria, bienes sujetos a carga: Derecho real de habitación y patrimonio familiar	
		Patrimonio profecticio	- Patrimonio de los hijos	
Patrimonio familiar	- Aquel bien inmueble protegido del bien por ser importante para la vivienda, sustento, permanencia y desarrollo de la familia.			

(*) Dice Mazzinghi que la calificación de propio o ganancial no recae sobre la cosa del objeto de condominio sino sobre las porciones indivisas, de forma que este condominio de naturaleza mixta por estar integrado por partes propias y por partes gananciales no implica una calificación dual (Cit. MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 138 y 139).

(**) *Ibidem*, p. 107.

(***) *Ibidem*, p. 129.

Visto y considerando, tenemos que la comunidad de gananciales está conformada de toda una variedad de bienes, multibienes podríamos decir. De uno, de otro, de ambos, de uno con otro, con terceros, sea de naturaleza personal o colectiva. La calificación de los bienes surge de disposiciones de orden público y responde a las estrictas causas que originaron su adquisición. De ninguna manera puede variarse el régimen patrimonial de los bienes por una interpretación extensiva, incluso la analogía está restringida.

Para la determinación de los bienes, *i.e.* para saber la naturaleza de cada uno, entre propios y sociales, existen fórmulas legales para su establecimiento.

- Para los propios, es una fórmula simple;
- Para los bienes sociales se utiliza una fórmula compleja.

Este cuadro resulta explicativo:

BIENES			
Propios		Sociales	
Fórmula simple		Fórmula especial	
Númerus clausus	Solo los detallados en el 302	Númerus apertus	Todos los bienes, salvo los detallados en el 302
		Taxativa 302-6 310	También son bienes sociales: <ul style="list-style-type: none"> Los bienes accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio. Los adquiridos por trabajo, industria o profesión; Los frutos y productos de los bienes propios y sociales; Las rentas de los derechos de autor e inventor. Los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso.
		Presuncional 311	En caso de duda: <ul style="list-style-type: none"> Todos se presumen sociales, salvo prueba en contrario Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

Los bienes propios están taxativamente designados mientras que los sociales están contenidos en una fórmula abierta. Todo, todo aquello que no es propio es social.

Siendo realista es en este contexto que debemos comenzar a reconceptualizar la estructura patrimonial de la comunidad conyugal de bienes.

8.1. Bienes propios

Son aquellos que pertenecen a cada cónyuge.

Determinación

Depende del momento y de la forma de adquisición del bien.

Tienen la calidad de bienes propios todos los adquiridos con anterioridad al matrimonio, los adquiridos posteriormente sea por causa onerosa precedente o a título gratuito, los de naturaleza personal señalados en la ley y aquellos bienes que durante el régimen sustituyen o subrogan a otros bienes propios, sean estos corporales o incorporales, muebles o inmuebles, créditos o rentas⁽²⁹⁷⁾. Respecto de los créditos en particular tenemos un criterio judicial que los considera como parte de los bienes sociales⁽²⁹⁸⁾.

Momento de adquisición	
Matrimonio	
Antes	Después
Todos	Oneroso
	Gratuito
	Personales
	Sustituidos
	Subrogados

No obstante la concepción general expuesta, nuestro Código busca completar al máximo la enumeración de los bienes propios estableciendo un carácter taxativo número clausus que lo encontramos en el artículo 302. Mediante esta fórmula normativa cerrada se permite limitar qué bienes son propios. Esta enumeración implica que solo tienen la calidad de propios aquellos establecidos en citado artículo, los no comprendidos serán bienes sociales (art. 310).

(297) “Se califica como propios de cada cónyuge los bienes que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales que la fórmula general empleada por el legislador comprende todos los bienes que cada uno de los cónyuges tenían al momento de iniciarse el régimen, sea corporales o incorporales, muebles o inmuebles, créditos o rentas; en general, todos los valores patrimoniales de cualquier naturaleza, sin atender al origen o título de adquisición”. Cas. N° 2201-1999-Lima, *El Peruano*, 01/09/2000, p. 6198.

(298) “La presunción del artículo 310 del Código Civil, según el cual todos los bienes se presumen sociales, conlleva implícita también el que los créditos a favor de uno de los cónyuges ha beneficiado al otro, situación que no ha sido rebatida con pruebas en este proceso, en el que, como se ha expresado, la eficacia del pagaré subsiste respecto a la cónyuge del accionante”. Cas. N° 2071-2003-Áncash. Data 30.000 G. J.

8.1.1. Bienes que se aporte al iniciarse el matrimonio (art. 302, inc. 1)

Los bienes con los que cuenten los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio serán bienes propios.

Este artículo ha utilizado equívocamente el término “aportar”. Aportar implica entregar, dar, conceder por lo que se entendería el bien aportado se convierta en social. Lo que realmente debió decir es: “los que tenga al iniciar el matrimonio”.

8.1.2. Bienes adquiridos durante el matrimonio cuando la causa es anterior a la celebración del mismo (art. 302, inc. 2)

Los bienes que se adquieran durante la vigencia del matrimonio se presumen propios cuando la causa es anterior a la celebración del mismo. Se entiende por causa el motivo o antecedente necesario que origina un efecto, y también el fundamento necesario por el cual se adquiere un derecho⁽²⁹⁹⁾. Podemos decir que son aquellos bienes que uno de los cónyuges tenía un derecho antes de casarse⁽³⁰⁰⁾.

Por ejemplo, un contrato de compraventa con condición suspensiva; reivindicación, cuando la acción se ha interpuesto antes de la celebración del matrimonio; los bienes que regresan a la propiedad por causa de invalidez (resolución, rescisión, nulidad, anulabilidad); los bienes adquiridos por prescripción, cuando la posesión se inició antes de la celebración del matrimonio, no durante del mismo⁽³⁰¹⁾.

8.1.3. Bienes adquiridos a título gratuito (art. 302, inc. 3)

Los bienes que son adquiridos a título gratuito, *i.e.* por herencia, donación o legado⁽³⁰²⁾. Dentro de estos bienes también pueden considerarse los adquiridos por

(299) Cas. N° 1715-1996-Piura, *El Peruano*, 08/06/1998, p. 1267.

(300) La Resolución Directoral y el contrato de otorgamiento de terrenos eriazos solo regularizan la adjudicación del inmueble a favor del cónyuge, por lo tanto, constituye un bien propio por haberlo conducido y trabajado con anterioridad estableciendo que tenía plena libertad para disponer de él. Cas. N° 2387-2002-Tacna, *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 11, mayo de 2006 - Consultas Jurisprudenciales.

(301) Si la posesión de un bien inmueble fue ejercida durante la unión matrimonial, el inmueble constituye un bien social muy a pesar que sea el marido el usucapiente. “La declaración judicial efectuada a favor del que adquiere el dominio de un bien por prescripción, en base de la posesión directa y pacífica, no puede considerarse como un acto de liberalidad; en consecuencia si dicha posesión fue ejercida durante la unión matrimonial, el inmueble constituye un bien social, por más que el juez haya declarado en su sentencia que el bien fue adquirido por prescripción únicamente por el marido”. Cas. N° 2176-1999-Lambayeque, A.C., *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*, Asociación No hay Derecho, Lima, Legales, 2000, p. 149.

(302) “Que es cierto que el inciso tercero del artículo 302 del Código Civil preceptúa que son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito, empero, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen que quedan comprendidos dentro de este grupo los bienes obtenidos por causa de herencia, legado y donación”. (Cas. N° 251-95-Lambayeque, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en *Código Civil Comentado*. 2ª edición, Tomo II, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 204.

prescripción que a pesar de que se trata de una adquisición a título gratuito el reconocimiento del derecho de la posesión se constituyó durante el matrimonio⁽³⁰³⁾.

Esa disposición debemos concordarla con el artículo 304 del Código que prohíbe la renuncia a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación si no se tiene previamente el consentimiento del otro cónyuge. Tal restricción se debe a que las rentas de los bienes propios son sociales. Esta regla no es aplicable cuando exista el régimen de separación de bienes. La jurisprudencia aclara que ciertas adjudicaciones legales escapan de la naturaleza de bien propio a pesar de haber sido adquiridos a título gratuito⁽³⁰⁴⁾ o, cuando la posesión ha sido ejercida a favor de la sociedad conyugal⁽³⁰⁵⁾. En este artículo deben considerarse los bienes donados a ambos cónyuges, de forma individual a cada uno de ellos, los que sujetan al régimen de copropiedad, los que se regulan en mérito del segundo párrafo del artículo 1630.

Los bienes hallados, encontrados, pueden encuadrarse en este supuesto al ser adquiridos sin contraprestación alguna. Es el caso de los objetos perdidos. En estos casos partimos de la premisa que nadie es propietario *de facto* de aquel objeto hallado en la calle. En todo caso el apoderamiento o apropiación solo funciona prima facie para las cosas de nadie (*res nullius*) como las conchas, piedras, ramas, todo aquello que es inútil (art. 929) de forma tal que termino siendo *dominus* por la apropiación (agarre o aprehensión), con el simple hecho de tomarlo. El mismo criterio se aplica para las cosas abandonadas (*res derelictae*). Ambas, las de nadie como las abandonadas, carecen de dueño. Las primeras nunca lo tuvieron, en las segundas el propietario originario decidió renunciar a ellas (dejándolas, arrojándolas) de allí que funcione esta forma especial de adquirir propiedad a través de la apropiación.

El criterio legal para las cosas perdidas es distinto. Una cosa tiene calidad de perdida cuando es sustraída de la posesión de su titular quien conservará su derecho de propiedad y correspondiente posesión, tal es el caso de un robo, despojo o pérdida, y así es tratado en el artículo 904, “se conserva la posesión aunque su

(303) Cas. N° 2176-1999-Lambayeque.

(304) La adjudicación por parte de la Reforma Agraria, no se encuentra comprendida dentro del marco señalado en el artículo 302, inciso 3 del Código Civil: “Si los bienes adquiridos en favor de uno solo de los cónyuges por la adjudicación gratuita de tierras se efectuó en virtud de haber sido calificado como beneficiario de Reforma Agraria al amparo del Decreto Ley N° 17716, tal adjudicación no se encuentra comprendida dentro del marco señalado en el artículo 302, inciso 3, pues el inmueble sublitis tiene la condición de bien social que le otorga el artículo trescientos diez del Código Civil”. Cas. N° 829-2001-Ica, *El Peruano*, 02/12/2003.

(305) No puede considerarse como bien propio, ya que la posesión ha sido ejercida a favor de la sociedad conyugal. “Si el inmueble fue adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, el mismo tiene la calidad de bien social, no pudiendo ser considerado como bien propio, pues resulta insuficiente el hecho de que el inmueble haya sido adjudicado con carácter gratuito a uno de los cónyuges, debiéndose entender que la posesión ha sido ejercida a favor de la sociedad conyugal”. Cas. N° 1603-2001-Ucayali, Data 30.000. G. J.

ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”. En razón de que las cosas perdidas han tenido un dueño, y nunca dejaron de tenerlo, es que el Código Civil ofrece un tratamiento diferente y, apartándose del apoderamiento como forma de adquirir propiedad, compromete al Estado para que en conjunto con quien halló el objeto, y previa publicidad de su hallazgo, puedan disponerla públicamente vía subasta (art. 932). La razón de este tratamiento es la honradez que debe guiar a toda persona ante el hallazgo de un bien. Vista la implicancia civil, es de considerar que el tema de los objetos perdidos tiene una arista penal en razón de que se configura como delito la apropiación de un bien perdido (art. 192, Código Penal, con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de 10 a 20 jornadas).

El caso de los tesoros es tema aparte, como veremos más adelante.

8.1.4. Indemnizaciones por responsabilidad civil (art. 302, inc. 4)

Son las indemnizaciones referidas a daños personales (accidentes, seguro de vida, seguro de enfermedad). Los bienes producto de indemnizaciones por concepto de responsabilidad civil tienen la calidad de bienes propios. La razón es que responsabilidad civil tiene un carácter personalísimo constituyendo sus beneficios patrimoniales bienes propios.

Respecto del *quantum* téngase en cuenta que no es toda la suma fijada como indemnización sino aquella que queda luego de restadas o deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad (teoría del reembolso).

Como bien refiere Castro Pérez Treviño⁽³⁰⁶⁾ no se ha considerado el caso de las indemnizaciones por daños o pérdidas en los bienes propios de uno de los cónyuges pero en aplicación del principio de subrogación real la indemnización tiene el mismo carácter porque reemplaza o sustituye el bien en el patrimonio personal del cónyuge.

8.1.4.1. Derechos de autor e inventor (art. 302, inc. 5)

Los derechos de autor e inventor, como derechos subjetivos, personales e incorporales son propios en razón de que son intransferibles.

Sus rentas son sociales (art. 310).

Haciendo un análisis amplio la norma quedó diminuta pues debió considerarse otros derechos intelectuales tales como marcas, nombres, lemas, diseños industriales que están encuadrados dentro de la categoría de signos distintivos.

(306) CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María: “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. Ob. cit., p. 119.

8.1.5. Bienes para el trabajo o profesión (art. 302, inc. 6)

Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo. Independientemente de dónde sean los fondos utilizados para su adquisición este tipo de bienes se consideran personales.

Son sociales los bienes accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.

8.1.6. Acciones y participaciones de sociedades distribuidas gratuitamente (art. 302, inc. 7)

8.1.6.1. Introducción

Problema mayor, preocupación menor. Acción, como título valor, es sinónimo de inversión, renta, utilidad, ganancia. Discusión permanente, solución deficiente. El matrimonio cambia a las personas y, a las cosas ni qué decirlo. Frente a este, el suelto (soltero) se une (cónyuge) comprometiendo y refundiendo sus bienes. La relación patrimonial se complejiza frente a la personal. Matrimonio y patrimonio dos instituciones complejas y conexas. Societistas y familistas nada aportaron en nuestro medio; solo divagaron, jamás concretaron. Considero, guardando distancias, que el matrimonio no solo une; en el tema económico, fundamentalmente, diferencia. Lo mío, lo tuyo, lo nuestro, lo conyugal. Las reglas privadas son inaplicables y las societarias demasiado respingadas para tratar la naturaleza de los bienes matrimoniales, sensibles por esencia.

8.1.6.2. Supuesto normativo

Para el inciso 7 del artículo 302 del Código son propias de cada cónyuge las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. Este criterio no ha sido discutido en su verdadera dimensión en sede judicial, solo tenemos uno suelto que considera que: “Las acciones otorgadas por concepto de beneficios sociales al trabajador son bienes sociales, pues para que las nuevas acciones tengan el carácter de bien propio es necesario que quien las recibe haya sido previamente socio y que las acciones que tenía anteriormente y que dieron lugar a que reciba nuevas acciones por revaluación de patrimonio social hayan tenido la calidad de propio”⁽³⁰⁷⁾.

8.1.6.3. Principios en juego

Al analizar el supuesto normativo apreciamos sin mayor esfuerzo dos principios: *Principio de procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones* y el *Principio de carácter gratuito de la adquisición del bien durante el*

(307) Corte Superior de Arequipa, Sala 2, Civil Causa N° 2004-00158-0-040101-SS-CI-02, 2008.

matrimonio, así como una forma de aumento de capital en la que se aplica la calidad de las acciones.

Así tenemos:

Son propias de cada cónyuge las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente (*Principio de carácter gratuito de la adquisición del bien durante el matrimonio*) entre los socios por revaluación del patrimonio social (*tipo de aumento de capital*), cuando esas acciones o participaciones sean bien propio (*Principio de procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones*).

En razón de estos principios, las nuevas acciones son propias por su origen gratuito (sin costo de adquisición) y/o si el origen de las mismas es propio (la cría de acciones son bienes propios porque siguen la naturaleza invariable de la acción madre). Las acciones serán bienes propios si es que las acciones que dieron origen a dichas nuevas acciones hayan sido bien propio y además el cónyuge tenga la calidad de socio⁽³⁰⁸⁾; por el contrario serán sociales si fueron adquiridas con aporte de bienes comunes⁽³⁰⁹⁾.

Consideramos que el *principio de carácter gratuito de adquisición del bien durante el matrimonio* es el que tiene mayor trascendencia pero no puede desconocerse el *principio de la procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones* al que debe sumarse la *teoría del reembolso* a pesar de que ni uno otra estén contemplados en nuestro Código civil. La teoría del reembolso se explica cuando el cónyuge propietario de las acciones invierte en la empresa con fondos de bienes sociales de forma que para que las utilidades conserven la calidad de

(308) “Que el artículo trescientos dos, inciso siete del Código Civil, señala son bienes propios, las acciones y participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios, por reevaluación de patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. De esta norma se desprende que para que las nuevas acciones tengan el carácter de bien propio es necesario que quien las recibe sea previamente socio y que las acciones que tenía anteriormente y que dieron lugar a que reciba nuevas acciones por reevaluación de patrimonio social hayan tenido también la calidad de bien propio, supuestos que no se dan en el presente caso, pues el demandante ni ha sido socio, ni ha tenido anteriormente acciones con carácter de bien propio, a lo que se agrega que conforme ha establecido en la jurisprudencia son bienes propios los que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio aquellos que se adquieran durante su vigencia a título gratuito, por subrogación real con otro bien propio o por causa o título anterior al matrimonio, supuestos que tampoco se dan en el presente caso, a lo que se agrega que el demandado no ha probado los extremos de su afirmación a lo que se estaba obligado por imperativo del artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil”. Causa N° 2004-00158-0-040101-SS-CI-02, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa de fecha 29 de agosto de 2008.

(309) “Las acciones emitidas, que fueron pagadas con el aporte del inmueble perteneciente a una sociedad de gananciales, ello permite concluir que dichas acciones corresponden a la sociedad de gananciales. Esto es, el referido inmueble tenía la condición de bien social y el hecho que las acciones hayan sido emitidas solo a nombre del marido de la demandante, conforme se aprecia en la cláusula segunda de la escritura de constitución social de la empresa, no menoscaba su naturaleza, pues dichas acciones tienen la calidad de bienes de la sociedad de gananciales como prescribe el artículo 310 del Código Civil y como así se ha establecido en la instancia”. Cas. N° 2021-2004-Lima, *El Peruano*, 30/03/2008.

bienes propios el cónyuge propietario debe reembolsar a la sociedad los fondos que utilizó. El principio de la procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones considera que las acciones ostentaran la calidad de bien propio si es que fueran producidas por la inversión de bienes propios; serán sociales, si es que la emisión fuera a partir de la inversión de bienes comunes.

Considérese, además, que el supuesto normativo solo trata un tipo de aumento de capital, la revaluación de activos, no siendo esta la única forma de adquirir de acciones vía aumento. Existen otras que el artículo 302 del Código no trata pero sí la Ley General de Sociedades - LGS, en su artículo 202⁽³¹⁰⁾. En todo caso, en el contexto normativo el tema es saber qué se entiende por revaluación del patrimonio social. De arranque este término no alcanza la capitalización de las diversas cuentas del patrimonio (utilidades, primas, etc.). Solo contiene a la revaluación de activos que se reflejan en un mayor valor del patrimonio y, a consecuencia de ello, se aumenta el capital. Ese mayor monto reflejado en las acciones o las nuevas emitidas corresponde al titular en calidad de bien propio. Distinto sería el mayor valor al patrimonio derivado del aumento de capital por capitalización de utilidades.

Entonces, debemos tener la respuesta clara en cuanto a:

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las acciones de una sociedad cuándo los accionistas son casados? Propias o sociales, privativas o gananciales.

La cuestión es saber su determinación en todas aquellas formas en que emiten acciones.

8.1.6.4. Las acciones como bienes propios

Derecho de suscripción preferente

Azpiri⁽³¹¹⁾ considera que son bienes propios las nuevas acciones adquiridas en virtud del *derecho de suscripción preferente* cuando este deriva de acciones propias en razón de que el título es anterior al matrimonio⁽³¹²⁾. Para Díez-Picazo y Gullón⁽³¹³⁾ son propias por que la adquisición deriva de un derecho propio; además, la suscripción preferente no enriquece solo, y únicamente, preserva el valor de los derechos societarios y la cuota de participación. Respecto de este último

(310) LGS. "Artículo 202.- Modalidades. El aumento de capital puede originarse en: 1. Nuevos aportes; 2. La capitalización de créditos contra la sociedad, incluyendo la conversión de obligaciones en acciones; 3. La capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación; y, 4. Los demás casos previstos en la ley".

(311) AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, p. 81.

(312) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo I, 10ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 254.

(313) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 227.

criterio Montoya⁽³¹⁴⁾ discrepa sustentando que la suscripción preferente enriquece *per se*; el socio tiene un valor patrimonial agregado.

Sin embargo, deberá analizarse el origen de los fondos con los que suscriben las nuevas acciones. Para Azpiri⁽³¹⁵⁾ en caso de ser sociales se deberá una recompensa a la sociedad conyugal al momento de liquidarse, posición consagrada en el artículo 1352 *in fine* Código español. Criterio diferente sostienen Borda⁽³¹⁶⁾ y Díez-Picazo y Gullón⁽³¹⁷⁾, si el cónyuge adquiere las acciones con dinero social estas serán gananciales –en virtud del principio de subrogación real– debiendo la comunidad conyugal restituir al cónyuge titular del derecho de preferencia el valor de la acción al momento de la suscripción.

Hernando Montoya⁽³¹⁸⁾ considera que materia de suscripción preferente se presentan tres (3) supuestos:

- i) Cuando tengo el derecho de suscribir preferentemente mis acciones y ese derecho es negociable; es decir, no ejerzo el derecho pero sé que puedo transferirlo. Lo que ingresa por ese derecho es de la sociedad de gananciales por más que se derive de un bien propio.
- ii) El accionista ejerce su derecho a suscribir nuevas acciones y hace nuevo aporte para suscribir las que le corresponden. En este caso debe evaluarse el origen de los fondos comprometidos en la suscripción. Si suscribe y paga con fondos propios o si suscribe y paga con bienes sociales.
- iii) Se ejerce el derecho de suscribir preferentemente acciones porque uno de los socios no ejerció el derecho oportunamente; entonces, el accionista casado decide suscribir la porción del otro socio que no suscribió.

Revaluación de activos

La naturaleza de las acciones emitidas por revaluación de activos depende del origen del derecho de su titular. Si son propias, las nuevas también lo serán en razón de que (i) la causa de origen de la adquisición fue propia⁽³¹⁹⁾, y; (ii) porque representan el mayor valor del bien propio⁽³²⁰⁾ (evolución o transformación)⁽³²¹⁾. En definitiva, son los mismos bienes cuyo valor asume una expresión social⁽³²²⁾.

(314) Comunicación personal intercambiada.

(315) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 81.

(316) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 254.

(317) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 228.

(318) Comunicación personal intercambiada.

(319) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 81.

(320) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 503 y 539.

(321) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 114.

(322) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo I - Sociedad conyugal, 6ª edición, Librería Studium S.A., Lima, 1987, p. 292.

El *mayor valor* que adquiere un bien propio beneficia al cónyuge propietario del mismo modo que lo perjudicaría si pierde valor⁽³²³⁾. Plusvalía y depreciación corresponden únicamente al propietario. Consideramos que tratándose de revaluación del activo, donde no existe una contribución o aporte del socio sino actualización del valor de los activos (que se refleja en la cuenta excedente de revaluación y consecuente aumento de capital social con emisión de nuevas acciones) las acciones emitidas responden a la misma naturaleza por su origen. Cabe aclarar que este mayor valor será propio siempre que se haya originado en el libre juego de la oferta y la demanda. Si la revalorización se debiera a gestiones conyugales será ganancial⁽³²⁴⁾.

8.1.6.5. Las acciones como bienes comunes

Utilidades

Las utilidades son frutos civiles que produce el capital social y como tales son bienes gananciales por disposición legal, aunque provengan de acciones propias. Sea en dinero o nuevas acciones, las utilidades tienen la calidad de bien social⁽³²⁵⁾ en tanto se devenguen durante la vigencia de la sociedad conyugal y correspondan a ejercicios vencidos antes de su disolución⁽³²⁶⁾.

Debemos distinguir entre utilidad y dividendo. La empresa genera utilidades y la acción, dividendos. El destino de las utilidades es variable, aumento de capital o reparto, en este último estamos frente a un dividendo. Esto es interesante porque cuando se habla de usufructo de acciones se entiende que el fruto de la acción es el dividendo. En la materia que analizamos existirían dos situaciones el derecho a la utilidad y el derecho al dividendo. Puede suceder que se generen utilidades pero se acuerda no repartirlas –manteniéndose en la cuenta patrimonial– o se decide repartirlas. En tanto no se suceda esto último, es decir repartirlas, no se genera ningún derecho para el cónyuge surgiendo recién el derecho al momento de repartirlas.

Cabe en todo este contexto plantear la siguiente situación: Frente al derecho que tiene un accionista casado en decidir no repartir utilidades podría su cónyuge exigir el reparto amparándose en el artículo 231 de la LGS y, de ser el caso, pedir el reparto del 50%, *i.e.* ¿Corresponde a un cónyuge el derecho a sustituirse en la petición al cónyuge-accionista titular de las acciones? Con base en el artículo

(323) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2002, p. 131 y ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 503.

(324) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 238.

(325) AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Ob. cit., pp. 81 y 89. MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Ob. cit., p. 126. SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*, 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 713.

(326) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 538.

91 de la LGS consideramos que no en razón que solo se reconoce este derecho a quien aparezca inscrito en el Registro de matrícula de acciones.

Capitalización de utilidades

Teniendo la calidad de frutos civiles, las acciones emitidas por capitalización de utilidades son sociales a pesar que el capital original sea propio. Dice Borda⁽³²⁷⁾ que desde el momento en que los dividendos no distribuidos se devengan quedan calificados *ministerio legis* como gananciales en razón de que la junta de accionistas no puede desnaturalizar su calificación legal por ser de orden público. En otras palabras, no es admisible que vía capitalización se altere la calificación de bien social que la ley otorga a las utilidades. La sociedad mercantil no puede servir de medio para cometer fraudes; su finalidad es ser un vehículo generador de riqueza, no de timos. Caso contrario, sería simple que un accionista capitalice a fin de privar a su cónyuge del derecho sobre dichos bienes. Viene el tema en establecer cuando las utilidades pasan a ser dividendos, lo cual es claro que con el acuerdo de accionistas que aprueba el reparto, no cuando se aprueba el balance que contiene las utilidades. En efecto, en aplicación del artículo 114 de la LGS la junta aprueba el destino de las utilidades, *i.e.* en tanto no haya acuerdo no hay dividendos; puede haber utilidades, más no dividendo.

Por otro lado, hay quienes están en contra de esta posición pues consideran que “los dividendos en acciones de acciones propias, son propias, a su vez, porque en realidad ha dejado de ser dividendo”⁽³²⁸⁾.

Las reservas efectuadas, obligatorias o facultativas, se realizan con cargo a utilidades destinadas para dicho fin. En relación con lo nuestro dice la doctrina que son sociales como regla⁽³²⁹⁾ y, en todo caso, habrá que tomar en cuenta el momento en que se efectúa la reserva, a fin de determinar si es propio o social⁽³³⁰⁾. Consideramos que en las reservas no tiene injerencia el cónyuge, salvo que luego se acordara su capitalización. Antes de ello es un tema netamente societario, más allá de ello, netamente empresarial. La sociedad decide el destino de la reserva. Solo si el destino es aumentar el capital social existiría una incidencia en la determinación del derecho sobre las acciones emitidas como derivación de un derecho propio o de un derecho de gananciales.

(327) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 253. Cit. SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 715.

(328) De acuerdo a sentencias citadas por SAMBRIZZI, Eduardo. Ob. cit., p. 713.

(329) *Ibidem*, p. 715.

(330) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 90.

Acciones		
	Propias	Sociales
Acciones recibidas a título	Derecho de suscripción preferente	
	Revaluación de activos propios	Revaluación de activos sociales
	Nuevos aportes de capital propio	Nuevos aportes de capital social
	Gratuito	Oneroso
	Capitalización de préstamo por capital propio	Capitalización de préstamo por capital social
		Capitalización de créditos contra la sociedad
		Capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación.
		Conversión de obligaciones en acciones

8.1.6.6. Divorcio, liquidación de gananciales y participaciones

Un criterio registral ha considerado acertadamente que “(...) No constituyen bien propio las participaciones adquiridas dentro del matrimonio por alguno de los cónyuges, deben estar inscritos como actos previos en el Registro Personal y en la partida de la sociedad, la disolución del vínculo matrimonial del socio que se ha divorciado, así como la distribución de los bienes remanentes referidos a las participaciones que son consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, respectivamente, acorde con lo dispuesto en los artículos 320 y 322 del Código Civil a efectos de determinar los socios de la persona jurídica una vez disuelto el vínculo matrimonial de alguno de ellos”⁽³³¹⁾.

8.1.6.7. Conclusiones

Todas las acciones se presumen sociales salvo prueba en contrario (art. 311 del Código y 37 del Reglamento de Registro de Sociedades). Para cada caso en concreto deberá analizarse la naturaleza de las acciones, tanto en su emisión, creación o incremento de su valor nominal como consecuencia del aumento de capital.

- 1. Calificación de la naturaleza de las acciones.** Para la calificación de las acciones adquiridas durante la vigencia de la sociedad conyugal debe tenerse

(331) Res. N° 081-99-ORLCTR-Lima, del 07/04/1999, Jurisprudencia Registral, Año IV, Vol. VIII, p. 241.

en cuenta la procedencia del derecho de origen de las nuevas acciones, la gratuidad de la adquisición del bien y la propia calificación que la ley le otorga. Si las acciones fueron adquiridas antes de celebrarse el matrimonio serán calificadas como bienes propios. Si fueron adquiridas después se presumirán como sociales, salvo prueba en contrario.

2. **Acciones propias.** Son bienes propios las acciones emitidas (i) del *derecho de suscripción preferente* cuando este deriva de acciones propias en razón de que el título es anterior al matrimonio, solo debe analizarse el origen de los fondos con el cual son suscritas las nuevas acciones, y; (ii) por *revaluación de activos*, si la causa de origen de la adquisición fue propia al representar el mayor valor del bien propio. *El mayor valor (plusvalía) que adquirir un bien beneficia al cónyuge propietario del mismo modo que lo perjudicaría si pierde valor (depreciación)*. Este mayor valor será propio siempre que se origine en el libre juego de la oferta y demanda; si se debiera a gestiones conyugales, es decir, al trabajo realizado por los cónyuges en conjunto, será ganancial.
3. **Acciones sociales.** Son bienes gananciales las acciones emitidas por *capitalización de utilidades* aunque el capital original sea propio. En su calidad de frutos civiles, las *utilidades* son sociales, aunque provengan de acciones propias y en tanto se devenguen durante la vigencia de la sociedad conyugal y correspondan a ejercicios vencidos antes de su disolución. Las utilidades o las acciones que se emitan por su capitalización serán calificadas como bienes sociales.

8.1.7. Renta vitalicia (art. 302, inc. 8)

La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. Se consideran dos tipos de rentas, primera sustentada en principio de gratuidad y, la segunda, en el principio de subrogación.

8.1.8. Bienes de uso personal (art. 302, inc. 9)

Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia en razón de que son bienes de uso personal.

Estos bienes tienen un doble tratamiento al no ser considerados como menaje del hogar (art. 321 - 1, 4, 5, 6, 10).

Este cuadro puede resumir la teorificación de la titularidad de los bienes:

Bienes propios							
Todos los bienes habidos antes del matrimonio	A título gratuito (salvo se trate de donaciones <i>propter nuptias</i>)						
	A título oneroso						
Ciertos bienes habidos en el matrimonio	<table border="1"> <tr> <td>A título gratuito</td> <td> <ul style="list-style-type: none"> - Los que adquiera por dicha calidad - Las acciones y las participaciones distribuidas gratuitamente por revaluación del patrimonio cuando sean bien propio. - La renta vitalicia a título gratuito. </td> </tr> <tr> <td>A título oneroso</td> <td> <ul style="list-style-type: none"> - Cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella. - Los adquiridos por subrogación. - La renta vitalicia a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. - Los adquiridos antes del comienzo de la comunidad por título inválido saneado durante ella, o en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella. - Los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico. </td> </tr> <tr> <td>Bienes o derechos personalísimos</td> <td> <ul style="list-style-type: none"> - La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. - Los derechos de autor e inventor. - 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 - Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia. </td> </tr> </table>	A título gratuito	<ul style="list-style-type: none"> - Los que adquiera por dicha calidad - Las acciones y las participaciones distribuidas gratuitamente por revaluación del patrimonio cuando sean bien propio. - La renta vitalicia a título gratuito. 	A título oneroso	<ul style="list-style-type: none"> - Cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella. - Los adquiridos por subrogación. - La renta vitalicia a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. - Los adquiridos antes del comienzo de la comunidad por título inválido saneado durante ella, o en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella. - Los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico. 	Bienes o derechos personalísimos	<ul style="list-style-type: none"> - La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. - Los derechos de autor e inventor. - 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 - Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.
	A título gratuito	<ul style="list-style-type: none"> - Los que adquiera por dicha calidad - Las acciones y las participaciones distribuidas gratuitamente por revaluación del patrimonio cuando sean bien propio. - La renta vitalicia a título gratuito. 					
	A título oneroso	<ul style="list-style-type: none"> - Cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella. - Los adquiridos por subrogación. - La renta vitalicia a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. - Los adquiridos antes del comienzo de la comunidad por título inválido saneado durante ella, o en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella. - Los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico. 					
Bienes o derechos personalísimos	<ul style="list-style-type: none"> - La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. - Los derechos de autor e inventor. - 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 - Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia. 						

Por su calidad y valor si se produjera una pérdida o extravío y siendo la sociedad quien invierte en su recuperación estos bienes pasan a ser sociales, en mérito de la teoría de la recompensa.

Facultades de cada cónyuge sobre sus bienes propios

8.1.9. Administración

Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer⁽³³²⁾ de ellos o gravarlos (art. 303)⁽³³³⁾ y responden de las obligaciones particulares de cada cónyuge⁽³³⁴⁾.

Esta norma no es tan amplia como aparenta ser por tres motivos:

- i) Los frutos y productos de los bienes propios son sociales
- ii) Los bienes propios responden de las deudas sociales
- iii) Siempre está de por medio el interés familiar

Por cualquiera de estas razones puede limitarse la libre administración y disposición de los bienes propios, considerando que una redacción más acorde del artículo 303 sería: “Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos *salvo interés familiar existente*”.

8.1.10. Excepciones

El bien propio de uno de los cónyuges es administrado por el otro en los siguientes casos:

- **Falta de contribución al sostenimiento del hogar** (art. 305)

En caso un cónyuge no contribuya con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar el otro cónyuge puede pedir al juez que pasen a su administración, en todo o en parte. Para estos efectos debe garantizar su gestión por el valor de los bienes ajenos que reciba:

- Constituyendo hipoteca o, en su caso;
- Otorgando garantía (real o personal) si carece de bienes propios, lo cual queda al prudente arbitrio del juez.

- **Delegación voluntaria de facultades** (art. 306)

Los bienes propios de uno de los cónyuges son administrados por el otro es cuando el mismo cónyuge propietario lo permite. En tal supuesto, el cónyuge no

(332) “Es válida la enajenación de los bienes propios producida antes de la celebración del matrimonio, por lo que el cónyuge carece del derecho de demandar la nulidad de la venta de dicho bien”. (Exp. N° 602-1995-Tacna. En: *Código Civil Comentado*, 2ª edición, Tomo II, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 207).

(333) “La comunidad social de gananciales puede estar integrada por los bienes propios de cada cónyuge y los bienes de la sociedad conyugal. Que es importante determinar si como excepción alguien adquiere a título gratuito un bien durante la vigencia del matrimonio este se considera como bien propio, teniendo la facultad de disponer de él o gravarlo conforme señala el artículo 303 del Código Civil”. Cas. N° 1304-1998-Lambayeque, *El Peruano*, 01/09/2000, p. 6208.

(334) Cas. N° 1666-2001, Junín. En: *Compuleg software jurídico*. Normas Legales S.A.C., Perú, mayo de 2011.

tiene más facultades que las de mera administración y está obligado a devolver los bienes a su propietario cuando este lo requiera.

La mera administración implica actos de conservación, medidas de incremento y obtener todas las ventajas del bien. No se admite actos de disposición.

- **Delegación legal de facultades** (art. 314, concordado con 294)

Los bienes propios de uno de los cónyuges son administrados por el otro cuando:

- El otro está impedido por interdicción u otra causa.
- Si se ignora el paradero del otro o este se encuentra en lugar remoto, salvo que exista apoderado.

En caso de abandonado del hogar quien se queda en el mismo solo le corresponde la administración de los bienes sociales, no de los propios del otro.

8.1.11. Disposición

El cónyuge propietario tiene las facultades de gravar y disponer libremente de sus bienes, sin intervención del otro.

En caso de actos de disposición excesiva fuesen el resultado de una actitud irracional o de una ausencia de aptitudes de ponderación del valor de los bienes o de su adecuado manejo, puede el otro cónyuge⁽³³⁵⁾:

- Plantear una acción de interdicción por causa de prodigalidad, de mala gestión o de invalidez de donación, según sea el caso.
- Pedir la nulidad de los actos practicados por el otro en su perjuicio, invocando dolo (art. 210), a la simulación (arts. 190 y 219, inc. 5), fraude (art. 191) o a la nulidad de los actos jurídicos (art. 219), según el caso.
- Hacerse indemnizar por el acto ilícito del otro en su agravio de acuerdo con los artículos 1969, 1984 y 1321 del Código, cuando no sean de aplicación las otras disposiciones.

Naturalmente, como señala Diego Meseguer⁽³³⁶⁾, este principio debe interpretarse en forma restringida porque de modo general se reconoce a los cónyuges la facultad de administrar, como tengan por conveniente, los bienes sociales, sin que sean responsables de las pérdidas que origine dicha administración, toda vez que la ley no señala el grado de diligencia que deben poner; y porque resultaría, por lo

(335) MESEGUER GÜICH, Diego. Ob. cit., pp. 77 y 78.

(336) *Ibidem*, p. 78.

general, imposible determinar el límite exacto entre la negligencia y la administración normal que cada cónyuge debe llevar a cabo como buen padre de familia.

8.1.12. Irrenunciabilidad de actos de liberalidad

Los cónyuges no pueden renunciar a herencia o legado ni dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro (art. 304).

Se trata de las liberalidades puras y simples, donaciones, herencias o legados. Aquellas con cargo se excluyen de este supuesto en la medida en que el cumplimiento del cargo es una obligación para el beneficiario por lo que tendrá el pleno derecho de aceptarla o de rechazarla, sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge⁽³³⁷⁾.

El numeral comprende las liberalidades:

- Ínter vivos (donaciones) y,
- Mortis causa (legados o la institución de heredero).

El fundamento es que en el régimen de comunidad los frutos y productos de los bienes propios son sociales.

Existe una contradicción al requerirse la aprobación del cónyuge para rechazar una donación. Ante su negativa el bien ingresará al patrimonio personal del beneficiario pudiendo este disponerlo a plenitud, lo que incluye venderlo, permutarlo, donarlo, sin intervención alguna del otro.

Si los actos de disposición excesiva fuesen resultado de una aptitud irracional o de una falta de aptitudes para la valoración de los bienes o de su administración, el otro cónyuge está capacitado para plantear una acción de interdicción por prodigalidad (art. 584) o de mala gestión (art. 585) o de invalidez de donación (art. 1629).

8.1.13. Disposiciones excesivas

Todo acto de disposición excesiva de bienes personales puede perjudicar al otro cónyuge y a la sociedad de gananciales tomando en cuenta que los frutos son comunes, es por esta razón que no se niega la posibilidad que alegándose una actitud irracional, ausencia de aptitudes de ponderación de valor de los bienes o adecuado manejo del cónyuge propietario pueda, el cónyuge afectado, plantear una

(337) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana: "Renuncia a herencia, legado o donación". En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, Derecho de familia - Primera Parte. 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 208.

acción de interdicción por prodigalidad (art. 584), mala gestión (art. 585) o requerir la invalidez de la donación (art. 1629)⁽³³⁸⁾.

8.2. Bienes sociales

Son aquellos que pertenecen a la sociedad conyugal.

8.2.1. Determinación

Son todos en general (art. 310). Todos los bienes no contemplados en la enumeración cerrada de los bienes propios (art. 302).

Además, dentro de los más comunes, tenemos:

- Los bienes accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.
- Los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión;
- Los frutos y productos de todos los bienes propios y sociales;
- Las rentas de los derechos de autor e inventor;
- Los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso.

Sin mayor esfuerzo se aprecia que en la determinación de los sociales tenemos una fórmula súper especial, en razón de que se estructura dentro de un contexto abierto, taxativo y presuncional, veamos:

8.2.1.1. Abierta

Son bienes sociales todos los no comprendidos como propios (art. 310).

8.2.1.2. Taxativa

También son bienes sociales.

- Los accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio (art. 302 - 6);
- Los adquiridos por trabajo, industria o profesión (art. 310), la jurisprudencia ha considerado también a las pensiones –de cesantía, jubilación y retiro– sus devengados e intereses⁽³³⁹⁾;

(338) CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. En: Ob. cit., p. 120.

(339) Las pensiones, sus devengados e intereses, cualquier acto de disposición sobre los mismos requieren la intervención de ambos cónyuges a menos que alguno otorgue poder especial al otro. Cas. N° 2235-2003-Lima. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 11, mayo de 2006 - Consultas Jurisprudenciales.

- Los frutos y productos de los bienes propios y sociales (art. 310);
- Las rentas de los derechos de autor e inventor (art. 310);
- Los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso (art. 310).
- La compensación por tiempo de servicios, CTS (art. 39, D.S. N° 001-1997-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios)⁽³⁴⁰⁾.

La jurisprudencia llegó a establecer que el bien adquirido de soltero pero cancelado de casado es social: El bien cuya declaración de bien propio pretende el recurrente fue adquirido con anterioridad a contraer matrimonio por compra-venta a plazos y con pacto con reserva de propiedad; es decir, el vendedor se reservó el derecho de propiedad hasta que el comprador demandante cumpla con pagar totalmente el precio convenido. Habiéndose cumplido con cancelar dicho precio con posterioridad a la celebración del matrimonio en vigencia de la comunidad de gananciales, el bien resulta ser común⁽³⁴¹⁾.

El Proyecto de Código Civil argentino de 2000 considera (art. 461) que son también gananciales, llegando al *extremis* de taxatividad:

- a) Los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro.
- b) Los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad, salvo lo dispuesto en el inciso k) del artículo anterior.
- c) Los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad.
- d) Los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, salvo que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la

(340) “**Artículo 39.-** En todos los casos en que proceda la afectación en garantía; el retiro parcial, o total del depósito en caso de cese, incluye los intereses correspondientes.

La compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de bien común solo a partir del matrimonio civil, o de haber transcurrido dos años continuos de la unión de hecho y mantendrá dicha calidad hasta la fecha de la escritura pública en que se pacte el régimen de separación de patrimonios o de la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ponga fin a dicho régimen.

En los casos a que se refiere el primer párrafo del presente artículo se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador cuenta con el consentimiento correspondiente para realizar tales actos. Para desvirtuar esta presunción basta que el cónyuge o conviviente que acredite su calidad de tal, lo manifieste por escrito al empleador y al depositario”.

(341) Cas. N° 838-96. En: *El Código Civil en su Jurisprudencia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 145.

comunidad. Cuando el valor de lo donado exceda de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, es excedente es un bien propio.

- e) Lo devengado durante la comunidad en virtud del derecho de usufructo de carácter propio.
- f) Los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, salvo la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio.

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es personal, salvo la recompensa debida a la comunidad.

- g) Los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial.
- h) Los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad.
- i) Las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa.
- j) Los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella.
- k) Los adquiridos onerosamente durante la comunidad por título inválido saneado después de su extinción.
- l) Los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico.
- m) Los incorporados por accesión a las cosas gananciales, salvo la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios.
- n) Las nuevas porciones alícuotas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una alícuota de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, salvo la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes personales de este para la adquisición.
- ñ) La plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquella, salvo el derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes personales.

Como puede verse estos son casos sui géneris.

Dentro de estos los más discutidos y discutibles podrían ser los bienes adquiridos por el azar o hechos fortuitos, *i.e.* por casualidad y de suceso inopinado.

Casos especiales:

El hallazgo de un tesoro, entendido como el “conjunto escondido de monedas o cosas preciosas, de cuyo dueño no queda memoria”⁽³⁴²⁾ pertenece al dueño del terreno en que hubiese sido hallado. En el contexto del Derecho de Familia según Krasnow, analizando el sistema argentino, dice que “el Código prevé el caso especial del descubrimiento de un tesoro, describiendo distintas posibilidades: cuando un cónyuge descubre un tesoro en el inmueble de un tercero, lo que obtenga por su participación será ganancial; cuando un tercero descubre un tesoro en el inmueble propio de uno de los cónyuges, la mitad que le corresponde al propietario es ganancial y cuando un cónyuge encuentra un tesoro en un inmueble propio o ganancial de alguno de los cónyuges la totalidad del tesoro será ganancial (art. 2560, CC)”⁽³⁴³⁾. Para Borda, “(...) son también gananciales los bienes adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas. Esta regla es también aplicable a los tesoros descubiertos por uno de los cónyuges en propiedad de un tercero. Sabido es que en tal caso, el dominio del tesoro le pertenece la mitad al descubridor y la mitad al propietario. Aquella mitad es indudablemente ganancial, puesto que fue adquirida por un hecho fortuito. De igual modo es ganancial la parte que corresponde a uno de los cónyuges como propietario en el caso de que fuera un tercero el descubridor (art. 2560).

El premio ganado en un juego. Para Borda, “Debe reputarse comprendidos en esta disposición del artículo 1272 los premios obtenidos en los concursos de preguntas y respuestas de la televisión”⁽³⁴⁴⁾. Asimismo, Krasnow considera que los “(...) bienes adquiridos por hechos fortuitos: todo lo adquirido durante el matrimonio por hechos fortuitos es ganancial (art. 1272, 3º párr., CC). Por ejemplo, si estando casado Pablo gana una suma importante en un juego de azar, la suma obtenida será ganancial”⁽³⁴⁵⁾. Así también, todos aquellos reconocimientos económicos que reciba uno de los cónyuges (la retribución económica del Nobel de Mario Vargas Llosa es también de Patricia).

8.2.1.3. Presuncional

En caso de duda respecto a la naturaleza de un bien se presume que es social (art. 311).

(342) Diccionario de la Real Academia Española.

(343) KRASNOW, Adriana Noemí. “Una aproximación a la calificación de los bienes en el matrimonio”. En: *Doctrina Judicial* (2006-2-531).

(344) BORDA, Guillermo A. “Clasificación de los bienes que componen la sociedad conyugal”. En: *La Ley*, 1983-A, p. 836.

(345) Ídem.

El Código contiene reglas y presunciones que nos apoyan para la calificación de los bienes en caso de incertidumbre respecto de su naturaleza.

Tales reglas son las siguientes:

- Todos los bienes son sociales, salvo prueba en contrario.

Este es el principio de presunción legal favorable a la comunidad de gananciales⁽³⁴⁶⁾ al que se le denomina presunción muciana⁽³⁴⁷⁾.

Se trata de una presunción *iuris tantum* de sociabilidad o ganancialidad de los bienes por la que debe entenderse que ante la duda en la calificación de un bien este se presume social. Es una presunción relativa, *i.e.* admite prueba en contrario. Tal prueba debe estar orientada a demostrar la adquisición del bien con el patrimonio privado del cónyuge propietario. Debe considerarse que con la finalidad de enervar la presunción de bien social, contenida en el inciso 1 del artículo 311, e inscribir un bien inmueble como bien propio *no es suficiente la declaración efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa*⁽³⁴⁸⁾, es necesario acreditar, probar el origen y la naturaleza del bien.

La presunción muciana es aplicable también a las deudas de forma que aquellas que no puedan considerarse gananciales habrán de ser calificadas como deuda propia de uno de los cónyuges.

- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.

Este es el principio de subrogación real.

Se trata de una presunción *iuris et de iure*.

Los bienes adquiridos durante el matrimonio en sustitución de otros tendrán la misma naturaleza del bien sustituido. Si el bien sustituido era social el adquirido tendrá la misma calidad; a símili, si fue propio el sustituido el adquirido también lo será.

(346) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. Caracas, Vadell hermanos editores, 2002, p. 238.

(347) Su origen está en el Derecho Romano, en el fragmento 51 del título 1, libro 24 del Digesto, Pomponio atribuye la norma a Quintus Mucius Scaevola: Quintus Mucius ait, quum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et venus et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gxtatia cirea uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. También, la Ley 6, título 16, libro 5 del Codex recoge el mismo principio, complementando la norma de que el depósito de cosas propiedad del marido a nombre de la esposa no altera dicha propiedad, ni aun en el caso de que las cosas se entiendan donadas: Etiamsi uxoris nomine res, quae tui iuris fuerant, deposita sunt, causa proprietatis earum mutari non potuit, etsi donasset uxori res tuas ex hoc quis intelligat, quum donatio in matrimonio facta prius mortu aequae liberalitatem excepit irrita sit. Nec est notum, quod, quum probant non possit.

(348) Criterio adoptado en la Resolución N° 003-2002-ORLC/TR del 4 de enero de 2002, publicada el 30 de enero de 2002.

Cornejo Chávez nos orienta que tal regla evita dos situaciones disyuntivas igualmente injustas⁽³⁴⁹⁾:

1. Que el patrimonio propio de uno de los cónyuges permanezca siempre en poder de su dueño, extrayéndosele del comercio de los hombres, lo que sería inadmisibles por perjudicar el desarrollo comercial.
 2. Que el patrimonio propio de uno de los cónyuges se involucre paulatinamente en el patrimonio social, lo que sería injusto hasta el punto de significar un freno y consiguiente desincentivo al matrimonio; ello equivaldría al despojo de uno de los cónyuges y al enriquecimiento indebido de la sociedad y del otro cónyuge.
- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

Se trata de una presunción *iusuris tantum*⁽³⁵⁰⁾.

Se toma en cuenta el origen de los fondos empleados en las adquisiciones, aun tratándose de onerosas durante el matrimonio, si ellas tienen su origen en el empleo de dinero o fondos propios, lo adquirido será propio por subrogación real.

Lo que se compra con el dinero que se obtuvo de la venta de un bien anterior se presume que sigue la suerte del primer bien, salvo prueba en contrario. Esta presunción disminuye la dificultad probatoria en torno a la naturaleza del bien aun que tal regla está limitada a la relación entre precio de lo vendido y el de lo comprado.

Con este sistema se permite subsanar automáticamente cualquier omisión. Todo lo que no es propio es social.

La norma es demasiado casuística y debe ser interpretada *in extenso*, bajo los siguientes criterios:

- Puede tratarse de una compra o de una permuta
- Equivalencia entre: (i) lo vendido y lo adquirido, paridad de precios y, (ii) el bien vendido y el adquirido, no debe ser necesariamente la misma naturaleza, el código nos habla de un criterio de equivalencia, no de bienes iguales ni mucho menos idénticos.

(349) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 284-285.

(350) “(...) la presunción no se refiere a la existencia de dichos bienes, sino a que, una vez acreditada fehacientemente la existencia y venta de los mismos, el precio de dicha operación se ha utilizado en la adquisición posterior”. R. N° 276-97-0RLC/TR, Jurisprudencia Registral, Año 11, Vol. IV, p. 235.

- El tiempo no es un condicionante que desvirtúe la presunción, puedo vender hoy y comprar luego de tres años, no existe un criterio de temporalidad.

Declaración de parte acerca de la calidad del bien. La calidad de bien propio de un bien inmueble debe demostrarse con pruebas que acrediten dicha naturaleza no bastando la mera declaración de parte, ni su declaración jurada. El dicho de uno o de ambos cónyuges acerca de la naturaleza da mérito legal para catalogarlo como propio o social, conforme lo considera la jurisprudencia registral: “Si bien es cierto la manifestación del adquirente del inmueble, acompañada del asentimiento del cónyuge, constituye un acto de reconocimiento de la calidad del inmueble como un bien propio, no es menos cierto que dicha manifestación se efectúa desprovista de pruebas que acrediten la naturaleza del bien como propio o como social; incumpléndose por ende con los requisitos necesarios para enervar los alcances de la presunción *iuris tantum*, contenida en el artículo 311 del Código Civil”⁽³⁵¹⁾.

8.2.1.3.1. Presunción muciana concursal. La quiebra y concurso

El artículo 1442 Código español y el 12 del Código de Familia catalán, en relación con el régimen económico matrimonial de separación de bienes –el primero– y las relaciones económicas entre los cónyuges –el segundo–, así como sus antecedentes europeos, enlazan técnicamente con la presunción muciana tradicional que parte, como hecho base, de una adquisición onerosa de un cónyuge a fin de presumir que la contraprestación viene del otro, presunción que se establece, en beneficio de sus acreedores, solo en situaciones concursales.

Código Civil español Artículo 1442	Código de Familia de Cataluña Artículo 12. Presunción de donación
Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho.	En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla.

En caso existiera conflicto se consideraba, salvo prueba en contrario, que los bienes que la mujer tenía fueron adquiridos con los del marido. Se establece una presunción *iuris tantum* en beneficio de los acreedores, siempre que los cónyuges no estén separados judicialmente o de hecho, aplicable cuando es declarado un cónyuge en quiebra o concurso.

(351) R. N° 275-97-0RLC/TR, en: Jurisprudencia Registral, Vol. IV, Año 11, p. 89.

Se trata de una norma de protección a los acreedores, sin perjuicio de la existencia de una cooperación al fraude. En este sentido, se presume que los bienes que adquirió a título oneroso el otro cónyuge durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o durante el periodo de retroacción a la quiebra fueron donados en su mitad por el quebrado o concursado.

Con esta presunción se trata de evitar el fraude de acreedores, en connivencia un deudor con su cónyuge. Se presume una donación.

8.2.2. Titularidad

La titularidad de los bienes se logra una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, momento en el cual se determina, finalmente, el patrimonio que le corresponde a cada cónyuge. María Teresa Bendito⁽³⁵²⁾ nos explica que la inexistencia de cuotas ideales implica que hasta la disolución de la sociedad de gananciales los cónyuges no saben cuál es el activo para proceder a su reparto final o liquidación. Mientras no se disuelva y liquide, los cónyuges no pueden tener sino un derecho expectante sobre el bien ganancial.

En este sentido, la Corte Superior de Justicia en una resolución del año 1998, consideró que:

“(...) los bienes sociales no constituyen copropiedad de los cónyuges, sino un patrimonio autónomo distinto de los sujetos que lo integran, siendo ello así los derechos y acciones de los cónyuges es virtual y solo se concretizan fenecida la sociedad conyugal con la liquidación de la sociedad de gananciales, tal como lo preceptúa el artículo 320 del Código Civil (...)”⁽³⁵³⁾.

Una Resolución de la Corte Superior de 1999 niega el carácter virtual:

“Los bienes de la sociedad conyugal no constituyen copropiedad de los referidos cónyuges, sino un patrimonio autónomo, por lo que las reglas aplicables a los bienes sociales, no pueden confundirse con las correspondientes a la copropiedad, razón por la que ningún cónyuge es titular de acciones y derechos. La propiedad no es actual, ni virtual y solo se concretiza fenecida la sociedad conyugal”⁽³⁵⁴⁾.

Los bienes sociales son autónomos e indivisibles en la medida que la sociedad de gananciales es una propiedad indivisa sui generis, es decir, un universo de bienes que perteneciendo en conjunto a los cónyuges no están distribuidos

(352) BENDITO CAÑIZARES, María Teresa. *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercera de dominio*. Tecnos, Lima, 1995, p. 21.

(353) Exp. N° 1952-98-Lima 04/09/1998.

(354) Exp. N° 3845-98-Lima 12/05/1999. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual*. Tomo 6, abril de 2002, p. 111.

individualmente entre ellos⁽³⁵⁵⁾, lo que ha sido avalado por la jurisprudencia⁽³⁵⁶⁾. Vigente la sociedad de gananciales no existen cuotas ideales. Estas solo aparecen con la liquidación de aquella (art. 323).

Los bienes son embargables luego del proceso de liquidación⁽³⁵⁷⁾ en razón de que ya no hay bienes sociales, solo hay bienes personales, de cada quien. Lo que es inembargable son las cuotas sociales que le corresponden a cada cónyuge. La ley procesal no le confiere la calidad de inembargables a los bienes conyugales sin embargo, los derechos y acciones que le corresponden a cada cónyuge no pueden ser embargados, pues corresponden a una totalidad indivisible⁽³⁵⁸⁾.

Situación distinta ocurrirá cuando el marido y la mujer tienen bienes en calidad de copropietarios. En tal caso se entiende que son aplicables las reglas de copropiedad contenidas en el Libro de Derechos Reales y, salvo que se hubiere pactado la indivisión forzosa del bien, el modo natural de poner fin a la copropiedad, como es la partición.

La titularidad del patrimonio social corresponde tanto al marido como a la mujer, aun cuando en algunos casos puedan existir situaciones en las que un bien de naturaleza ganancial aparezca exteriormente atribuido a uno solo de ellos (por ejemplo que en el Registro de Propiedad se señale como único titular al marido o a la mujer) lo que no modifica la naturaleza jurídica del bien que seguirá siendo común.

Cualquiera que sea la forma aparente de la titularidad no evitará la aplicación de los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales respecto del tema.

(355) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Deudas personales vs sociedad de gananciales”. En: diario oficial *El Peruano*, Cuerpo B, Economía y Derecho, Informe, 6 de agosto de 1996, Lima, 1996, p. 9.

(356) Los bienes sociales constituyen un patrimonio autónomo e indiviso, lo que implica la imposibilidad de ejecutar un bien de la sociedad de gananciales. “Los bienes gananciales o sociales son aquellos que adquieren los cónyuges a título común, lucrativo u oneroso, durante la vigencia del matrimonio, y tienen fin cuando este fenece; distinguiéndose de la copropiedad, en tanto esta se define como el dominio de un bien tenido en común por varios sujetos, quienes son titulares de cuotas ideales en igual proporción respecto de este. Los bienes sociales constituyen un patrimonio autónomo e indiviso, lo que implica la imposibilidad de ejecutar un bien de la sociedad de gananciales con el que uno de los cónyuges garantizó una obligación determinada, antes de que tal sociedad de bienes tenga fin”. Cas. N° 158-00-San Martín, 09/05/2000, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 13. Tomo 107, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2007.

(357) El bien social pertenece a la sociedad conyugal, quien detenta derecho real de propiedad sobre el mismo, siendo que el hecho de ser considerada la sociedad conyugal como patrimonio autónomo para efectos de su representación en juicio, no determina que tales bienes sean inembargables, pues los derechos que el deudor casado tenga sobre los bienes sociales con su cónyuge también forman parte de su patrimonio y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, luego del proceso de liquidación. Cas. N° 3360-2007-Arequipa, del 27 de agosto de 2008. En: *Diálogo con Jurisprudencia*. año 16, N° 136, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2010, pp. 140-143.

(358) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 9.

Facultades de los cónyuges sobre los bienes sociales

En el régimen de comunidad de bienes ambos cónyuges administran el destino o finalidad de los bienes. Se sustenta en la cogestión, coadministración y coparticipación adscribiéndose al principio de actuación conjunta o de gestión conjunta referido tanto a las facultades de administración como de disposición, salvo que se trate de actos relacionados con el poder doméstico, en los que basta la intervención de uno solo de los cónyuges.

Así como los bienes propios se sujetan a la libre administración y disposición del cónyuge titular (*principio de individualidad*), artículos 303 del Código, los bienes comunes se sujetan a la administración y disposición indistinta o individual (potestad doméstica), artículo 292; o, conjunta (*principio de igualdad*), artículos 313 y 315 del Código.

8.2.3. Administración

Hay dos tipos de administración:

8.2.3.1. Administración ordinaria

Conforme manda el artículo 292 para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad (poder doméstico) es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges. Estas necesidades ordinarias se relacionan, básicamente, con la atención de las cargas de la sociedad conyugal, artículo 316, casos estos en los que basta la intervención de uno solo de los cónyuges, *representación indistinta o individual*.

8.2.3.2. Administración extraordinaria

Los actos de administración sobre los bienes comunes que excedan el poder doméstico corresponden a los dos cónyuges, coderecho de administrar los bienes de la sociedad, pudiendo cualquiera de ellos facultar al otro, mediante poder especial (art. 156 del Código) para que asuma con exclusividad dicha función, respecto de todos o de alguno de los bienes. El cónyuge administrador es el responsable frente al otro por los daños derivados de sus actos dolosos o culposos como administrador (art. 313). Considera Lasarte⁽³⁵⁹⁾ que la gestión conjunta resulta en numerosos casos un *ideal imposible* o una regla excesiva para el funcionamiento cotidiano del matrimonio por lo que su mantenimiento puede traer más perjuicios que beneficios.

(359) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 204.

Administración y disposición del patrimonio individual	Administración del patrimonio social		Disposición común del patrimonio social
	Ordinaria / Indistinta	Extraordinaria / Común	
Artículo 303.- Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.	Artículo 292.- (...) Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges. (...)	Artículo 313.- Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos.	Artículo 315.- Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

Excepciones a la administración conjunta

La administración deja de ser conjunta y pasa a ser individual en los siguientes casos:

- Por interdicción u otra causa tales como pena privativa de la libertad, enfermedad, imposibilidad física o mental (art. 294, inc. 1),
- Cuando se ignora su paradero (art. 294, inc. 2) o,
- Por abandono del hogar del otro (art. 314, segundo párrafo), en este caso quien se queda en el hogar solo le corresponde la administración de los bienes sociales, no de los propios del otro por la lógica razón que, no habiendo desaparición ni ausencia, los bienes serán administrados por su titular.

Dirección y representación	Administración
Artículo 294.- Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad: 1. Si el otro está impedido por interdicción u otra causa. 2. Si se ignora el paradero del otro o este se encuentra en lugar remoto. 3. Si el otro ha abandonado el hogar.	Artículo 314.- 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. Si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales.

8.2.4. Disposición

La sociedad conyugal es titular de los bienes sociales. Por tal razón, los cónyuges conjuntamente son los únicos legitimados para disponer de ellos o comprometer el patrimonio social, salvo que se trate de actos de disposición relacionados con la potestad doméstica en los que será necesaria la intervención de uno solo de los cónyuges. Disuelta la comunidad y siendo cada quien propietario podrá libre e individualmente disponer de los bienes⁽³⁶⁰⁾.

8.2.4.1. Supuesto legal (art. 315)

- Para disponer o gravar bienes sociales (muebles o inmuebles) se requiere la intervención del marido y la mujer.
- Cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad si tiene poder especial del otro, (concordado con el art. 156 del Código).
- La adquisición de bienes sea de muebles puede ser efectuados por cualquiera de los cónyuges.
- Esta norma no rige en los casos considerados en las leyes especiales.

8.2.4.2. Análisis

El término disposición (Del lat. *disponĕre*) es omnicomprendivo. No se limita solo a la venta sino a más. Disponer es: “Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute”⁽³⁶¹⁾.

Sin que la enumeración sea restrictiva sino meramente enunciativa podemos decir se entiende por como acto de disposición⁽³⁶²⁾:

- Gravamen,
- Aporte,
- Venta,
- Donación,
- Permuta,
- Adjudicación, y;

(360) “Mientras no se haya producido la liquidación del régimen patrimonial y de la sociedad de gananciales no surten efectos los actos de disposición hechos por los cónyuges a favor de sus hijos”. Cas. N° 905-95-Lima.

(361) Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición.

(362) Artículo 33 del Reglamento del Registro de Sociedades. Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN (DOEP, 27/07/2001).

En general, queda claro que será disposición cualquier acto que importe transferencia de bienes o derechos, así como también el:

- Usufructo,
- Superficie,
- Servidumbre,
- Fianza,
- Prenda,
- Hipoteca, y;

Cualquier otro acto de naturaleza patrimonial que importe restricción a la titularidad de un bien o derecho. Sobre el particular cabe analizar dos casos, por demás comunes:

- *Arrendamiento*. En este caso amerita una doble disquisición. Por ejemplo, dar un bien social en arrendamiento es considerado un acto de administración; tomar en arrendamiento, no⁽³⁶³⁾ al no ser considerado parte de la administración ordinaria, sino extraordinaria, debiendo intervenir ambos cónyuges⁽³⁶⁴⁾; para otro sector, se trata de un acto ordinario, básicamente de una necesidad de la familia que no requiere intervención de ambos⁽³⁶⁵⁾.
- *Adquisición*. Entendido como comprar, obtener, en definitiva adquirir, para un sector se trata de un acto de disposición⁽³⁶⁶⁾.

(363) “Por acto de administración, se debe entender todo aquel acto que recayendo sobre bienes y derechos, tiene por objeto conservar y obtener su normal rendimiento, constituyendo un típico acto de administración el entregar un bien en arrendamiento, mas no el tomar un bien en arrendamiento, pues el pago de la renta convenida importa un acto de disposición sobre las sumas destinadas a dicho fin”. Cas. N° 3053-1998-Lima, *Código Civil en su Jurisprudencia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 163.

(364) No puede presumirse que la celebración de un contrato, mediante el cual se toma en arrendamiento un bien inmueble se encuentre comprendido dentro de los supuestos de la administración ordinaria de los bienes de la sociedad conyugal, por lo que resulta aplicable la exigencia de la actuación de ambos cónyuges contenida en el artículo 313 del Código Civil. Resolución N° 172-98-ORL/TR, Software Jurídico Compuleg, ver: <<http://www.compuleg.com>>, octubre de 2011.

(365) El arrendamiento del inmueble donde se fijará el domicilio conyugal no es un acto de administración; sin embargo, sí constituye una necesidad ordinaria del hogar y, por lo tanto, no requiere la intervención de ambos cónyuges. “Del artículo 289 se desprende que dentro de la definición de necesidades ordinarias del hogar, se encuentra la necesidad de proveer un domicilio conyugal en el que los cónyuges puedan hacer vida en común. En consecuencia para alquilar un bien para destinarlo a domicilio conyugal, basta la intervención de uno de los cónyuges”. Cas. N° 3053-98-Callao.

(366) “Constituyen actos de disposición de bienes sociales, tanto la enajenación de los mismos, como la adquisición a título oneroso de bienes en la medida que en este último supuesto, no obstante producirse un incremento del patrimonio a través de la incorporación de un bien, también se genera un egreso del patrimonio de la sociedad, a través de la entrega de dinero u otro bien de la sociedad conyugal”. Res. N° 045-2008-SUNARP-TR-A del 21 de febrero de 2008.

En cuanto al gravamen el Código trata a la prenda mobiliaria, anticresis e hipoteca. La jurisprudencia en cuanto a la relación de la deuda garantizada por una garantía ha establecido que puede perfectamente ejecutarse el bien social, aun cuando haya participado solo uno de los miembros de la sociedad conyugal, toda vez que fueron ellos quienes voluntariamente otorgaron en garantía hipotecaria el bien inmueble⁽³⁶⁷⁾.

Para efectos registrales, más allá de lo que exige el Código, se declara que la intervención conjunta de ambos cónyuges en los actos de adquisición, disposición o gravamen de bienes sociales inmuebles es requisito ineludible para la inscripción de tales actos en el Registro de Propiedad Inmueble⁽³⁶⁸⁾.

Existe un *borderline*, zona fronteriza o limitante, entre *disposición* y *adquisición*. ¿Cuándo es una y cuándo otra? Al final cuando compro dispongo de dinero. Ese acto de disposición en la adquisición de bienes muebles no requiere intervención conjunta (por el supuesto escaso valor) pero hoy puede ser –no así en *otrora*– que el costo de un mueble sea superior al de un inmueble. La pequeñez o movilidad no marca la naturaleza de los bienes. Otro caso sería cuando frente a una acreencia se decide sustituir la prestación por otra, por ejemplo, me debes dinero pero acepto algo a cambio. Es en esta idea, a *símili*, que se discute el caso de las acciones obtenidas vía aumento de capital por capitalización de acreencias situación en la que el acreedor accionista cambia su deuda por acciones aumentando su participación en el capital social por lo que más que una disposición de bienes es un acto de adquisición que podrá ser realizado por el acreedor sin intervención de su cónyuge⁽³⁶⁹⁾.

(367) “El hecho de que la constitución de una deuda puesta a cobro haya contado solamente con la participación de uno de los miembros de la sociedad conyugal, no imposibilita que el banco ejecutante pueda pretender hacerse cobro con la ejecución del bien social perteneciente a la sociedad conyugal; puesto que precisamente fueron ellos quienes voluntariamente otorgaron en garantía hipotecaria dicho bien, teniendo pleno conocimiento de que dicha deuda podía responder incluso por deudas asumidas por terceros y con mayor razón por las deudas asumidas por uno de los integrantes de la sociedad conyugal”. Cas. N° 3467-2001-Lima, *El Peruano*, 28/02/2005.

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

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación en los casos en que uno de los cónyuges tenga poder especial del otro para la realización de alguno de tales actos o cuando se trate de una adquisición a título gratuito” (última frase agregada por la Resolución N° 047-2000-SUNARP-SN, Lima, 13 de marzo de 2000).

(369) Cas. N° 2021-2004-Lima. *El Peruano*, 30/03/2006. Vide *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 115, año 13, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2008, p. 161.

8.2.4.3. Consecuencias. Teorías acerca de la disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges

El Código civil no contiene sanción expresa para aquel acto jurídico que contraría los supuestos consagrados en el artículo 315. Para Nelson Ramírez Jiménez⁽³⁷⁰⁾ el artículo indicado no precisa qué sanción debe aplicarse para los casos en que se producen actos de disposición con la intervención de solo uno de los cónyuges, lo que para algunos debe generar la nulidad del acto jurídico por faltar la manifestación de voluntad, mientras que para otros es un tema de inoponibilidad pues puede disponerse de bienes ajenos.

Este vacío normativo generó diversas teorías de las cuales las más resaltantes son las siguientes:

8.2.4.3.1. Ineficacia del acto jurídico (art. 161)

La ineficacia no implica invalidez, solamente el no despliegue de efectos jurídicos.

Esta teoría es la más aceptada a fin de permitir la subsanación de la ausencia de intervención del cónyuge no interviniente en la celebración del acto jurídico familiar. Acorde con la seguridad del tráfico jurídico permite una manifestación a posteriori de voluntad del cónyuge que no participó en la celebración del acto jurídico de disposición. Para ello se apoya en el artículo 161 del Código que establece:

“El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”.

Son varios los supuestos que nos llevan a la ineficacia de un acto jurídico pero, respecto de la materia que analizamos, nos adherimos a aquel sector de la doctrina que considera como supuesto la falta de legitimación. La legitimación, dice Morales Hervias⁽³⁷¹⁾, es aquella competencia que tiene la parte contractual de disponer de las posiciones jurídicas que serán objeto del contrato. Es un requisito subjetivo de eficacia del acto jurídico. Solo quien es titular de una posición jurídica puede regular las situaciones que serán objeto del contrato, salvo que la ley disponga efecto diverso o que el propio interesado faculte a otro a hacerlo. La falta de legitimación otorgará a la parte interesada la posibilidad de ejercer el derecho de extinción de los efectos del contrato. La falta de legitimación lleva a que

(370) RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. “Necesidad de precisiones sobre ineficacia en el Código Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 24, julio de 2001.

(371) MORALES HERVIAS, Rómulo. “Validez y eficacia de los actos de disposición y de gravamen en la sociedad de gananciales. El concepto oculto en el artículo 315 del Código Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 64, Normas Legales, Trujillo, setiembre-octubre de 2005, p. 173.

el contrato surta consecuencias jurídicas deviniendo la ineficacia, no la invalidez. Morales Hervias opina que el régimen aplicable al supuesto del artículo 315 del Código es la compraventa del bien ajeno en la medida en que un cónyuge dispone o grava un bien ajeno cuya titularidad corresponde a la sociedad conyugal y, por consiguiente, carece de legitimación⁽³⁷²⁾. Considerar la legitimación como un requisito de eficacia de un acto jurídico supone admitir la validez del contrato traslativo pero supone también su ineficacia ante la falta de legitimación del agente⁽³⁷³⁾.

Un sector de la jurisprudencia se anota con esta corriente:

“La presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino una adecuada legitimidad para contratar, es decir, 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 con una determinada situación jurídica”⁽³⁷⁴⁾.

En esta línea Luciano Barchi⁽³⁷⁵⁾, Rómulo Morales⁽³⁷⁶⁾ y Nelson Ramírez⁽³⁷⁷⁾.

Consideramos que esta teoría es la más adecuada para la determinación de los efectos jurídicos de aquellos actos de disposición de bienes sociales por obra de un solo cónyuge. En efecto, en estos supuestos entendemos que el cónyuge que celebra tales actos manifiesta su voluntad frente al tercero careciendo de legitimación.

8.2.4.3.2. Acto jurídico nulo

En el caso de nulidad se presentan dos posiciones:

- *Por ausencia de manifestación de voluntad.* Una teoría clásica alega que el acto jurídico es nulo por ausencia de manifestación de voluntad (art. 219, inc. 1).

Si los cónyuges son los legitimados para manifestar válidamente voluntad de celebrar un acto jurídico, la ausencia de voluntad de uno vicia el acto de nulidad.

(372) CANALES TORRES, Claudia. *Disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 108, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2007, p. 104.

(373) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “La disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 90, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2001, p. 13.

(374) Cas. N° 111-2006-Lambayeque, 31/01/2007.

(375) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Ob. cit., p. 20. BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “Un asunto de familia: la venta de bienes sociales por uno de los cónyuges: comentario a la Cas. N° 1815-2006-Callao. En: *Jus jurisprudencia*. N° 2, julio de 2007, pp. 21-39.

(376) MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Grijley, Lima, 2006, p. 512, asimilándolo al régimen de la venta del bien ajeno.

(377) RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. “Necesidad de precisiones sobre ineficacia en el Código Civil”. Ob. cit., Antes de ello también en el diario oficial *El Peruano*, “La venta de bien ajeno”.

- *Por ser contrario a las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.* Se alega la nulidad del acto jurídico por ser contrario a las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres (art. 219, inc. 8 y art. V, Título Preliminar). La norma que restringe los actos de disposición de los bienes sociales a ser hechos de forma conjunta por ambos cónyuges tiene carácter imperativo y responde a un criterio de orden público, teniendo como fundamento que la sociedad conyugal es la titular de los bienes sociales.

Parte de la jurisprudencia apunta en este sentido:

- “Para disponer bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos dé poder al otro para ese efecto, de acuerdo el artículo 315 del Código Civil, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin intervención de ambos cónyuges; de modo tal que si, contraviniendo dicha norma, se practica actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurra en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo 219, inciso 1 del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan el orden público según el artículo V del Título Preliminar del Código Civil”⁽³⁷⁸⁾.
- “Tal como lo ha establecido la Sala Suprema en reiteradas ejecutorias es nulo el acto de disposición de bienes sociales efectuado por uno de los cónyuges”⁽³⁷⁹⁾.

Respecto a la titularidad se ha manifestado lo siguiente:

- Titularidad de la acción de nulidad. “Por la naturaleza propia de la disposición contenida en el artículo 315 del Código Civil, la acción para perseguir la nulidad de un acto jurídico celebrado por uno de los cónyuges sin la intervención del otro, solo corresponde al cónyuge que no intervino o a sus herederos, acción en la que se ventilará entre otras cuestiones, si el consentimiento tácito o expreso existió o no”⁽³⁸⁰⁾.

En esta línea Aguilar Llanos⁽³⁸¹⁾ sustentado en la disposición es un acto que va contra una norma imperativa.

(378) Cas. N° 336-2006-Lima, 28/08/2006.

(379) Cas. N° 1316-96-Lima, *El Peruano*, 17/09/2000, p. 6222.

(380) Cas. N° 849-95-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, en: HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Jurisprudencia Civil*. Tomo III, p. 25.

(381) AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Régimen patrimonial del matrimonio”. En: *Revista de Derecho PUC*. N° 59, Fondo Editorial de la UCP, Lima.

8.2.4.3.3. Abuso de derecho (art. 924 y art. II del Título preliminar)

Otra teoría busca encajar el acto jurídico en un supuesto de abuso del derecho.

Se apoya en dos artículos del Código:

Artículo 924.- Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados, y;

Artículo II del Título Preliminar.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

8.2.4.3.4. Tesis de la apariencia

Juan Espinoza plantea esta tesis sosteniendo que “(...) una mal entendida protección al cónyuge (desamparado o desinformado) no puede ser la excepción de las reglas que el propio Código Civil establece. En efecto, en el común caso de transferencia, sea de un bien inmueble (por Registros) o de un mueble (por la posesión), bastan dichos signos de reconocimiento para que se proteja la buena fe del tercero adquirente. Viene en auxilio el principio de la apariencia: la apariencia es una situación compleja, en la cual se configuran simultáneamente una situación real y una situación aparente”⁽³⁸²⁾.

Llevándola al plano práctico y jurisprudencial, dice: “Si bien el recurso al principio de la apariencia es una herramienta que tutela al acreedor burlado, se encuentra un obstáculo en el artículo 318 CC. Por ello, la jurisprudencia en materia registral, por citar solo una Resolución, la N° 402-96-ORLC/TR, del 25/11/1996, al inscribir embargos ordenados por el juez, ha entendido que, en atención a los “derechos expectaticios” del cónyuge demandado:

“No obstante constituir la sociedad conyugal un patrimonio autónomo distinto al de sus miembros y no existir por ende acciones y derechos de las personas que lo conforman sino hasta después de la liquidación del régimen patrimonial, debe permitirse, atendiendo a un sano criterio jurídico la anotación de embargo en la partida del inmueble de propiedad de la sociedad conyugal a fin de impedir la evasión del pago de obligaciones, precisando que dichos

(382) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Sustitución del régimen de sociedad de gananciales”. Ob. cit., pp. 1079 y 1071.

gravámenes se extienden solo sobre la parte que le correspondería al demandado al fenecer la sociedad de gananciales³⁸³⁾⁽³⁸⁴⁾.

Asimismo, en el plano judicial tenemos:

“El acreedor puede solicitar que se trabe embargo respecto de los derechos expectaticios de un cónyuge en la sociedad de gananciales, a la espera de su liquidación, que puede producirse, entre otros casos, por declaratoria de insolvencia³⁸⁵⁾.”

8.2.4.3.5. Propuesta de reforma

La propuesta de reforma al Libro de Derecho de familia³⁸⁶⁾ consideró, debido a esta diversidad de teorías, el siguiente texto:

Artículo 315.- Disposición o gravamen de los bienes sociales.

1. Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención de ambos cónyuges. El acto practicado en contravención de lo anterior es anulable a solicitud del cónyuge que no intervino o de sus herederos.
2. No obstante lo establecido en el párrafo 1 cualquiera de los cónyuges puede ejercer la facultad de disponer de los bienes sociales o gravarlos, si tiene poder especial del otro.
3. Lo dispuesto en el párrafo 1 no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.
4. Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición que requieran el asentimiento del otro, siempre que existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendándose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo.
5. El acto es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento fue otorgado, pero de dicho acto no surgirá obligación personal ni responsabilidad alguna para él.

Exposición de motivos

La actual regulación de la disposición o gravamen de los bienes sociales, prevista en el artículo vigente materia de comentario (art. 315), ha generado posiciones

(383) Oficina Registral de Lima y Callao-ORLC, Jurisprudencia Registral, Vol. III, julio a diciembre de 1996, Lima, 1997, p. 158.

(384) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., pp. 1079 y 1071.

(385) Cas. N° 2150-1998-Lima, en *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Asociación No hay Derecho, Legales, Lima, 2000, p. 149.

(386) Propuestas de reforma del Código Civil, Separata Especial, diario oficial *El Peruano*, Lima, martes 11 de abril de 2006.

jurisprudenciales diversas, así como criterios administrativos contrapuestos en el ámbito registral respecto a la contravención de la regla de la intervención conyugal conjunta para la disposición de los bienes sociales⁽³⁸⁷⁾.

Con la propuesta se subsana la omisión y se regla la diversidad de criterios que han tratado de hallar la solución más correcta, estableciéndose que el acto practicado contraviniendo la regla general de la intervención conyugal conjunta para la disposición de bienes sociales es sancionada con la anulabilidad. En este sentido, cuando uno de los cónyuges disponga unilateralmente de los bienes sociales, el cónyuge que no interviene en el acto de disposición o sus herederos podrán demandar la anulabilidad. Como se sanciona con anulabilidad –y no con nulidad el acto de disposición unilateral– es posible la confirmación⁽³⁸⁸⁾ de este acto por quienes están facultados para demandar la anulabilidad, a pesar que un sector de la jurisprudencia registral declare la improcedencia de la convalidación⁽³⁸⁹⁾.

No obstante ello, tomando en cuenta que el Código no lo contempla, se consagra expresamente la facultad de que cualquiera de los cónyuges solicite la autorización judicial para disponer de algún bien social, siempre que se demuestre la necesidad y utilidad tomando en cuenta, en todo momento, el interés familiar (fuente esencial para la solución de conflictos en este ámbito). La autorización judicial procedería en caso de negativa o imposibilidad. Esta autorización es supletoria –opera a falta de asentimiento conyugal– y sustituye al *non nato* consentimiento de uno de los cónyuges convirtiendo al juez en protagonista de una decisión que será repudiada por uno u otro de los consortes⁽³⁹⁰⁾. A fin de evitar un proceso largo y tedioso se indica que el trámite sea realizado mediante proceso sumarísimo.

Por último, se dispone que la oposición contra el cónyuge que no interviene –por abstención o negación– en el acto de disposición sea viable. Sin embargo,

(387) “Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo distinto a un régimen de copropiedad, para realizar actos de disposición de los bienes sociales que la integran será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges que constituye la voluntad de la sociedad de gananciales”. Cas. N° 3109-1998-Lima, *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Asociación No hay Derecho, Legales, Lima, 2000, p. 153.

(388) Ratificación de cónyuge. “Conforme lo señala el artículo 315 del Código Civil, para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere la intervención del marido y la mujer, lo que no significa que la voluntad sea necesariamente manifestada en un solo acto pudiendo hacerse mediante acto complementario celebrado en momento y lugar diferente, por lo que siendo ello un requisito subsanable, no procede la tacha sustantiva sino la observación del título respectivo”. Res. N° 192-2004-SUNARP-TR-A; Arequipa, 22/11/2004, Jurisprudencia Registral, San Marcos, Tomo I, p. 692.

(389) Improcedencia de convalidación. “Los bienes objeto de la venta son bienes sociales del matrimonio, por lo que para disponer de ellos se requería de la intervención del marido y la mujer, lo que no ha ocurrido respecto de la cónyuge, por lo que esta falta de manifestación de voluntad, no podría convalidarse con el reconocimiento realizado posteriormente”. Cas. N° 1854-2000-Lambayeque, Data 30,0000. Gaceta Jurídica.

(390) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 203.

—como resulta lógico— se indica expresamente que de dicho acto no surgirá obligación personal ni responsabilidad alguna para el cónyuge que no interviene en el acto de disposición.

8.2.4.3.6. Derecho comparado

Argentina

Proyecto de Código Civil 1998

Artículo 451. Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda común, de propiedad de uno o ambos esposos, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de un (1) año de haberlo conocido, pero no más allá de un (1) año de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda común no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del matrimonio, salvo que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Artículo 452. Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

Brasil

Artículo 1.647. Ressalvado o disposto no artículo 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

- I. alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- II. pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- III. prestar fiança ou aval;
- IV. fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

Artículo 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

8.2.4.4. Excepción. Actos de disposición o gravamen

La gestión conjunta es la regla y la individual la excepción. La primera para actos de trascendencia, la segunda para actos operativos y domésticos, pero no por ello menos importantes.

Son tres los actos excepcionales o extraordinarios que escapan de la estricta regla del artículo 315 y que se encuentran justificados con la actuación individual de cualquiera de los cónyuges:

- *Poder especial otorgado por un cónyuge al otro*

Debe ser un poder expreso (art. 156, formalidad *ad solemnitatem*) y, consideramos que también, revocable a contrario sensu la irrevocabilidad atentaría contra el principio de igualdad conyugal, a símili de los pactos de gestión individual (pacto de administración por uno de los cónyuges) que, como dice Lasarte⁽³⁹¹⁾, para algunos es un acto que atenta contra la igualdad conyugal mientras que para otros no al estar admitido por el Código Civil español (art. 1375). En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponden conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes).

- *Disposición de bienes muebles*⁽³⁹²⁾.

El tema, si bien se explica *per se* queda la duda respecto de los bienes muebles de gran valor (joyas, alhajas, obras de arte) que en muchos casos superan en valor a los inmuebles. Obviamente que el tema de la registrabilidad no es el crucial sino el cómo acreditar qué tipo un bien *debe* ser dispuesto por ambos cónyuges.

- *Aportes dinerarios a una sociedad*

Dentro de la calidad de bienes muebles se considera el aporte dinerario efectuado por uno de los cónyuges a una sociedad (arts. 313, 315 segundo párrafo del CC y art. 37 segundo párrafo del Reglamento de Registro de Sociedades).

Al respecto, Echaiz Moreno⁽³⁹³⁾ manifiesta que la discusión se centra en considerar si el aporte dinerario requiere o no la intervención del cónyuge del aportante porque, por un lado, supone disposición de bienes sociales, y por otro, es para la adquisición de los bienes muebles. Con relación a

(391) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 204.

(392) “El segundo párrafo del artículo 315 del Código Civil se refiere solo a los actos de adquisición de bienes muebles, por lo tanto, tratándose de un acto de disposición de un bien social, es necesaria la intervención de ambos cónyuges en la celebración del acto jurídico de conformidad con el primer párrafo de la citada norma”. Cas. N° 951-2000-Lima, *El Peruano*, 30/01/2000, p. 6842.

(393) ECHAIZ MORENO, Daniel. “Aporte dinerario efectuado por uno de los cónyuges. Comentario a la reciente modificación del Reglamento del Registro de Sociedades”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 221, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2012, p. 15.

los bienes sociales, la administración de estos corresponderá a ambos cónyuges; sin embargo, cualquiera de ellos podrá facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración (art. 313). En el caso específico del aporte al capital social a una sociedad no estaríamos dentro del supuesto de una simple administración sino ante un acto de disposición (art. 315). Los requisitos de intervención o anuencia del otro integrante de la sociedad conyugal no serán obligatorios para la adquisición de bienes muebles. El aporte dinerario efectuado por una persona casada sujeta a una sociedad de gananciales no califica bienes propios, es un bien social. Sin embargo, es cierto que ese aporte tiene un propósito específico: adquirir acciones o participaciones de una sociedad, bien sea que recién se constituya o se esté realizando un aumento de capital social. Estas acciones o participaciones son (art. 888, inc. 8) bienes muebles de modo tal que se aplica la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 315 la disposición puede ser efectuada por cualquiera de los cónyuges, sin que se requiera la intervención del otro. El citado, concluye, que la modificación del artículo 37 del Reglamento en mención no debió restringirse a los aportes dinerarios –debió incorporar el aporte de bienes muebles, derechos de crédito, intangibles– más aún cuando del análisis jurídico se aprecia que su justificación no es que el aporte sea en dinero, sino que la disposición de bienes sociales (como el dinero) se efectúa para la adquisición de acciones o participaciones que son bienes muebles.

- Las relaciones jurídicas tratadas en normas especiales.

Entre las normas especiales tenemos:

1. Ley de Títulos Valores - Ley N° 27287

Sexta disposición final.- En la transferencia o Constitución de gravámenes sobre los títulos valores emitidos y transferidos a favor de una persona natural, no se requiere la intervención del otro cónyuge. La misma regla rige para los valores representados mediante anotación en cuenta.

2. Ley de Bolsa de Productos - Ley N° 26361

Artículo 4.- Se presume, sin advertir prueba en contrario, que los bienes materia de negociación de bolsa, tienen el consentimiento de ambos cónyuges; en igual sentido.

3. Ley de Mercado de Valores - D. Leg. N° 861

Artículo 113.- Presunción de Consentimiento del Cónyuge.- Que en las transacciones que se efectúen en los mecanismos centralizados regulados por esta ley, se presume de pleno derecho, el consentimiento del cónyuge del enajenante, en los casos en que fuese requerido, por no existir un régimen de separación de patrimonios.

4. Ley de Banca y Seguros - Ley N° 26702

Artículo 227.- Presunción del Consentimiento del Cónyuge. En el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge titular de la cuenta.

5. Reglamento de Registro de Sociedades

Artículo 37.- Aportes efectuados por cónyuges

Para la inscripción del pacto social y del aumento de capital, los cónyuges son considerados como un solo socio, salvo que se acredite que el aporte de cada uno de ellos es de bienes propios o que están sujetos al régimen de separación de patrimonios, indicándose en el título presentado los datos de inscripción de la separación en el Registro Personal.

No es necesario acreditar ante el Registro, el consentimiento del o la cónyuge del socio que efectúa el aporte de bienes dinerarios. (Res. N° 049-2012-SUNARP/SN (DOEP., 21/3/2012).

- Supuestos legales de actuación individual. Son aquellos que la propia ley indica que pueden ser realizados por cualquier de los cónyuges, indistintamente, sin autorización del otro. Básicamente nos referimos a los actos llevados a cabo con base en la potestad doméstica.

8.2.5. Adquisición y estado civil

Según el Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 540-2003-SUNARP-SN, referente al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, para la inscripción de predios deben tenerse en cuenta las siguientes normas:

Artículo 7.- Inscripción en mérito a mandato judicial. Cuando las inscripciones se efectúen en mérito a mandato judicial se presentará copia certificada de la resolución que declara o constituye el derecho y de los demás actos pertinentes, acompañadas del correspondiente oficio, cursado por el Juez competente.

Las inscripciones dispuestas por mandato judicial solo se efectuarán si la resolución que contiene el acto o derecho inscribible ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, salvo que se trate de resoluciones inmediatamente ejecutables.

Si el mandato judicial declara derechos inscribibles a favor de una persona casada, deberá señalarse en el título la calidad de bien propio o bien conyugal del inmueble. Tratándose de bienes conyugales, deberá indicarse el nombre del otro cónyuge.

Artículo 8.- Inscripción en mérito a acto administrativo. En los casos de inscripciones que se efectúen en mérito a un acto administrativo, salvo disposición en contrario, se presentará copia autenticada de la resolución administrativa expedida por funcionario autorizado de la institución que conserva en su poder la matriz. Se exceptúan los supuestos en los que tales actos administrativos, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General, no tengan carácter ejecutorio inmediato.

Si la resolución administrativa declara derechos inscribibles a favor de una persona casada, deberá señalarse en el título la calidad de bien propio o bien conyugal del inmueble. Tratándose de bienes conyugales, deberá indicarse el nombre del otro cónyuge.

Artículo 12.- Intervención conjunta de los cónyuges. Para la inscripción de los actos o contratos de adquisición, disposición o gravamen de un bien social, deberá constar en el título la intervención de ambos cónyuges por sí o mediante representación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 145 del presente Reglamento.

Artículo 13.- Rectificación de la calidad del bien. Cuando uno de los cónyuges, manifestando un estado civil distinto al que le corresponde, hubiere inscrito a su favor un inmueble al que la Ley le atribuye la calidad de bien social, procede la rectificación del asiento donde consta la adquisición, en mérito a la presentación de título otorgado por el cónyuge que no intervino, insertando o adjuntando la copia certificada de la respectiva partida de matrimonio expedida con posterioridad al documento de fecha cierta en el que consta la adquisición.

Artículo 145.- Adquisición de la propiedad por prescripción a favor de la sociedad conyugal. El formulario registral para la adquisición de la propiedad por prescripción, realizada al amparo del Decreto Legislativo N° 667, que se efectúe a favor de una sociedad conyugal podrá ser suscrito por cualquiera de los cónyuges, en cuyo caso, se acompañará al formulario registral copia de la respectiva partida de matrimonio.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la adquisición por prescripción podrá efectuarse solo a favor de uno de los cónyuges, cuando este acredite que la posesión ha sido ejercida en forma exclusiva, para lo cual deberá presentar las pruebas que desvirtúen la presunción de bien social.

8.3. Bienes especiales

Un bien puede “parecer” y “comportarse” como de un tipo y después modificar su calificación conforme la necesidad de sus titulares o del propio tráfico

jurídico. La diversidad de relaciones y las múltiples formas de adquisición patrimonial establece categorías especiales de bienes. Hablamos en estos casos de bienes de naturaleza mixta.

Pueden ser distintos a los propios y a los sociales o tener características diversas a cualquiera de estos dos, entre los más importantes tenemos:

Tipología de los bienes en la sociedad conyugal	
Bienes en copropiedad entre los cónyuges	- Bien donado a los cónyuges - Bien adquirido con dinero propio de cada cónyuge
Bien propio en copropiedad	- Con la sociedad - Con un tercero
Bien propio y social	- Bien adquirido en parte con dinero propio de uno y otro con dinero ganancial - Bien adquirido en parte con dinero propio de ambos y otro con dinero ganancial (Coproiedad entre el cónyuge adquirente y la comunidad)
Bien social y en copropiedad con un tercero	- Bien adquirido con dinero ganancial y con la participación de un tercero adquirente
Bien propio, bien social y en copropiedad con un tercero	- Bien adquirido en parte con dinero propio, con dinero ganancial y con la participación de un tercero adquirente
Patrimonio de afectación ⁽³⁹⁴⁾ - Fideicomiso	- Ni propio ni ganancial, caso de la propiedad fiduciaria (el bien fideicometido es un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante)
Gananciales anómalos ⁽³⁹⁵⁾ Son gananciales pero que no se dividirán al finalizar el régimen	- <i>Anomalía absoluta</i> , los adquiridos por (i) un cónyuge inocente en un divorcio, (ii) matrimonio putativo - <i>Anomalía transitoria</i> , Bienes sujetos a carga: Derecho real de habitación y patrimonio familiar.
Patrimonio profecticio	- Patrimonio de los hijos
Patrimonio familiar	- <i>Aquel bien inmueble protegido del bien por ser importante para la vivienda, sustento, permanencia y desarrollo de la familia.</i>

8.3.1. Titularidad conjunta de bienes gananciales

Se trata de bienes adquiridos empleando simultáneamente bienes propios y gananciales. Compró un departamento estando casado y lo cancelo con parte de fondos propios y otra con fondos sociales. Es mío y de la sociedad conyugal, somos –ambos– copropietarios.

(394) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia. Ob. cit., p. 107.

(395) *Ibidem*, p. 129.

Son aquellos bienes en los que una porción alícuota es propia y otra ganancial, es decir bienes que son en parte propios y en parte sociales⁽³⁹⁶⁾. Los bienes de naturaleza mixta son adquiridos mediante precio o, mejor, capital o caudal ganancial y privativo⁽³⁹⁷⁾. Si bien no están prohibidos por el Código Civil resultan incompatibles con las soluciones adoptadas para el acrecimiento material⁽³⁹⁸⁾; además, el régimen de gestión del Código está elaborado, básicamente, para bienes propios y gananciales, no para bienes mixtos⁽³⁹⁹⁾. Para Azpiri⁽⁴⁰⁰⁾ no existe obstáculo legal para admitir la coexistencia de un bien en parte propio y en parte ganancial, considera que es indiscutible la posibilidad de reunirse en un mismo bien dos calidades: propia en cuanto a determinada parte alícuota y ganancial en otra. Se trata de bienes adquiridos con patrimonios distintos respecto de personas que están casados y sujetan sus bienes a la sociedad de gananciales. Son bienes propios y sociales, especiales.

8.3.1.1. Concepto

Los bienes gananciales son de titularidad conjunta cuando son adquiridos por el marido y la mujer mediante el aporte propio de uno y ganancial de otro. Es un caso especial, los adquirentes comparten el estado civil de cónyuges, disponen del patrimonio personal y social para adquirir un nuevo bien. Se está ante la adquisición de un bien con patrimonios distintos respecto de dos personas que, además de cónyuges y que sus bienes se sujetan a la sociedad de gananciales, disponen de bienes para constituir su patrimonio. Este tipo de bienes, parte propio y parte social, se rigen por las normas de la copropiedad siempre armonizadas y ajustadas con los principios del régimen patrimonial del matrimonio. Respecto de este caso tan específico Marisa Herrera⁽⁴⁰¹⁾ considera que la titularidad conjunta de bienes gananciales observa tres consideraciones negativas:

- i) No se trata de una cuestión de recompensa,
- ii) No involucra la reinversión, subrogación o aporte en dinero de bienes propios y,
- iii) Es un caso de indivisión pero no de indivisión postcomunitaria.

La jurisprudencia mendocina, de forma clara y precisa, ha establecido que: “Para que un bien sea de titularidad conjunta, ambos cónyuges deben figurar en

(396) *Ibidem*, p. 138.

(397) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 195.

(398) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 100.

(399) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Ob. cit., p. 138.

(400) AZPIRI, Jorge O. Ob. cit., p. 99.

(401) HERRERA, Marisa. “Un estudio actualizado y algo más sobre la titularidad conjunta de bienes gananciales”. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, número sobre “Sociedad conyugal, 2008-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 71-118.

el título de adquisición, aun cuando no se haga constar el origen de los fondos ni los demás recaudos previstos en el artículo 1246 del Código Civil⁽⁴⁰²⁾.

8.3.1.2. Naturaleza jurídica

En lo que toca a la naturaleza jurídica de los bienes gananciales adquiridos de manera conjunta por los cónyuges la tesis mayoritaria la encabezan Belluscio, Mazzinghi, Vidal Taquini y Zannoni considerando que: a) para disponer del bien se necesita la voluntad conjunta y el consentimiento de ambos cónyuges; b) cada cónyuge administra su porción indivisa pero, al ser ganancial, necesitará del asentimiento del otro cónyuge; c) cada cónyuge responde frente a los acreedores con dicha porción indivisa, y; d) vigente la sociedad conyugal se podría plantear la división de condominio sin que ello implique una partición anticipada de gananciales⁽⁴⁰³⁾.

8.3.1.3. División de condominio

Se discute acerca de la viabilidad de solicitar la división de condominio por parte de uno de los cónyuges sobre un bien de titularidad de ambos vigente la sociedad conyugal.

La postura mayoritaria, a decir de Belluscio⁽⁴⁰⁴⁾, admite que uno de los cónyuges pueda pedir la división del bien –independientemente de la disolución de la sociedad conyugal– lo que no implica la disolución anticipada de la comunidad sino solo la materialización de la parte indivisa ganancial de cada cónyuge, sea en especie o en dinero. No podemos confundir la división de condominio, sobre uno o varios bienes de manera singular, con la disolución total o parcial de la sociedad conyugal. Es que “si se dividen condominios singulares existentes, la parte obtenida por cada uno de los cónyuges –en especie o en dinero– es ganancial, y son también gananciales los nuevos bienes adquiridos con ese dinero”, como refiere Belluscio⁽⁴⁰⁵⁾. La sociedad conyugal no peligra y por ende, la división de condominio es viable.

La jurisprudencia argentina⁽⁴⁰⁶⁾ ha divisado tres diversas posturas:

- i) Se admite la acción de división de condominio;
- ii) La acción es rechazada por considerarse una forma de liquidación parcial y anticipada de la sociedad conyugal;

(402) Sala I de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza del 06/10/1991. Fallo citado en la sentencia dictada por la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 25/08/2004 en autos “López de los Angeles c/ Amado, Víctor H”. En: *Revista La Ley*. 26/10/2004, p. 6 y IMP 2004-B, 2890.

(403) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Editorial La Ley, 2001, Buenos Aires, p. 88.

(404) BELLUSCIO, Augusto C. “División de condominio entre cónyuges”. En: *La Ley*. 1983-B-589.

(405) Ídem.

(406) CAMPOS, Carlos G. Voz “Sociedad conyugal: Gestión de los bienes”, Lagomarsino, Carlos y Salerno, Marcelo U., *Enciclopedia de Derecho de Familia*, tomo III, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 675.

- iii) Improcedencia de estas acciones antes de la disolución de la sociedad conyugal, siendo viable después.

El derecho a pedir la división queda suspendido durante el matrimonio cuando se trata de condominio de partes gananciales pero no cuando se trata de condominio de partes propias o de una propia y una ganancial, cuando lo ejerce el titular de la parte propia⁽⁴⁰⁷⁾. La división de condominio entre cónyuges es admisible. Cada cónyuge está facultado para disponer libremente de su cuota parte indivisa, debiendo el otro prestar su asentimiento. La división sobre los bienes de titularidad conjunta no es una disolución anticipada de la sociedad conyugal. Puede ser pedida en cualquier momento. Su viabilidad será debidamente apreciada tomándose en cuenta las legítimas necesidades de la vida en común.

Los bienes adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges durante el matrimonio revisten el carácter de gananciales de titularidad conjunta a los que por analogía se le aplican las reglas del condominio o bien el de gananciales en el aspecto de gestión, constituyendo un condominio de partes indivisas gananciales pero, en definitiva, susceptibles de ser exigidos por los acreedores en la cuota parte que le corresponde al cónyuge deudor.

8.3.2. Bienes adquiridos mediante precio aplazado

Se trata de bienes adquiridos empleando sucesivamente bienes propios y gananciales.

En estos casos debe distinguirse el momento de la adquisición, si este se da antes o durante de la vigencia de la sociedad de gananciales, si es después carece de trascendencia.

- *Antes*, el bien será propio por el momento de la adquisición aunque la cancelación sea con dinero social. Los fondos utilizados carecen de trascendencia alguna.
- *Durante*, el bien es social, tomando en cuenta la presunción que el dinero utilizado tiene dicha calidad, aunque la cancelación sea con dinero privativo.

En ambos casos procede el reembolso, sea para reintegrar a la sociedad que terminó cancelando el bien propio adquirido de soltero o, reintegrar al cónyuge que canceló el bien social.

- *Después*, el bien sería de quien finalmente se lo quedó producto de la liquidación de la sociedad de gananciales.

(407) STILERMAN, Marta y SEPLIARSKY, Silvia. *Sociedad Conyugal*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006, p. 95.

Compro un departamento de soltero y lo cancelo con fondos sociales estando casado. Se trata de un bien propio por el momento de adquisición debiendo reembolsarse a la sociedad conyugal lo invertido.

8.4. Contratos entre cónyuges

8.4.1. Antecedentes

En Roma la contratación entre cónyuges no estuvo prohibida, salvo la donación entre ellos⁽⁴⁰⁸⁾. A nivel nacional, el Código del 36, al no regular la separación de bienes fue más drástico y prohibió la contratación entre cónyuges salvo el otorgamiento de poderes (art. 1339).

8.4.2. Estructura normativa

El artículo 312 del Código actual establece que: “Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad”. La limitación está dada para los bienes comunes, no para los propios y ni otros de naturaleza distinta. Al ser la sociedad conyugal un patrimonio autónomo y tener la titularidad de los bienes, los cónyuges no pueden contratar respecto de aquello que no es suyo sino de la sociedad, considerada como un tercero. Con los bienes propios o de otros los cónyuges sí pueden contratar entre sí. La exclusión es solo con los bienes de la sociedad conyugal.

Si bien la regla es la autonomía contractual, sustentada en la libertad de contratar (art. 2-14, 62, Constitución) y la libertad contractual (art. 1354, Código), el Derecho establece límites en salvaguarda de las instituciones, en este caso de aquellas que corresponden a la sociedad de gananciales en las relaciones familiares. La razón de la limitación es sencilla, en un régimen de comunidad de bienes los cónyuges comparten una misma unidad patrimonial. Se ha sostenido que (i) en materia patrimonial los cónyuges constituyen una sola parte, una sola carne –*unitas carnis*–, una sola voluntad y para formar un contrato es preciso cuando menos dos partes, dos voluntades, dos centros de interés, y; por otro lado, (ii) los cónyuges no pueden disponerse entre sí los bienes que no son de uno ni de otro, ni de ambos a la vez; solo tienen respecto de estos, derechos expectáticos a la cuota de participación que le corresponderá a la liquidación del régimen de sociedad de gananciales. No puedo venderte lo que *no es mío y que podrá ser tuyo*. No se trata siquiera de una contratación consigo mismo, en todo caso en podría tratarse de la venta de bien ajeno, aunque el tema per se es discutible como lo trazado algún criterio jurisprudencial⁽⁴⁰⁹⁾.

(408) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Tomo I, Edit. Cuzco, Lima, 1983, p. 364.

(409) “En caso de que uno de los cónyuges disponga de un bien social sin la participación del otro nos encontraremos ante un caso de nulidad virtual, es decir, ante un acto jurídico que se opone a una norma imperativa. En este caso no se podría equiparar la transferencia a un contrato de bien ajeno, dado que la norma que consagra

8.4.3. De la prohibición

Si bien el régimen de sociedad de gananciales está regulado por normas denominadas de orden público⁽⁴¹⁰⁾ y el Código en este contexto contiene la regla general que los cónyuges no pueden contratar cuando tales actos jurídicos generan obligaciones sobre bienes del patrimonio conyugal, eso no quiere decir que la contratación entre cónyuges esté proscrita *in toto* en el Derecho nacional.

No se trata de una prohibición total ni absoluta. Es parcial y relativa.

Más allá de los simples supuestos de contratación entre cónyuges como sería la constitución de una sociedad o la transferencia de acciones/participaciones con bienes propios, contrato de mutuo o prestación de servicios⁽⁴¹¹⁾, consideramos que la lista es mucho más extensa.

Contratos	
Prohibidos	Permitidos
Compraventa	Mandato ^(*)
Permuta	
Suministro	
Arrendamiento	
Donación	
Comodato	
Hospedaje	
Contrato de obra	
Depósito	
Secuestro	
Fianza	
Mutuo	

(*) El apoderamiento está permitido entre cónyuges (art. 292)

No existe impedimento legal para que los cónyuges celebren contratos:

- Sobre bienes propios, de terceros u otros.

la disposición de bienes sociales por ambos cónyuges es imperativa”. Cas. N° 2117-2001, Lima. 08/07/2002. “Las normas sobre copropiedad no son aplicables a los bienes sociales puesto que los cónyuges no son copropietarios de alcuotas ni tienen derechos hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales. Por lo tanto, el acto de disposición sobre los bienes sociales no es una compraventa de bien ajeno”. Cas. N° 3169-2001-Lima, 29/01/2002. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 51, p. 140.

(410) “Es necesario precisar que el régimen de sociedad de gananciales está regulado por normas denominadas de orden público, estableciéndose limitaciones de orden contractual entre los cónyuges”. Cas. N° 95-96-Ica, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, 30/12/1997, p. 224.

(411) ELGUERA QUINTANA, Karla. “Cuándo es válida la contratación entre cónyuges”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 143, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2005, p. 38 y ss.

- Que no comprometan los bienes sociales o no importen una patrimonialidad directa.
- En un régimen de separación de bienes.

Respecto del derecho de retracto (también llamado derecho de sustitución) entre cónyuges se ha decidido que al ser un acto de trascendencia contractual, entre cónyuges no pueden hacer uso de él⁽⁴¹²⁾.

8.4.4. Finalidad

El propósito de la norma es consolidar y proteger el patrimonio conyugal evitando su desmembración vía contractual⁽⁴¹³⁾ y el enriquecimiento indebido de un cónyuge en perjuicio del otro. De la Puente⁽⁴¹⁴⁾ –partiendo que las dos razones más importantes para prohibir la contratación entre cónyuges son el (i) atentado contra el régimen legal de bienes, y; (ii) permitirse el fraude a los acreedores de los cónyuges– considera que tanto los argumentos a *favor* como en *contra* no resisten a los embates de una sana crítica, por lo que sostuvo la permisividad legislativa de la contratación entre cónyuges con la limitación de no afectar la comunidad de gananciales.

La prohibición de la contratación entre cónyuges se da a fin de evitar la influencia indebida de uno en perjuicio del otro, para proteger a los acreedores de una colusión entre los cónyuges, evitar ventas encubiertas o simuladas.

8.4.5. Mutuo conyugal. Contrato permitido

El mutuo entre cónyuge está permitido (art. 1650) siempre que:

- Se celebre por escritura pública, y;
- No exceda de los límites previstos en el artículo 1625.

(412) “No habiendo liquidado el régimen de la sociedad de gananciales, y producido la división con el remanente, ni tampoco que se haya ejecutado la adjudicación a cada cónyuge; no puede calificarse jurídicamente a los bienes inventariados en el proceso de separación como propios de alguno de los cónyuges, por ende tampoco puede estimarse como propio de cada cónyuge el cincuenta por ciento del bien sub-litís, contrario sensu permanecen en su calidad de sociales, no pudiendo ninguno de los cónyuges disponer de ellos, sin la intervención del otro como resulta del artículo 315 del Código Civil, ni tampoco celebrar actos entre ellos como pretende la recurrente en la presente demanda de retracto, por encontrarse prohibida por el artículo 312 del Código Civil”. Cas. N° 2796-2001-Ica, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 11, mayo de 2006 - Consultas Jurisprudenciales.

(413) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “Formalidad del mutuo entre cónyuges”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo VIII, Contratos nominados, Primera Parte, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2007, p. 449.

(414) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., pp. 370 y 371.

- (A pesar de que el Código no lo diga expresamente se entiende que el mutuo debe estar referido a dinero o de bienes consumibles que tengan la naturaleza de bienes propios).

Este préstamo de consumo (del latín *meun tutum*, lo mío se hace tuyo) si excede los límites del 1625 y no ser por escritura pública será nulo por disposición expresa del mismo 1650 (conc. art. 219, inc. 7). Pero, sucede que, el 1625 ya no establece límites al haber sido modificado⁽⁴¹⁵⁾ dejándose en libertad para que la donación de bienes muebles sea sencilla y natural, sin más formas que la voluntad.

Evolución normativa de la donación de bienes inmuebles

–de más a menos–

	Texto actual	Texto de 1991	Texto original
Artículo 1650.- El mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando su valor exceda del límite previsto por el artículo 1625.	Artículo 1625.- La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad	Artículo 1625.- La donación de bienes muebles cuyo valor sea superior a ciento cincuenta veces la unidad impositiva tributaria, así como la de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual de los bienes donados, de su valor y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad	Artículo 1625.- La donación de bienes muebles cuyo valor sea superior a ciento cincuenta veces el sueldo mínimo mensual, así como la de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual de los bienes donados, de su valor y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.
	Elimina la referencia de los bienes muebles No establece un monto referencial, de forma que toda donación de inmuebles deberá ser por escritura pública.	Estos dos textos establecían un monto sobre el debía establecerse el valor del bien donado, si era mayor de 150 IUT o SMV debía procederse a la formalidad de la escritura pública.	

El hecho de no existir la referencia a que hace mención el artículo 1650 genera dos análisis. Para Castillo Freyre “(...) todo contrato de mutuo [de muebles] es consensual, incluido el mutuo entre cónyuges. Y está bien que ello sea así, pues la realidad nunca fue de la mano con una norma como esa. Si la pareja se lleva bien, sería impensable que quien preste exija a su cónyuge la celebración del contrato por Escritura Pública. Y si la pareja se lleva mal, o simplemente no se lleva, no habría

(415) Modificado por la L. 26189, Modifica el Código Civil en la parte referida a las donaciones, (DOEP, 22/05/1993).

préstamo alguno”⁽⁴¹⁶⁾. Por su parte, Gutiérrez Camacho afianza que “(...) es necesario que se realice una modificación que permita la aplicación correcta de la norma civil objetiva contenida en el artículo 1650, toda vez que habiéndose establecido el mutuo entre cónyuges debe constar en la escritura pública a partir de cierto monto y al no encontrarse fijado [este], se genera un vacío legal que tiene como consecuencia la inseguridad jurídica con respecto a este tipo de contratos”⁽⁴¹⁷⁾. Para uno la formalidad notarial para bienes muebles es excesiva, bastando el acuerdo de ambos cónyuges y la plena voluntad para que se concrete. Para el otro, la escrituralidad es necesaria, por la propia naturaleza de las partes contratantes, razón por la que se exige una modificación complementaria en el 1650.

Entonces: ¿Qué hacemos con los mutuos conyugales? Al no existir límites a excederse, la escritura pública se torna no solo en innecesaria sino en inexigible. No es obligatoria por la falta de *quantum*. El desfase normativo nos lleva a establecer que habiéndose eliminado el límite queda sin efecto la escrituración.

8.4.6. Situación actual

Cierto es que el artículo 1650, tal como está redactado no guarda coincidencia con el 1625 en razón de que este último eliminó los valores que funcionaban como cuantificadores. La modificación del 1625 –coja y asimétrica– debió incluir un ajuste al 1650; sin parámetros de valor que manda la última frase –*cuando su valor exceda el límite previsto en el artículo 1625*– el 1650 queda como una norma desamparada.

En razón de la evolución normativa del artículo 1625, que tenía como referencia la escrituración para ciertos montos, el artículo 1650 debería tener el siguiente texto:

El mutuo entre cónyuges no requiere de escritura pública.

Contrario sensu,

El mutuo entre cónyuges requiere de escritura pública cuando su valor sea superior a ciento cincuenta veces la unidad impositiva tributaria

8.4.7. Derecho comparado

El tratamiento comparativo de la contratación entre cónyuges se da en los siguientes tipos:

- Aquellas que lo prohíben.

(416) CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de los contratos típico”. Tomo II, El contrato de mutuo y El contrato de arrendamiento. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, p. 58.

(417) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Ob. cit., p. 451.

- Aquellas que prohíben para determinados contratos, Francia 1595⁽⁴¹⁸⁾, Chile 1796, Argentina 1358 y 1807, Italia 781, México 176.
- Aquellas que lo permiten, España 1323 y 1458, Suiza 168, Portugal 1761 y 1762.

En nuestro medio a pesar que no exista una prohibición expresa podríamos decir, además, que los cónyuges no podrían celebrar entre sí dación en pago, novación, compensación, condonación, consolidación o transacción⁽⁴¹⁹⁾, respecto de bienes sociales salvo que estas formas se utilicen en la liquidación de la sociedad de gananciales.

8.4.8. Conclusión

Más allá de limitar derechos con el fin de evitar abusos, la contratación entre cónyuges debe ser libre y, en todo caso, cautelarse mediante las reglas que regulan el fraude de los actos jurídicos⁽⁴²⁰⁾.

III. PASIVOS

El pasivo ganancial se compone del conjunto de cargas, deudas y obligaciones de la sociedad de gananciales y de las reglas de imputación para su pago, sea con patrimonio común o individual de cada cónyuge.

9. Régimen de obligaciones

Los pasivos del régimen de sociedad de gananciales se componen de deudas y obligaciones sean estas propias y/o sociales. Al contrario de lo que ocurre con la calificación de los bienes –sociales y propios– los mecanismos legales están orientados hacia la privatización de las deudas. Y es que la separación que la ley

(418) Artículo derogado Ley N° 85-1372, 23712/1985.

CODE.- artículo 1595. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux quand dans les quatre cas suivants:

1° Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en payement de ses droits;

2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers n'ont pas en communauté;

3° Celui où la femme cède des biens à son mari en payement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté;

(4° Celui où l'un des époux rachète en vente publique ou avec l'autorisation du tribunal, la part de son conjoint dans un bien indivis entre eux.) <L 14-07-1976, art. IV>. Sauf, dans ces quatre cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.

(419) Hoy en día la transacción se utiliza mucho en el Derecho de Familia “lo que excede ampliamente el ámbito obligacional, el método de nuestro Código resulta todavía defectuoso”. MOISÁ, Benjamín. “La transacción como convención de fijación de certeza”. En: *La Ley*. Buenos Aires, 15/08/2011.

(420) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Ob. cit., 1983, p. 371.

mantiene respecto de los bienes durante la vigencia del régimen de comunidad se repite en las deudas a efectos de identificar a los responsables con base en el interés del compromiso adquirido.

Dentro del estudio de la comunidad de bienes merece importancia el aspecto pasivo del régimen al implicar el desenvolvimiento dinámico y efectivo de la sociedad, así como la fortaleza de los cónyuges como sujetos de crédito. En este contexto vale la pena poner de relieve las dificultades que ofrece esta materia por la complejidad de relaciones que se presentan, y que afectan variados elementos:

- Elemento personal: Cónyuges y/o terceros;
- Elementos patrimonial: Bienes sociales y/o privativos;
- Elemento crediticio: Diversidad de deudas: social y/o privativa.

A diferencia de lo que ocurre con los activos patrimoniales en el caso de los pasivos se suscita una confusión respecto de los conceptos y de la razón de ser de su comprensión. Moisés Arata⁽⁴²¹⁾ alega que tal confusión obedece a dos motivos, el primero derivado de la impropiedad conceptual que representa la dicotomía entre deuda propia y deuda común, y; el segundo, consecuencia del primero, consistente en conceptualizar estadísticamente a las masas patrimoniales, cuando en realidad se encuentra en permanente interrelación.

Quienes contraen las deudas son los cónyuges, sea individualmente, con autorización del otro, o en conjunto. Pero, a la hora de definir cómo la sociedad de gananciales responderá por la deuda debe distinguirse cuál de los patrimonios involucrados en el régimen patrimonial se hará cargo de la acreencia: Si los bienes propios o los sociales.

En la sociedad de gananciales hay tres eventuales deudores e igual número de patrimonios que pueden ser responsables:

- Los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges, cuando lo hubieren, (1 y 2);
- El patrimonio social, directamente responsable de las deudas sociales, (3).

El mercado ha generado dos clases de deudas u obligaciones:

- Las deudas u obligaciones propias, a cargo de los bienes personales, y;
- Las deudas u obligaciones comunes, a cargo de los bienes sociales.

Presunción de privaticidad de las deudas. Un sector doctrinal opina que el mismo criterio de la finalidad de la obligación determina tener presente que, así

(421) ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. Ob. cit., p. 205.

como tenemos la presunción muciana –ante la duda se presume la calificación social de un bien (presunción de sociabilidad o ganancialidad de los bienes)–, debería presumirse como propio el pasivo (presunción de privaticidad de las deudas) tomando en cuenta que el beneficio común de la deuda debe ser objeto de probanza por quien la invoca, a contrario sensu la deuda *debe ser* propia. Como fundamenta Lasarte “las deudas que no deban o puedan considerarse gananciales habrán de ser calificadas como deuda propia de uno de los cónyuges”⁽⁴²²⁾.

Presunción de sociabilidad o ganancialidad de los bienes	Presunción de privaticidad de las deudas
Ante la duda se presume la calificación social de un bien.	Ante la duda las deudas habrán de ser calificadas como propias de uno de los cónyuges.

9.1. Responsabilidad patrimonial por deudas

Quien contrae una deuda puede no ser quien responda por ella. Esto dependerá del tipo de obligación: sea una deuda a cargo de los bienes propios o a cargo de los bienes sociales.

Nuestra Constitución establece que: “Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios” (art. 2, inc. 24-c). Esto quiere decir que la responsabilidad por deudas es una responsabilidad de tipo personal, no patrimonial. Este precepto constitucional establece que este principio de responsabilidad patrimonial por deudas no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios, en otras palabras la responsabilidad por obligaciones alimentarias constituyen en el ordenamiento jurídico peruano, la excepción a la responsabilidad patrimonial por deudas.

La responsabilidad patrimonial por deudas es consecuencia del incumplimiento de un deber en mérito del cual un patrimonio, del deudor o eventualmente perteneciente a un tercero, pueden resultar afectos a la satisfacción del crédito. La responsabilidad sujeta el patrimonio del deudor al cumplimiento de la prestación objeto de la obligación. Este patrimonio es una garantía para el acreedor que puede dirigirse en su contra en caso de incumplimiento.

Moisés Arata⁽⁴²³⁾, nos orienta en el tema de la responsabilidad externa de los cónyuges por el cumplimiento de las deudas contraídas está organizada por las disposiciones del régimen de comunidad de gananciales con base en los siguientes principios:

(422) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 223.

(423) ARATA SOLÍS, Moisés. *La sociedad de gananciales. Régimen de comunidad y deudas*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 375 y 376.

- *Principios de separación de responsabilidad*, cada cónyuge responde por sus deudas. Los bienes propios de uno no deben garantizar el cumplimiento de deudas del otro.
- *Principio de destinación de los bienes conyugales para garantizar el cumplimiento de específicas deudas*, los bienes gananciales deben destinarse a garantizar el cumplimiento de obligaciones comunes, así como los bienes propios las obligaciones personales.
- *Principio de involucración patrimonial*, siendo parte el cónyuge deudor de un régimen de comunidad de bienes representa para él la posibilidad de la afectación subsidiaria de los activos conyugales que le pertenecen que, por el carácter de la deuda, no estaban destinados a garantizar su cumplimiento y que terminan siendo afectados por haber devenido en insolvente el patrimonio principalmente obligado.

De lo anteriormente dicho, se desprende que el principio de responsabilidad tiene carácter patrimonial y universal. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

9.2. Obligaciones privadas a cargo de los bienes propios de los cónyuges

Las deudas a cargo de los bienes propios, denominadas deudas privativas o personales, son aquellas contraídas por uno solo de los cónyuges y que, en principio, no comprometen los bienes comunes. El patrimonio que responde será el del cónyuge deudor en razón de que la deuda es contraída en interés privativo de este cónyuge. Rige, a falta de presunción social, el criterio que las deudas se presumen sociales, salvo prueba en contrario⁽⁴²⁴⁾.

Dentro de las deudas privadas encontramos dos grupos: las deudas privadas exclusivas y las deudas privadas generadoras de responsabilidad subsidiaria. Las deudas privadas exclusivas son tales, en tanto y en cuanto surgen en interés exclusivo del cónyuge deudor, por lo que corresponde que la responsabilidad patrimonial por este tipo de deudas recaiga solamente sobre el patrimonio personal o privado del cónyuge deudor. Por otro lado las deudas privadas que generan responsabilidad subsidiaria, son aquellas que sin dejar de ser privadas, ya que han sido contraídas por y a nombre del cónyuge deudor, son contraídas en interés familiar o social, interés este que debe ser acreditado, supuesto que desencadenará la posibilidad de poder obtener para el cumplimiento de estas deudas privadas, un mayor respaldo patrimonial del patrimonio social y/o del patrimonio del cónyuge no deudor.

(424) Existe un criterio jurisprudencial en contra “(...) en tanto que si todos los bienes se presumen sociales, conforme lo dispone el artículo 311, inciso 1 del Código civil, se entiende asimismo que para el caso de las deudas es de aplicación la misma presunción”. Cas. Nº 2088-2000-Cajamarca.

9.2.1. Deudas privadas exclusivas

Son aquellas deudas contraídas en beneficio exclusivo de uno de los cónyuges. Su naturaleza es personal y que se encuentran a cargo exclusivamente del cónyuge deudor. Dado el interés personal con el que se contraen estas deudas la responsabilidad patrimonial por ellas recaerá únicamente sobre el patrimonio del cónyuge deudor.

Son las deudas anteriores al régimen contraídas en beneficio exclusivo del cónyuge deudor (deudas netamente privadas).

Estas son pagadas con los bienes propios del cónyuge deudor. La responsabilidad patrimonial recae exclusivamente en quien la contrajo sin posibilidad que los acreedores afecten los bienes sociales o los bienes privativos del otro cónyuge. La razón es que el único interés involucrado al momento de contraerse el compromiso fue en el deudor, al no existir régimen de gananciales.

Son las deudas netamente privadas.

Estas son pagadas con los bienes propios del cónyuge deudor. Son los bienes propios aquellos que responden por las deudas contraídas personalmente por los cónyuges antes o durante el matrimonio contraídas en interés único y exclusivo del cónyuge deudor.

Con relación a las deudas de cada cónyuge, la responsabilidad patrimonial recae solamente en el deudor cuyos bienes privativos serán afectados para el cumplimiento obligacional.

Por regla general, ni el patrimonio social ni el privativo del cónyuge no deudor pueden afectarse por las deudas privadas y personales del otro, ni siquiera de manera subsidiaria como patrimonios que respalden al deudor frente al acreedor en caso de insuficiencia de bienes de aquel.

La razón es que estas deudas son contraídas única y exclusivamente en interés personal no beneficiándose ni la sociedad conyugal, ni la familia, ni el otro cónyuge con la adquisición de dichas obligaciones⁽⁴²⁵⁾. Curiosamente, este principio lo encontramos en el artículo 328 que establece que: “Cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes” disposición esta que si bien se encuentra dentro de la regulación del régimen de separación de patrimonios debemos considerarla como un principio rector.

(425) “Tratándose de una deuda personal contraída por uno de los cónyuges, los bienes sociales no responden por ella. Por lo tanto, no procede embargar los bienes sociales pues se estaría convirtiendo al ejecutante en miembro de la sociedad conyugal, sin ser él ninguno de los cónyuges”. Exp. N° 1145-95-Lima, 07/12/1995.

Régimen de bienes	
Comunidad	Separación
308	329
Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.	Cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes

Nuestro Código contiene los siguientes supuestos de deudas exclusivamente privadas:

1. Deudas privadas contraídas con anterioridad al régimen de sociedad de gananciales contraídas en interés exclusivo del deudor. Estos supuestos se encuentran regulados en el artículo 307 del Código Civil.
2. Deudas privadas contraídas durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales contraídas en interés exclusivo del deudor. Estos supuestos se encuentran regulados en el artículo 308 del Código Civil.
3. Responsabilidad Civil de uno de los cónyuges. Estos supuestos se encuentran regulados en el artículo 309 del Código Civil.

9.2.1.1. Deudas privadas contraídas con anterioridad al régimen de sociedad de gananciales contraídas en interés exclusivo del deudor

El artículo 307 del Código señala que:

“Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor”.

Aquellas obligaciones contraídas antes del inicio del régimen de sociedad de gananciales quedan a cargo del cónyuge deudor ya que fueron asumidas en interés privado, propio y exclusivo del cónyuge deudor⁽⁴²⁶⁾.

El citado artículo 307 del Código contiene 2 supuestos de deudas privadas:

- El primero, corresponde a aquellas deudas contraídas con anterioridad al régimen de sociedad de gananciales, en este caso son *deudas exclusivamente privadas, y;*

(426) “Si el bien ha sido adquirido dentro de la sociedad conyugal, aquel no puede responder por las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales”. Cas. N° 1953-97, *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria*. Asociación No hay Derecho, Legales, Lima, 2000, p. 147.

- El segundo, cuando las deudas son contraídas en beneficio del futuro hogar, siendo *privadas con responsabilidad subsidiaria de los bienes sociales e incluso de los bienes privados del cónyuge no deudor*.

La jurisprudencia ha mencionado que los bienes sociales responden por las deudas contraídas en beneficio o provecho del hogar conyugal o de la familia “El artículo 292 del Código Civil regula la representación de la sociedad conyugal. Si bien los bienes sociales constituyen un patrimonio autónomo en el cual ni el cónyuge ni la cónyuge tienen alícuotas como en el caso de la copropiedad, ello no significa en forma absoluta que un bien social no pueda responder por las obligaciones asumidas por uno solo de los cónyuges, como así puede desprenderse de los artículos 307 y 308 del Código Sustantivo, de los que puede inferirse que los bienes sociales si han de responder cuando la deuda haya sido contraída en beneficio o provecho del hogar conyugal o de la familia”⁽⁴²⁷⁾.

Debe acreditarse que la sociedad de gananciales sea la beneficiaria del objeto de la obligación lo que se determina con prima facie con la intervención conjunta de los cónyuges. Con este sentido tenemos que: “En el presente caso resulta fundado el recurso de Cas. interpuesto contra la sentencia de vista, que declara fundada la demanda de obligación de dar suma de dinero; por cuanto lo que pretende la demandante es que los demandados cumplan con pagarle la suma de \$ 4 411.00 por la adquisición de una camioneta Pick Up Baranda, marca Nissan; sin embargo, cabe precisar que el documento denominado Proforma de Venta, así como de las cambiales que se acompañan, se advierte que dicha obligación solo fue asumida por el demandado don Higinio Rodríguez Namoc, sin intervención de la recurrente –su cónyuge–, es decir, no se trata de una obligación a cargo de la sociedad de gananciales, no habiéndose acreditado que esta haya sido la beneficiaria del objeto de la obligación en mención; evidenciándose así que las instancias de mérito han aplicado indebidamente los artículos 311, inciso 1 y 316, inciso 7 del Código Civil al considerar que la recurrente estaría obligada a responder por las deudas contraídas por su cónyuge”⁽⁴²⁸⁾.

Por excepción, no se incluyen entre estas deudas propias la obligación de suministrar alimentos a otras personas, aun cuando haya sido contraída antes del matrimonio, en la medida que la obligación alimentaria es de naturaleza común y grava al patrimonio social (art. 316, inc. 2).

(427) Cas. N° 159-2005, Junín, *El Peruano*, 04/07/2006.

(428) Cas. N° 2421-2002, La Libertad, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 11, mayo de 2006 - Consultas Jurisprudenciales.

9.2.1.2. Deudas personales contraídas dentro de la vigencia de la Sociedad de Gananciales contraídas en interés exclusivo del deudor

Otro supuesto de deudas exclusivamente privadas son aquellas contraídas con posterioridad al matrimonio por cualquiera de los cónyuges a título personal. Al respecto, el artículo 308 del Código Civil establece lo siguiente:

“Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia”.

En esta disposición están contenidos los supuestos más comunes de deudas contraídas en interés propio, quedando a cargo exclusivo del cónyuge deudor, salvo que se demuestre que fue en provecho de la familia.

Observamos, nuevamente, un doble supuesto de deudas privativas de los cónyuges:

- El primero, corresponde a aquellas deudas contraídas durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales en interés del cónyuge deudor, en este caso son *deudas exclusivamente privadas*, y;
- El segundo, cuando tales deudas son contraídas en provecho de la familia, siendo *privadas con responsabilidad subsidiaria de los bienes sociales e incluso de los bienes privados del cónyuge no deudor*.

Así como la responsabilidad individual, las deudas personales, que no hayan beneficiado al hogar no deben afectar la parte del patrimonio social ni aquel que correspondería al otro cónyuge⁽⁴²⁹⁾.

La asunción de deudas en beneficio del futuro hogar es común y cotidianas aquellas contraídas en provecho de la familia.

Corresponde en este punto analizar los distintos supuestos que nuestro ordenamiento jurídico establece para la determinación de la responsabilidad patrimonial por deudas contraídas antes del régimen o durante este.

(429) “Si la responsabilidad de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación, con igual razón la responsabilidad por una deuda personal, es decir que no haya beneficiado al hogar, no debe afectar la parte del patrimonio que correspondería al otro cónyuge”. Exp. N° 039-1996-ORLC/TR, Data 30.000 G.J.

Régimen de Sociedad de Gananciales	
Antes	Durante
Artículo 307.- Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.	Artículo 308.- Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

*El término **futuro hogar** determina que la deuda fue contraída antes de la constitución del régimen*

*El término **en provecho de la familia** determina que la deuda fue contraída luego de celebrado el matrimonio y, por lo tanto, una vez constituido el régimen*

Nada obsta que las deudas anteriores al régimen sean pagadas con bienes propios del cónyuge no deudor en la media que se pruebe que fueron contraídas en provecho de la familia, partiendo de la idea que la relación de familia no se constituye, necesaria ni únicamente, con el casamiento o constitución del régimen patrimonial sino, fundamentalmente, con actos parte. En este caso, la asunción de deudas que permitan adquirir activos para el desarrollo de las relaciones familiares.

Lo cierto es que no podemos hablar de las deudas existentes luego de fenecido el régimen de bienes sobre las cuales respondan los bienes propios de los ex cónyuges en razón de que estas debieron ser liquidadas en su momento; sino lo fueron, serán de responsabilidad conjunta en mérito a su cotitularidad de aquellos bienes que no fueron materia de liquidación.

Criterio jurisprudencial

Encontramos, en el que se resuelve lo siguiente:

“(...) Los bienes sociales no responden por la deuda adquirida solo por uno de los cónyuges cuando no ha redundado en provecho de la sociedad conyugal o no ha servido para atender cargas del hogar, en tal sentido la medida precautoria no puede subsistir pues estando vigente la sociedad de gananciales los bienes que la integran son autónomos e indivisibles, no pudiendo asignarse determinado porcentaje de propiedad sobre ellos a cada cónyuge (...)”⁽⁴³⁰⁾.

Así también:

“Cabe ordenar el levantamiento de una medida cautelar de embargo en forma de inscripción trabada sobre un inmueble de la sociedad de gananciales, hasta el porcentaje que le correspondería al cónyuge en caso de liquidación de gananciales, puesto que, los bienes sociales de la sociedad de gananciales, son de naturaleza autónoma con garantía institucional, por cuanto sus normas son de orden público, entendida esta conforme a la doctrina imperante, como

(430) Exp. N° 480-1990-Lima.

aquella situación de normalidad en que se mantiene un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas”⁽⁴³¹⁾.

La Corte Suprema de Justicia considera que:

“(…) No es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares que afecten a un bien social con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación personal de uno de los cónyuges, ni tampoco disponerla sobre una parte del citado bien, asumiendo que se estaría afectando la alícuota del obligado, por cuanto (…) sobre los bienes sociales no existe un régimen de copropiedad, sino que estos constituyen parte de un patrimonio autónomo que es la sociedad de gananciales (…)”⁽⁴³²⁾.

En similar criterio:

“(…) Los bienes propios son administrados y dispuestos en forma independiente y responden de las obligaciones particulares de cada cónyuge, como disponen los artículos 303 y 307 del Código Civil (…). Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo 330 del Código Sustantivo, establece que la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo 309 del mismo Código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le correspondrían en caso de liquidación (…)”⁽⁴³³⁾.

Una Resolución del Tribunal Registral del año 1996:

“(…) Si la responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le correspondrían en caso de liquidación, con igual razón la responsabilidad por una deuda personal es decir que no haya beneficiado al hogar, no debe afectar la parte del patrimonio que correspondería al otro cónyuge; en consecuencia, se hace necesario diferenciar para efectos del embargo, la porción que le tocaría al obligado sobre el predio al fenecimiento de la sociedad de bienes (…)”⁽⁴³⁴⁾.

Según nos lo hace notar Emilia Bustamante⁽⁴³⁵⁾ bien cabe recalcar en aquellos casos en los no existen bienes propios o estos resultan insuficientes para responder por las deudas propias de los cónyuges, no hay disposición normativa expresa.

(431) Cas. N° 590-2004-Lima, *El Peruano* 30/11/2005.

(432) Cas. N° 1895-1998-Cajamarca, 06/05/1999.

(433) Cas. N° 938-1999-Lima, 03/09/1999.

(434) Resolución N° 039-96-ORLC/TR-Lima, 02/02/1996.

(435) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. Ob. cit., p. 77.

Amparándose en ello, la tendencia de la jurisprudencia está orientada a denegar las pretensiones de los acreedores, lo que sin duda ocurre así, porque de acuerdo a nuestro sistema jurídico la ley es la principal fuente de derecho. En principio esto sería una actitud correcta en la medida que las deudas propias son contraídas en interés privado de uno de los cónyuges.

Dentro de estos supuestos, podemos ubicar a la responsabilidad civil del cónyuge la que, en virtud del artículo 309 del Código, no debe afectar al otro cónyuge en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le correspondieran en caso de liquidación.

Finalmente, pero no por ello menos importante debe indicarse que las deudas de uno de los cónyuges se presumen contraídas en provecho personal⁽⁴³⁶⁾ debiendo acreditarse que fueron para satisfacer intereses de la familia⁽⁴³⁷⁾.

9.2.1.3. Responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges

La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación (art. 309). Vale decir, aquella obligación de indemnización de daños y perjuicio que recaiga sobre uno de los cónyuges, debiendo el cónyuge responsable asumir esa obligación con su propio patrimonio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia precisa lo siguiente:

“(...) El artículo 309 del Código Civil se contrae a la responsabilidad extracontractual de un cónyuge, o sea, derivado por acto ilícito; que en este caso no solo quedan libres de afectación los bienes propios del otro consorte, sino también la parte que le correspondería en los bienes propios del otro consorte, sino también la parte que le correspondería en los bienes de la sociedad en caso de liquidación; por lo que, tratándose de un acto absolutamente personal, no tiene por qué afectar el patrimonio del otro, no perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales. En este sentido, siendo un acto propio de un cónyuge no puede afectar los derechos y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado,

(436) “Resulta improcedente el pedido de remate de bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal, si la deuda solo fue contraída por el marido y no está probado en autos que esta haya redundado en provecho de la sociedad conyugal ni que se utilizó para atender las cargas del hogar”. Exp. N° 1377-98, 24/07/1998. “Bajo ninguna circunstancia debe entenderse que los bienes sociales responden por las deudas propias de uno de los cónyuges, más aún si no se ha probado que el crédito del cónyuge fallecido haya beneficiado a la sociedad conyugal”. Cas. N° 1181-2001-Lima, 14/11/2001. “No es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares asumiendo que se afecta la alícuota del obligado, afectando en sí un bien social, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación personal a uno de los cónyuges ni tampoco disponerla sobre una parte del citado bien, más aún si no se ha acreditado que la cónyuge haya sido la beneficiaria del objeto de dicha obligación”. Cas. N° 3109-1998-Cusco-Madre de Dios, 28/05/1999.

(437) “Debe probarse que la deuda que se reclama sea de cargo de la sociedad para que los bienes sociales respondan por dicha deuda”. Exp. N° 99-5152, 14/01/2000.

ya que no se trata de una obligación que la sociedad conyugal debe responder (...). “(...) La obligación de pagar el monto de una reparación civil, impuesta a uno de los cónyuges en virtud de una sentencia penal, constituye una obligación personal por la que no pueden responder los bienes sociales, ya que estos solo responden por obligaciones asumidas por ambos cónyuges”⁽⁴³⁸⁾.

Tal consideración encuentra su sentido por el carácter personalísimo de la responsabilidad extracontractual. Dentro del supuesto tratado por el artículo en análisis podemos considerar también a la reparación civil cuyo pago se exige a uno de los cónyuges como consecuencia de una sentencia penal al constituir esta una obligación personal⁽⁴³⁹⁾.

En cuanto al cobro y garantía frente a estas obligaciones individuales, cierto criterio jurisdiccional establece que en caso de obligaciones resultantes de daños, por ser de carácter personalísimo, se cobrarán de los bienes propios, y si estos fueran insuficientes solo podrá embargar los bienes sociales hasta un 50%, sin que sea posible rematarlos, hasta que fenezca la sociedad de gananciales⁽⁴⁴⁰⁾.

Demás está decir que ambos cónyuges quedarán obligados si participaron en el hecho que generó la obligación (art. 1983).

Incluimos dentro de estos supuestos de responsabilidad extracontractual aquella:

- Que se genera por daños que causen los incapaces sujetos a guarda de uno de los cónyuges (arts. 1975 y 1976) considerando que la persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño ocasionado siempre que haya actuado con discernimiento, siendo responsable solidario el representante legal del incapaz. No hay responsabilidad por el daño causado por incapaz que actuó sin discernimiento, caso en el que responde su representante legal.

(438) Cas. N° 50-96-Cajamarca, 11/10/1996.

(439) “La obligación de pagar el monto de una reparación civil, impuesta a uno de los cónyuges en virtud de una sentencia penal, constituye una obligación personal por la que no pueden responder los bienes sociales de la sociedad de gananciales. En consecuencia, no es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares que afecten a un bien social con la finalidad de garantizar el cumplimiento de tal obligación”. Cas. N° 1895-1998 A.C.

(440) “Siguiendo a Max Arias Schreiber Pezet respecto del artículo 309 del Código Civil: Se trata aquí de las obligaciones resultantes de daños causados por un cónyuge, que por su carácter personalísimo, solo pueden pesar individualmente sobre el autor del hecho dañoso. En este caso, el acreedor verá cobrada su acreencia con los bienes propios del cónyuge infractor; pero si estos fueran insuficientes, solo podrá embargar los bienes sociales por el cincuenta por ciento de su valor sin que sea posible rematarlos, hasta que fenezca la sociedad de gananciales. Ello es así, por cuanto durante la vigencia de este régimen no es posible determinar concretamente la participación de los cónyuges en el patrimonio social, sin una previa liquidación; la que se produce por alguna causal de disolución del régimen patrimonial prevista en la ley”. Cas. N° 2433-2003, Lima, *El Peruano*, 30/03/2005.

- Que se genera en la celebración de actos de administración de la sociedad de gananciales. El cónyuge administrador indemnizará por los daños derivados de sus actos dolosos o culposos (art. 313).

Por estas deudas el patrimonio llamado a responder es el privativo del cónyuge deudor. Más allá de ello, hay supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico permite que el cónyuge deudor, ante la insuficiencia de su patrimonio obtenga un respaldo patrimonial para el cumplimiento de su obligación, tanto de los bienes sociales, como de los bienes del cónyuge no deudor, siendo esta responsabilidad de carácter subsidiaria, lo que no afecta la naturaleza personal y privativa de este tipo de deudas.

9.2.2. Deudas privadas compartidas o generadoras de responsabilidad subsidiaria

En el régimen de comunidad de bienes cada cónyuge puede obligarse individualmente afectando sus bienes. También, puede comprometer los comunes si con el compromiso asumido busca un provecho para la familia. Es así como se tienen determinadas deudas que sin dejar de ser privadas de un cónyuge, en la medida que se acredita el provecho familiar, generan una responsabilidad subsidiaria de los bienes sociales e, incluso, de los bienes propios del cónyuge no deudor con la finalidad de obtener un mayor respaldo patrimonial para el cumplimiento de estas deudas.

La fuente de esta legitimación se encuentra en el artículo 308. El principio general de la determinación de las deudas conyugales individualmente contraídas es que serán privativas y, eventualmente, pueden dar lugar a la afectación de un derecho expectatio a una cuota de participación en la liquidación del patrimonio ganancial, principio derivado del artículo 309. La regla en mención, interpretada a contrario sensu, permite inferir que cuando existe el provecho familiar es posible estimar que existe una legitimación suficiente para que un cónyuge afecte, además de sus bienes propios, los comunes de la sociedad e, incluso, los propios del otro cónyuge.

Moisés Arata⁽⁴⁴¹⁾ explica que la afectación de los bienes comunes por deudas de los cónyuges radica en lo siguiente:

- La autonomía imperfecta o relativa del patrimonio común derivada del hecho que la comunidad de gananciales carece de personalidad jurídica y, por consiguiente, la vía para adquirir derechos y obligaciones no puede ser otra que el actuar de los propios cónyuges.

(441) ARATA SOLÍS, Moisés. "Responsabilidad por deudas de la sociedad". En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, Derecho de Familia—Primera Parte, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 264.

- El derecho de cada cónyuge sobre patrimonio común se resuelve en participaciones totalmente indeterminadas que no son susceptibles de una afectación actual e independiente de los bienes concretos que conforman la masa común. No olvidemos que, respecto de la comunidad de bienes de la sociedad de gananciales, al no constituir una copropiedad, la participación de los cónyuges en el patrimonio social no se concretiza en cuotas ideales.

Para que los bienes comunes sean susceptibles de afectación derivada de la responsabilidad de los cónyuges por las deudas que contraen se requiere del actuar conjunto. En estos casos, la *presunción de privacidad* de la deuda solo quedará desvirtuada si se prueba que el motivo para contraerla, por parte del futuro cónyuge o del cónyuge deudor, fue perseguir el provecho de la familia sin interesar que la deuda llegue a ser favorable. En estos supuestos, el interés familiar debe ser acreditado.

De los artículos 307 y 308 del Código podemos extraer los supuestos de deudas privadas generadoras de responsabilidad subsidiaria:

1. *Deudas privadas contraídas con anterioridad al régimen de sociedad de gananciales pero contraídas en beneficio del futuro hogar.* Supuestos regulados en el artículo 307 del Código Civil.
2. *Deudas privadas contraídas durante el régimen de sociedad de gananciales pero contraídas en provecho de la familia.* Supuestos regulados en el artículo 308 del Código Civil.

El beneficio del futuro hogar, el provecho de la familia, debe ser acreditado para que se desencadene la posibilidad de comprometer el patrimonio social y/o el patrimonio del cónyuge no deudor. Las deudas generadas de los supuestos anteriormente mencionados son pagadas primeramente con los bienes con cónyuge deudor, dado el carácter privado o personal de tales deudas. El artículo 308 parte de la premisa que los *bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro a no ser que hayan sido contraídas en provecho de la familia*, situación en la cual si responderán pero no de forma inmediata sino mediata, es decir después de los bienes sociales. En efecto, en caso de deudas privadas contraídas en provecho de la familia primero responden los bienes con cónyuge deudor, luego los sociales y, recién, a falta o insuficiencia de estos, los bienes del otro cónyuge. Este orden de prioridad en la responsabilidad por las deudas lo obtenemos de una interpretación conjunta de los artículos 308 y 317 del Código Civil.

Artículos	
308	317
Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.	Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

Los supuestos de deudas personales en provecho de la familia constituyen una excepción a la regla general en materia de responsabilidad patrimonial por compromisos privativos de los cónyuges. Es el beneficio e interés común de la familia o el hogar aquel que establece que la deuda personal tenga implicancia con otros bienes, siendo una forma de comunicabilidad de los bienes personales de uno y otro y los sociales con estos y entre sí.

Si no se comprueba que la deuda se contrajo en dicho provecho, la responsabilidad patrimonial será exclusiva del cónyuge deudor respondiendo:

- Sus bienes propios, y;
- Los bienes de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación.

Es así como la responsabilidad subsidiaria en este tipo de obligaciones funciona de la siguiente manera:

1. El primer patrimonio llamado a responder es el del cónyuge deudor al estar ante deudas adquiridas a título personal. La responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor es directa y principal.
2. Seguidamente, a falta o insuficiencia del patrimonio del cónyuge deudor, el patrimonio social es llamado a respaldar el cumplimiento de esta obligación, ya que se acredita que la misma fue contraída en interés familiar, en provecho del hogar. La responsabilidad patrimonial de la sociedad conyugal es directa y subsidiaria.
3. Finalmente, a falta o insuficiencia del patrimonio social, la responsabilidad subsidiaria puede alcanzar el patrimonio privado del cónyuge no deudor de cara al interés familiar acreditado en la adquisición de la deuda. La responsabilidad patrimonial del cónyuge no deudor es directa y subsidiaria.

Deudas anteriores al régimen

Aquellas contraídas en beneficio del futuro hogar (deuda privada y social). Estas son pagadas con bienes propios pero en consideración al beneficio del futuro hogar se contempla la responsabilidad subsidiaria de modo que a falta o insuficiencias de estos la deuda será asumida con bienes sociales.

Para que la responsabilidad subsidiaria se haga efectiva se requiere:

- Comprobación que la deuda se contrajo en beneficio del futuro hogar, y;
- Acreditación de la falencia del activo propio del cónyuge deudor.

Siguiendo el análisis del Código tenemos que las deudas anteriores al régimen si son privativas se pagan con los *bienes propios del cónyuge deudor*. Si son adquiridas en beneficio del futuro hogar se pagan primero con *bienes propios del cónyuge deudor* y, a falta o insuficiencia de estos, con *bienes sociales*. Creemos, a través de una interpretación extensiva del artículo 308, que a falta o insuficiencia de estos últimos pueden afectarse los *bienes propios del otro cónyuge* siempre que se pruebe que la deuda se originó en provecho del futuro hogar.

A criterio inverso del Código, somos de la opinión que las deudas contraídas en beneficio del futuro hogar deberían ser cubiertas primero con bienes sociales y a falta o insuficiencia de estos con el patrimonio del cónyuge que decidió adquirir y, finalmente, con los propios del otro. Y es que, como se manifestó, la asunción de deudas en beneficio del futuro hogar es común. Cada vez son más los prometidos que, por decisión propia o instada por los casamenteros, adquieren patrimonio mucho antes de casarse con la finalidad de que una vez matrimonios tengan los bienes suficientes para permitir una holgada relación de familia, aunque los problemas nunca faltan⁽⁴⁴²⁾.

Criterios jurisprudenciales

Respecto de estos temas, la Corte Suprema ha precisado que:

“(...) Los artículos 307 y 308 del Código Civil regulan cómo se cubren las obligaciones contraídas por los cónyuges antes de la vigencia de la sociedad de gananciales. Siendo así, no corresponde discutir si los bienes propios de uno de los cónyuges o los bienes de la sociedad conyugal responderán por las deudas contraídas por el otro cónyuge. Lo que corresponde determinar es si la obligación se contrajo en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia. Por lo tanto, al no estar acreditado este extremo no es procedente que los bienes propios de uno de los cónyuges o los bienes de la sociedad respondan por las obligaciones personales del otro cónyuge (...)”⁽⁴⁴³⁾.

También considera que:

“(...) No estando probado que la deuda contraída por el marido demandado haya redundado en provecho de la sociedad conyugal, o que esta haya servido

(442) Ex-namorado deverá ressarcir à antiga amada parte do valor recebido pela venda de terreno que foi adquirido durante o relacionamento. “Ex-namorados dividirão valor de terreno adquirido conjuntamente”, en: <<http://www.ibdfam.org.br>>, 12/08/2011.

(443) Cas. N° 1953-97-Piura, 07/10/1998.

para atender las cargas del hogar, en tal virtud, por interpretación *contrario sensu* a lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, los bienes adquiridos dentro de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida solo por el marido (...)⁽⁴⁴⁴⁾.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad patrimonial por deudas personales de los cónyuges, el principio contenido en el artículo 308 del Código determina la garantía patrimonial de los acreedores por las deudas personales de uno de los cónyuges: por estas responden sus bienes propios y la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de la liquidación. A partir de ello, es evidente que el acreedor podrá dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor e inclusive embargarlos y ejecutarlos: el patrimonio responsable se forma inicialmente con esos bienes propios, si no fuesen suficientes el acreedor puede dirigirse contra la parte de los bienes sociales que le corresponderá a su deudor en caso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Embargos de bienes sociales

Respecto del embargo de los bienes sociales que le corresponderá al acreedor en caso de liquidación de la sociedad de gananciales en nuestro sistema jurídico existen dos posiciones:

- *Tesis negativa*, que niega toda posibilidad de embargo sobre los bienes sociales.

Esta se resume en el voto en discordia de un vocal superior que establece que:

“(...) Por interpretación a contrario sensu a lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, los bienes de la sociedad conyugal no pueden responder por la deuda adquirida solo por uno de los cónyuges; admitir la posibilidad que pueda afectarse con una medida cautelar el cincuenta por ciento del patrimonio que conforma la sociedad de gananciales, como consecuencia de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges, equivaldría a abrir el camino para que en forma indirecta y usando una modalidad no establecida por la ley, el acreedor pudiese lograr el afectar bienes de la referida sociedad (...). El derecho de familia que debe ser protegido sin limitación alguna, no permite que se establezca porcentajes respecto de los bienes sociales, mientras no se extinga la sociedad de gananciales (...)⁽⁴⁴⁵⁾.

Aquí observamos una clara invocación al principio de protección de la familia y a su respectivo patrimonio.

Similar sentido encontramos en los siguientes pronunciamientos de la Corte Suprema cuando precisan que:

(444) Exp. N° 1377-98-Lima, 24/07/1998.

(445) Voto en discordia del Vocal Superior Castillo Vásquez en el Exp. N° 3559-97-Lima, 14/04/1998.

- “(...) Hasta que fenezca y se liquide la sociedad de gananciales, no resulta procedente embargar ni rematar supuestas acciones y derechos respecto de bienes sociales, pues sobre estos no existe un régimen de copropiedad. Ese criterio ha sido establecido por la Sala Civil de la Corte Suprema en las diversas Ejecutorias que señalaron que los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo distinto al patrimonio de cada cónyuge, no resultando aplicables las normas sobre copropiedad porque los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto de los bienes sociales (...)”⁽⁴⁴⁶⁾.
- “(...) Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo, este solo responderá por obligaciones asumidas por esta y no por obligaciones asumidas personalmente por cada cónyuge, salvo que el objeto de la obligación hubiese tenido como beneficiario a dicha sociedad. En consecuencia no puede trabarse embargo sobre un bien social para responder por la deuda personal de uno de los cónyuges ni menos trabarse embargo sobre un determinado porcentaje de dicho bien, por cuanto la sociedad de gananciales no constituye un régimen de copropiedad, basado en un sistema de alícuotas (...)”⁽⁴⁴⁷⁾.
- Por el divorcio fenece la sociedad de gananciales generada por el vínculo matrimonial, por lo que al ampararse la demanda de divorcio por causal se da por concluido el régimen patrimonial, siendo en ejecución de sentencia que se formalizarán las etapas de liquidación previstas en el artículo 320 del Código Civil; es así que la participación de los cónyuges en los bienes sociales se determinará después de su fenecimiento y practicado el proceso de liquidación en el que se pagarán las deudas y cargas de la sociedad⁽⁴⁴⁸⁾.
- *Tesis permisiva*, que acepta su admisión, sin posibilidad de ejecutarlo.
Se resume en las siguientes resoluciones que precisan:
 - “(...) Respecto de los bienes sociales o de la sociedad conyugal, cada uno de los cónyuges no es titular de derechos y acciones como los reconocidos para la copropiedad en los dispuestos o gravados por cada uno de los partícipes en la sociedad conyugal; la propiedad de los cónyuges respecto de los bienes sociales, no es actual, sino virtual y solo se concretiza fenecida la sociedad conyugal, previa liquidación, en consecuencia no es posible asignar porcentaje alguno de propiedad, respecto de los bienes sociales, a cada cónyuge pues este se asignará solo cuando hayan quedado establecidas las gananciales; así como es imprescindible proteger a la familia y el matrimonio, no puede dejar de pensarse en la protección de los acreedores que no pueden ver satisfecho

(446) Cas. N° 911-99-Ica.

(447) Cas. N° 3109-98-Cuzco-Madre de Dios.

(448) Cas. N° 575-2004, Loreto, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 60, febrero de 2006, p. 73.

su legítimo derecho de crédito, al no contar sus deudores con patrimonio individual suficiente para responder por sus obligaciones (...).”

- “Los bienes sociales no constituyen copropiedad de los cónyuges, sino un patrimonio autónomo, el que sin constituirse en persona jurídica es distinto de los sujetos que la integran, por lo que sus reglas no pueden confundirse con las de la copropiedad, por ello cada uno de los cónyuges no es titular de derechos y acciones como los reconocidos para la copropiedad, que pueden ser dispuestos o gravados por cada uno de los condóminos”⁽⁴⁴⁹⁾.
- “Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que puedan ser embargados en garantía de una obligación, por eso el artículo trescientos treinta del Código Civil establece que la declaración de insolvencia de uno de los conyugues determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y el artículo trescientos nueve del mismo código señala que la responsabilidad extracontractual de uno de los conyugues se puede hacer efectiva en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponderían en el caso de liquidación (...) que, además es preciso señalar que no se debe confundir la medida cautelar de embargo con la ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que no se produzca la separación de patrimonios”⁽⁴⁵⁰⁾.
- “Que, los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación; que, al constituir dicha sociedad un patrimonio autónomo, no puede entenderse que esté fuera del comercio de los hombres, o que se haya formado una persona jurídica distinta y que los acreedores de los cónyuges por obligaciones personales no puedan solicitar medidas para cautelar sus acreencias sobre los derechos que su deudor tendrá al liquidarse la sociedad de gananciales, por lo que corresponde, levantar el embargo, solo sobre los derechos y acciones que le corresponden a la cónyuge actora y mantener dicha medida sobre los que corresponden al cónyuge deudor, con la salvedad de que su ejecución se encuentra supeditada al fenecimiento de la sociedad de gananciales”⁽⁴⁵¹⁾.
- “La ejecución de un bien social de la sociedad conyugal no procederá hasta que no se produzca la separación de patrimonios, empero ello no obsta que

(449) Exp. N° 1144-98, Resolución del 16/06/1998, Segunda Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima.

(450) Cas. N° 1718-1999-Lima.

(451) Cas. N° 829-2001-Ica.

subsista el gravamen sobre cincuenta por ciento de los derechos y acciones del cónyuge deudor (...)”⁽⁴⁵²⁾.

En todos y cada de estos criterios observamos una revaloración de la tutela a los acreedores.

Encontramos una postura similar en el Tribunal Registral, cuando establece que:

“(...) Es de verse de los partes judiciales, que el juez no ha querido desamparar el derecho del acreedor en mérito a la obligación cambiaria materia de acción ejecutiva, ni permitir el abuso del cónyuge que aprovechándose de su posición afecte los bienes sociales en beneficio propio y no en bienestar, mantenimiento o administración de justicia, la anotación del embargo en la partida del inmueble afectado, precisando que dicho gravamen se extiende solo sobre la parte que le correspondería al demandado al fenecimiento de la sociedad de gananciales. En consecuencia, se hace necesario diferenciar para efectos del embargo, la porción que le tocaría al obligado sobre el predio al fenecimiento de la sociedad de bienes, diferenciación que el caso que nos ocupa se encuentra sancionada por mandato del juez competente, quien a través de la resolución respectiva ordena al Registro admitir y publicitar la medida cautelar sobre las acciones y derechos que le correspondería al cónyuge deudor en el inmueble antes descrito (...)”⁽⁴⁵³⁾.

Un variante de esta tesis permisiva, que versa respecto de las obligaciones alimentarias, la encontramos en una posición mayoritaria de un Pleno Jurisdiccional de Cajamarca, en el cual se considera que:

“(...) Siendo la sociedad de gananciales un régimen patrimonial en el que hay bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, pueden ser gravados por obligaciones alimenticias de uno de los cónyuges no solo los bienes sociales, sino a falta o insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges a prorrata según el artículo 317 del Código Civil; dada la naturaleza del crédito alimentario que está destinado a la subsistencia de una persona, no puede diferirse su ejecución hasta que se liquide la sociedad de gananciales, por lo que existiendo afectación expresa de cualquiera de los bienes que la integran, está expedita su posible realización; (...). Se acuerda la posibilidad del remate inmediato de los bienes embargados, sin necesidad de esperar el fenecimiento de la sociedad de gananciales”⁽⁴⁵⁴⁾.

Este criterio se contrapone al siguiente:

(452) Cas. N° 1245-99-Lambayeque.

(453) Resolución N° 039-96-ORLC/TR, Lima 02/02/1996.

(454) II Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 7, Cajamarca, 1998.

El embargo tiene carácter de medida cautelar y conforme al 608 del CPC tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; teniendo dicha medida el carácter de precautoria, por lo que frente a un acto de disposición patrimonial a cargo del deudor que perjudique al acreedor y que guarde relación con bienes sociales, el mismo puede solicitar mediante la acción pauliana se declare ineficaz respecto de él el acto de disposición patrimonial en relación con los derechos expectaticios que le pudieran corresponder al deudor fenecida la sociedad de gananciales, para afectarlos vía embargo a fin de cautelar dichos derechos expectaticios; no pudiendo procederse a la ejecución forzosa vía remate o adjudicación mientras no fenezca la sociedad de gananciales⁽⁴⁵⁵⁾.

Es decir, existen criterios judiciales que admiten la procedencia de medidas cautelares en sociedades gananciales que se encuentren en proceso de liquidación, considerando que no procede la medida cautelar si no está acreditado que la sociedad conyugal, titular del dominio del inmueble que se pretende afectar, se encuentre en liquidación; como tampoco que exista un remanente, luego de pagar las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad, único supuesto en que podrían repartirse los gananciales que corresponderían por mitad a cada cónyuge⁽⁴⁵⁶⁾.

La tesis más adecuada es la permisiva sin posibilidad de ejecución por las siguientes razones: (i) El cónyuge deudor goza de derechos expectaticios sobre el bien que le pudiera corresponder a la liquidación del patrimonio social; (ii) el embargo es una medida cautelar que apunta a asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y; (iii) la justicia nos exige impedir el no pago de obligaciones por parte de los deudores morosos que intenten ampararse en su condición patrimonial de cónyuges para evitar la ejecución de las acreencias existentes en su contra. Considerando que la propiedad de cada cónyuge es establecida con la liquidación no podrá ejecutarse o rematarse dicha titularidad, virtual y expectaticia, que hasta ese momento tienen. Debiera, para algunos, permitirse el embargo precisando que se extiende solo sobre la parte que le corresponderá al cónyuge deudor al fenecimiento de la sociedad de gananciales haciéndose efectivo al momento de la disolución del régimen. Con ello se respeta la naturaleza jurídica del régimen y conciliamos los intereses de los acreedores.

9.3. Obligaciones a cargo de los bienes sociales. Deudas sociales

Cuando hablamos de las obligaciones sociales debe comenzarse con lo establecido por el artículo 300 del Código que preceptúa:

(455) Cas. N° 5249-2006-El Santa, del 10 de abril de 2007. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 13, N° 107, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2007, pp. 127-131.

(456) Exp. N° 34-99, 13/04/99. LEDESMAS NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo V, 2002, p. 115.

“Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. En cada caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno”.

A partir del análisis de este artículo concluimos que las necesidades del hogar y la familia están, sea cualquiera el régimen patrimonial, a cargo de ambos cónyuges de acuerdo a sus respectivas capacidades económicas.

Son deudas de carácter social aquellas que están a cargo de la sociedad conyugal. El criterio general tomado en cuenta es que sea contraída en interés de ambos cónyuges, del hogar o de la familia.

Nuestro régimen distingue las cargas y las deudas sociales propiamente dichas.

- Las cargas son las obligaciones sociales las asumidas por cualquiera de los cónyuges en ejercicio del poder doméstico (art. 292), y;
- Las deudas sociales propiamente dichas son contraídas por ambos cónyuges por actos de administración y disposición que exceden del poder doméstico denominadas (arts. 313 y 315).

9.3.1. Cargas sociales

Son deudas *in potestad doméstica*.

El matrimonio per se es oneroso - *onera matrimonii*. Es un acto jurídico que demanda una serie de obligaciones, pasivos, gastos en los que se ven comprometidos los cónyuges.

Doctrinariamente se enmarca dentro de la potestad doméstica aquellos actos relacionados con la atención de las necesidades ordinarias de la vida familiar que incluye a los actos de administración y conservación de los patrimonios. El legislador ha dispuesto la regulación del mecanismo de la representación legal entre cónyuges que alcanza grado normativo en el segundo párrafo del artículo 292 del Código, conforme al cual “(...) para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges (...)”.

Queda claro que por tratarse de un supuesto de representación establecido por ley, la realización por cualquiera de los cónyuges de actos comprendidos dentro del ejercicio de la potestad doméstica añade responsabilidad a ambos cónyuges. En estos supuestos la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor se hará efectiva sobre todos los bienes que integran los patrimonios conyugales solamente en la medida que la deuda sea una proveniente de la conclusión de un acto orientado a la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar, de modo tal que el cónyuge que no intervino en la conclusión del negocio podrá oponerse a la agresión de sus bienes privativos si logra demostrar que el cónyuge actuante se excedió en

el ejercicio de dicha potestad; es decir, si concluyó negocios jurídicos que rebasan los actos propios de la atención de las necesidades ordinarias del hogar⁽⁴⁵⁷⁾.

La doctrina diferencia en lo que concierne a las obligaciones sociales, a las cargas de la sociedad y a las deudas sociales propiamente dichas.

Las cargas sociales son las obligaciones contraídas para atender al sostenimiento de la familia y conservación del patrimonio. El interés familiar está implícito en cada supuesto de deudas u obligaciones generadas a partir de las cargas sociales, por lo que no será necesario acreditarlo. El Código en su artículo 316, a símili ocurre con los bienes propios, contiene una enumeración taxativa y cerrada, no de las *deudas comunes*, sino de *responsabilidad del patrimonio común* tanto por deudas comunes como por las deudas propias⁽⁴⁵⁸⁾.

9.3.1.1. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes

Esta carga afecta a la sociedad conyugal porque es consecuencia de las obligaciones impuestas por el Código a los cónyuges.

- Los cónyuges deciden las cuestiones referentes a la economía del hogar (art. 290).
- Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos (arts. 287).
- Los padres deben proveer al sostenimiento y educación de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes (art. 423).

9.3.1.2. Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas

Los alimentos emanan de una obligación natural.

Se deben alimentos recíprocamente los cónyuges, los ascendientes, descendientes y los hermanos (art. 474), son los alimentos legales. Los alimentos cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente: 1) por el cónyuge; 2) por los descendientes; 3) por los ascendientes, y; 4) por los hermanos

(457) ARATA SOLÍS, Moisés. “Responsabilidad por deudas de la sociedad”. En: Ob. cit., p. 266.

(458) “Cabe precisar aquí que no todos los supuestos de ‘cargas’ de la sociedad de los que trata el artículo 316 del CC son supuestos de deuda común en el sentido de la distinción que proponemos, por el contrario de lo que la ley se ha ocupado al regularlos es de establecer la responsabilidad de los bienes comunes presuponiendo en algunos casos la preexistencia de una deuda común, como sucede con el caso de lo donado o prometido por ambos cónyuges a los hijos comunes (inc. 3) y en otros prescindiendo de tal concepto y estableciendo simplemente una responsabilidad como acontece con el pago de los atrasos o réditos devengados de las obligaciones que afectan a los bienes propios (inc. 7). Esto nos lleva a concluir que el artículo 316 del CC en realidad no trata de ‘deudas comunes’, sino de ‘responsabilidad del patrimonio común’, tanto por deudas comunes como por deudas propias”. Cas. N° 039-96-ORLC-Trujillo, del 02/02/1996, Código Civil Digital, Perú.

(art. 475). Así también, los alimentos determinados al excónyuge por divorcio, al exconviviente⁽⁴⁵⁹⁾ y al hijo alimentista.

Es razonable que un cónyuge esté obligado a dar alimentos al otro en razón del deber matrimonial asumido al contraer matrimonio. Además, están obligados a alimentar a sus descendientes comunes, ascendientes o hermanos desde que es una obligación emanada del vínculo de sangre que los une con ellos.

Esta carga que no solo compromete los bienes sociales, sino también los frutos de los bienes propios o del trabajo del otro cónyuge, quien puede terminar alimentando los hijos extramatrimoniales del otro cónyuge.

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

Se incluyen como obligaciones de la sociedad las donaciones, regalos, anticipos de herencia y cualquier acto de liberalidad que hagan ambos cónyuges en conjunto a favor de sus hijos.

No gravará a la sociedad las donaciones que otorgue uno solo de los cónyuges a los hijos, aunque sean comunes, porque ninguno de los cónyuges está autorizado para disponer a título gratuito de los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento del otro.

9.3.1.4. Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afectan

Las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien (art. 916). Cuando estas, así como reparaciones de conservación o mantenimiento se realicen en predios propios junto con las retribuciones y tributos que los afecten.

(459) “En cambio, si es el exconviviente abandonante (alimentante) el que contrae matrimonio o mantiene una nueva unión de hecho, es manifiesto que la obligación legal alimentaria a favor del exconviviente abandonado (alimentista) debe continuar; por seguir presente el estado de necesidad que determinó la fijación de la pensión de alimentos, presupuesto ético que es el fundamento último para su regulación en la ley. Así, si el exconviviente abandonante (alimentante) se casa, atenderá la obligación alimentaria que la ley le impone con los bienes de su matrimonio; por cuanto, el artículo 316, inciso 2, del Código Civil dispone que ‘son de cargo de la sociedad de gananciales: 2. Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas’. Ahora, si el exconviviente abandonante (alimentante) sostiene una nueva unión de hecho, atenderá la obligación de dar alimentos impuesta por la ley con los bienes de dicha unión, a la que resulta pertinente aplicar la disposición del régimen de sociedad de gananciales citada, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución de 1993 concordado con el artículo 326, primer párrafo, del Código Civil”. Exp. N° 1701-91-La Libertad, del 22/11/1991. Código Civil Digital, Perú.

9.3.1.5. Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este

Las mejores son: útiles cuando sin pertenecer a la categoría de necesarias aumentan el valor y la renta del bien y de recreo cuando sin ser necesarias ni útiles sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad (art. 916).

Cuando tales mejoras son introducidas en bienes propios de uno de los cónyuges, con el consentimiento del cónyuge propietario, tales mejoras tienen la calidad de bien propio.

9.3.1.6. Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten

Los bienes sociales corresponden a la comunidad siendo esta la que debe responsabilizarse por sus estado, conservación⁽⁴⁶⁰⁾ y estar al día con los pagos que exigen su titularidad.

9.3.1.7. Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que corresponda

Retrasos son los pagos o rentas devengadas y no cobradas. Verbigracia, renta de arrendamiento, sueldos, salarios o remuneraciones no pagadas y que sean de cargo de los cónyuges provenientes de sus negocios, indemnizaciones o multas impuestas por el retardo en el cumplimiento de obligaciones, recargos sufridos por la demora en el pago de los impuestos, etc.

Réditos, es la renta, utilidad o beneficio que rinde un capital. Su sinónimo es interés.

Esta disposición se condice con el artículo 307 del Código. Este dispone que las deudas personales anteriores a la vigencia del régimen sean pagadas con bienes propios, así los atrasos y réditos producidos antes del matrimonio son parte de tales deudas, no existiendo razón alguna para hacer una excepción amortizándolas a costa de la sociedad de gananciales. En cambio, es natural que a consecuencia del derecho de la sociedad sobre todos los frutos de los bienes propios y sociales, ella responda por todos los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio, sea por bienes o negocios propios o por los sociales.

(460) “Los bienes sociales responden por la deuda que fuera contraída para dotar de llantas al camión de propiedad de la sociedad conyugal ya que son de cargo de la sociedad conyugal las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales (...) porque el vehículo materia de la tercería es un bien social, pero como la deuda ha sido contraída para el mantenimiento de dicho bien, rectificando el fundamento legal para desestimar la demanda, se ampara el fallo en el inciso 6 del artículo 316 del Código Sustantivo. Cas. N° 1052-98-Sullana, 09/09/1998. Código Civil Digital, Perú.

Según los artículos 307 y 317 los bienes sociales y, a falta o insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad. Por lo tanto, resulta evidente que solo está a su cargo el principal de las deudas contraídas por la sociedad o el de las que afecten a los frutos pero que el principal de las restantes obligará tan solo al cónyuge que las originó.

Respecto de una deuda derivada de un préstamo hipotecario contraído antes del matrimonio, la sociedad responderá por los intereses y comisiones pero las cuotas de amortización serán de cuenta del cónyuge a quien pertenezca el bien hipotecado⁽⁴⁶¹⁾.

9.3.1.8. Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge

Tanto la sociedad de gananciales como cualquiera de los cónyuges pueden gozar del usufructo de un bien; en tal caso, natural es que quien percibe los frutos haga los gastos correspondientes. En esa forma pueden citarse como cargas del usufructuario:

- El cumplimiento de las obligaciones prescritas al constituirse el usufructo (art. 1219).
- El pago de las contribuciones, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes usufructuados (art. 1010).
- La defensa del bien, por sí mismo o en unión del propietario, por aplicación de los artículos 1008, 1681-4 y 1969 del Código, que dan reglas generales sobre la forma de explotar el bien usufructuado, sobre las obligaciones del conductor y sobre la responsabilidad por descuido o negligencia (aplicable por analogía).
- La explotación del bien en forma normal y acostumbrada, para conservar su substancia (arts. 1008 al 1014).
- El pago del seguro contra incendio de los edificios, pues responderá de su pérdida si el siniestro ocurre por culpa suya (arts. 1008, 1683, 1684 y 1969).
- La ejecución de las reparaciones ordinarias y aun las extraordinarias si por omisión se necesitasen estas.

(461) “Es un hecho establecido que el bien inmueble se adquirió con anterioridad a la vigencia del matrimonio, con financiación del Banco Hipotecario, hipotecando en inmueble en garantía, en cuyo caso son de aplicación los artículos 307 y 316, inciso 7 del mismo Código, lo que debe establecerse en la liquidación de la sociedad de gananciales”. Cas N° 1715-96-Callao, 11/05/1998, Código Civil Digital, Perú.

9.3.1.9. Los gastos que cause la administración de la sociedad

La sociedad de gananciales debe atender sus propios gastos.

Son cargas sociales las deudas contraídas por los cónyuges en su calidad de administradores de la sociedad de gananciales.

9.3.2. Cargas y deudas

Respecto de las cargas sociales enumeradas en el artículo 316 del Código, la prueba del provecho familiar es facilitada por la ley. Así pues, el interés familiar se encuentra implícito en cada uno de los conceptos considerados como cargas sociales. Dicho interés social o familiar no necesita ser acreditado como en otros supuestos de deudas en los que se pretende determinar la responsabilidad patrimonial directa o subsidiaria de los bienes sociales. Al acreedor le bastará demostrar que nos encontramos frente a determinadas obligaciones, identificadas por su causa, otras por las prestaciones o los bienes sobre los que se va a actuar, respecto de las que la ley decidió, con objetividad, que estas generan responsabilidad y afectación del patrimonio social.

9.3.3. Deudas sociales stricto sensu

Son deudas *ex potestad doméstica*.

Son deudas sociales propiamente dichas aquellas otras obligaciones que, sin estar dirigidas a los fines de la potestad doméstica, son contraídas en concordancia con la facultad de disposición de bienes sociales (pago de rentas de arrendamiento, pago de cuotas de préstamo hipotecario, pago de precio de adquisición de un bien).

Bajo este rubro se incluyen todos los supuestos en que los cónyuges actúan conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento del otro, observando los requisitos establecidos por la ley. También, aquellos supuestos en los que el cónyuge no contratante ratifica el acto jurídico en virtud del cual se obligó el otro. El fundamento de la responsabilidad del patrimonio social radica en la manifestación conjunta de los cónyuges en contraer una obligación, más que en el beneficio o provecho social que pueda generarse a partir de esa obligación.

La responsabilidad patrimonial que concierne a los cónyuges por dichas deudas alcanzará al íntegro del patrimonio común y sus respectivos patrimonios privativos.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial social por estas deudas es el uso de la facultad de actuación conjunta de ambos cónyuges en virtud de la cual han comprometido el patrimonio social.

9.3.4. Responsabilidad patrimonial por deudas derivadas de deudas sociales

El artículo 317 establece que:

“Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad”.

Se trata de las deudas sociales.

La orden de prioridad para estos casos es: Primero se afecta el patrimonio a social, ante la falta o insuficiencia de estos se contempla la responsabilidad subsidiaria de los bienes propios de ambos cónyuges, los cuales responderán proporcionalmente por dichas deudas. En lo referente a la responsabilidad subsidiaria de los patrimonios privativos de los cónyuges existen dos posiciones predominantes en la doctrina que interpretan cómo debe operar esta responsabilidad:

- *Mitad-mitad*. La primera posición establece que cada cónyuge responderá patrimonialmente por la mitad, es decir, el 50% del saldo de la deuda social que no ha podido ser pagada con el patrimonio social.
- *Según ingresos*. La segunda posición considera que cada cónyuge debe responder por el saldo de la deuda impaga según sus respectivos ingresos y rentas.

Nos inclinamos por la segunda posición teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 300 del Código que estipula que la contribución de ambos cónyuges al sostenimiento del hogar se efectuará según sus respectivas posibilidades y rentas. Es difícil que los cónyuges se encuentren siempre en igualdad de posiciones económicas y financieras, por lo que no sería justo que respondan por mitades de una deuda social impaga. Es equitativo que se tome en cuenta sus situaciones económicas. El cónyuge con el patrimonio privado más solvente tendría una mayor responsabilidad patrimonial que el otro.

En todo caso, corresponderá al juez la determinación de la responsabilidad subsidiaria de los cónyuges.

Importante es mencionar que el hecho que un cónyuge sea declarado insolvente no perjudica ni limita la responsabilidad de las obligaciones contraída por la sociedad conyugal. Si un cónyuge es declarado insolvente, pero quien asumió obligaciones frente al acreedor y constituyó una garantía hipotecaria materia de ejecución no fue el insolvente sino la sociedad conyugal, procede la ejecución de la hipoteca constituida por esta última⁽⁴⁶²⁾.

9.3.5. Modulación de responsabilidad por deudas comunes

Moisés Arata⁽⁴⁶³⁾ nos explica que coexisten dos tipos de responsabilidades:

(462) Cas. N° 3928-2006-Lima - Índice Jurisprudencial Código Civil Digital, Gaceta Jurídica, 1ª edición, 2011.

(463) ARATA SOLÍS, Moisés. Responsabilidad por Deudas de la Sociedad. Ob. cit., p. 271.

- En primer lugar se da una responsabilidad directa, principal e ilimitada con cargo a la masa común.

Directa, al dar lugar a la afectación de bienes en concreto, integrantes del patrimonio común, a diferencia de lo que sucede con las deudas privativas en las que puede afectarse (i) los bienes del patrimonio propio del cónyuge deudor, y; (ii) el derecho expectatio a la cuota de participación que le corresponderá a la liquidación del régimen de comunidad.

Principal, los acreedores deben dirigirse primero contra los bienes comunes. Existe una suerte de beneficio de excusión a favor de los patrimonios privativos cuya responsabilidad es subsidiaria, de allí la importancia que en los casos en que la deuda haya sido contraída individualmente por uno de los cónyuges, el no deudor sea emplazado en el proceso para que pueda discutir el carácter común de la deuda y legitimar la afectación y posible realización de los bienes comunes.

Ilimitada, la persecución de los bienes comunes no tiene límite. Todos podrían resultar afectados en función de la cuantía de la deuda. Esta característica es consecuencia del *principio de responsabilidad patrimonial universal*.

- En segundo lugar se da una responsabilidad directa, subsidiaria y limitada con cargo a los bienes privativos de los cónyuges.

Directa, se afectan bienes en concreto.

Subsidiaria, es una responsabilidad que solo se abre paso sobre los bienes privativos cuando los bienes comunes no son suficientes o simplemente no existen.

Limitada, el acreedor solo podrá pretender sobre cada patrimonio privativo un determinado porcentaje de la deuda que estuviere pendiente.

En este sentido, encontramos el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, cuando en materia de actuación conjunta de los cónyuges establece que:

“(...) Siendo ambos cónyuges sujetos pasivos de la relación procesal, pues aparecen como aceptantes y por ende obligados de las cambiales en cobranza, es procedente el embargo sobre los bienes sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil (...)”⁽⁴⁶⁴⁾.

Asimismo:

“(...) Cuando en autos se ha establecido que las utilidades y pérdidas generadas de la explotación de una actividad comercial, corresponden a la sociedad

(464) Exp. N° 1264-97-Lima 16/01/1998.

de gananciales, los bienes sociales responden por las deudas producidas como consecuencia de la actividad económica de la que se tratase (...)”⁽⁴⁶⁵⁾.

La sociedad de gananciales responde con los bienes sociales de las deudas a su cargo. Subsidiariamente, los propios de ambos cónyuges responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad. Los cónyuges son así fiadores solidarios de todas las obligaciones de la comunidad al punto que sus bienes propios no se les restituyen al liquidarse la sociedad de gananciales, una vez pagadas las respectivas deudas (art. 322).

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. “Cuidado con lo que gasta su cónyuge”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 8, Gaceta Jurídica, Lima, enero-febrero de 1998.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. “Régimen patrimonial del matrimonio”. En: *Revista de Derecho PUC*, N° 59, Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*, Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “La disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 90, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2001.
- BELLUSCIO, Augusto C. “División de condominio entre cónyuges”. En: *La Ley*, 1983.
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa. “Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercera de dominio”. Tecnos, Lima, 1995.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia, Tomo I, 10ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- CANALES TORRES, Claudia. “Disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 108, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2007.

(465) Cas. N° 004-95-Lima. En: *El Código civil a través de la jurisprudencia casatoria*. Asociación No hay Derecho, Legales, Lima, 2000.

- CANALES TORRES, Claudia. “Procedimiento de disolución y liquidación de sociedad de gananciales”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 166, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2007.
- CAMPOS, Carlos G. Voz: Sociedad conyugal: Gestión de los bienes, Lagomarsino, Carlos y Salerno, Marcelo U., *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo III, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. En: *Revista institucional*. N° 9, Tomo I, artículos y ensayos, Academia de la Magistratura, Lima, julio de 2010.
- CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de los contratos típico”. Tomo II, El contrato de mutuo y El contrato de arrendamiento. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2002.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Tomo I, Edit. Cuzco, Lima, 1983.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986.
- ECHAZ MORENO, Daniel. “Aporte dinerario efectuado por uno de los cónyuges. Comentario a la reciente modificación del Reglamento del Registro de Sociedades”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 221, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- ELGUERA QUINTANA, Karla. “Cuándo es válida la contratación entre cónyuges”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 143, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2005.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Sustitución del régimen de sociedad de gananciales”. En: *Ley del sistema concursal - Análisis exegetico*. 1ª edición, Rhodas, Lima, abril de 2011.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “Formalidad del mutuo entre cónyuges”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo VIII, Contratos nominados, Primera Parte, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2007.
- HERRERA, Marisa. “Un estudio actualizado y algo más sobre la titularidad conjunta de bienes gananciales”. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Número sobre “Sociedad conyugal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008-I.

- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Renuncia a herencia, legado o donación”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, Derecho de familia - Primera Parte, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010.
- KRASNOW, Adriana. “Una aproximación a la calificación de los bienes en el matrimonio”. En: *Doctrina Judicial*, 2006-2-531.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, Tomo 6, abril de 2002.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Grijley, Lima, 2006,
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Validez y eficacia de los actos de disposición y de gravamen en la sociedad de gananciales. El concepto oculto en el artículo 315 del Código Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 64, Normas Legales, Trujillo, setiembre-octubre de 2005.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MESEGUER GÜICH, Diego. “Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedad de gananciales frente a las deudas sociales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 18, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2000.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. “Necesidad de precisiones sobre ineficacia en el Código Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 24, julio de 2001.
- REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. “Cuando justos se casan con pecadores”. En: *Ius et Veritas*. N° 15, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre de 1997.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SOLARI, Néstor E. “Sobre el efecto retroactivo de la sentencia en el régimen patrimonial del matrimonio”. En: *La Ley*, Buenos Aires, julio de 2010, Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires) ~ 2010-04-14 ~ R. S., M. C. c. S., J. C.
- SOLARI, Néstor E. “Recompensas por la compra y las mejoras realizadas en un bien propio”. En: *La Ley*. Buenos Aires, abril de 2010. Fallo Comentado:

Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes (TFamiliaQuilmes) (N° 1) TFamilia N° 1, Quilmes ~ 2009-04-23 ~ F., M. del C.

- STILERMAN, Marta y SEPLIARSKY, Silvia. *Sociedad Conyugal*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006.
- VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1942.
- VARSIROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004.
- VARSIROSPIGLIOSI, Enrique. “Deudas personales vs. sociedad de gananciales”. En: diario oficial *El Peruano*, Cuerpo B, *Economía y Derecho*, Informe, 6 de agosto de 1996, Lima, 1996.
- VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3ª edición, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998.

**CAPÍTULO
CUARTO**

**SEPARACIÓN
DE PATRIMONIOS**

CAPÍTULO CUARTO

SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

I. Introducción. **II.** Concepto. **III.** Denominación. **IV.** Definición. **V.** Características. **1.** Formalidad. **2.** División de patrimonios. **3.** Voluntario. **3.1.** Régimen supletorio en el Derecho comparado. **4.** Titularidad de los bienes propios. **5.** Bienes en copropiedad. **6.** Administración individual. **7.** Administración delegada. **8.** Responsabilidad por obligaciones personales. **9.** Responsabilidad por obligaciones conjuntas. **10.** Responsabilidad por obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica. **11.** Ejercicio de la propiedad en armonía con el interés familiar. **12.** Inscripción. **13.** Conveniencia/eficiencia. **VI.** Bienes. **VII.** Deudas. **14.** Deudas propias de los cónyuges. **15.** Deudas asumidas conjuntamente por los cónyuges. **16.** Deudas asumidas en interés de la familia. **17.** Deudas asumidas para el sostenimiento de la familia (en virtud de la potestad doméstica). **17.1.** Cargas. **17.2.** Responsabilidad por deudas según doctrinarios. **VIII.** Tipos. **18.** Separación plena o absoluta. **19.** Separación con administración única. **20.** Sistema dotal. **IX.** Formas de constitución de la separación de patrimonios. **21.** Constitución originaria de la separación de patrimonios. **22.** Constitución sobreviniente de la separación de patrimonios - Sustitución. **22.1.** Sustitución por voluntad de los cónyuges. **22.2.** Sustitución judicial. **22.2.1.** Limitaciones de la sustitución judicial. **22.3.** Sustitución de pleno derecho. **22.3.1.** Separación de cuerpos. **22.3.2.** Ausencia. **22.3.3.** Declaración de inicio de procedimiento concursal. **22.3.4.** Otros casos. **X.** Fenecimiento. **XI.** Liquidación. Teoría de los Reembolsos.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de separación de patrimonios en nuestro medio es tratado como una alternativa que los cónyuges tienen para regular sus relaciones económicas. Se trata de un régimen optado, paccionado, voluntario decidido frente a la sociedad de gananciales que es el régimen supletorio y que opera a falta voluntad expresa de los cónyuges. Requiere de manifestación de voluntad clara, cierta e indubitable de los cónyuges a fin de que opere el acogimiento al régimen de separación de patrimonios.

II. CONCEPTO

El régimen de separación de patrimonios se constituye como un régimen general y autónomo que se rige por el principio de independencia entre los cónyuges respecto de la titularidad de los bienes, su gestión y en la responsabilidad patrimonial principalmente privada de las deudas y obligaciones personales⁽⁴⁶⁶⁾.

Este régimen surge como consecuencia de que los cónyuges al contraer matrimonio lo hacen con la seguridad de no hacerse del dinero del otro cónyuge, no de la riqueza del otro, de no aprovecharse del peculio ajeno.

(466) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Deudas personales". En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte. 2ª edición, Lima, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 325.

III. DENOMINACIÓN

Denominado régimen de separación de bienes, separación de patrimonios, régimen paccionado, régimen acordado, decidido, voluntariamente establecido.

IV. DEFINICIÓN

Es el régimen patrimonial en el que cada cónyuge conserva la titularidad de sus bienes.

Promueve una absoluta diáspora patrimonial impidiendo la comunión de los bienes adquiridos por los cónyuges antes o después del matrimonio, sea de forma gratuita o a título oneroso.

Este régimen ofrece a cada consorte una total independencia respecto de sus bienes y obligaciones, en el presente y en el futuro.

En resumen, en los matrimonios con separación de bienes cada cónyuge tiene un patrimonio particular y no existe punto de intersección de los bienes⁽⁴⁶⁷⁾. Casados están pero desde el punto de vista patrimonial los bienes son de cada cual respondiendo solo en común respecto de las cargas del hogar, es ello lo único que los ata económicamente hablando. El hecho de optar por este régimen en nada afecta la legítima ni el derecho alimentario de los cónyuges.

V. CARACTERÍSTICAS

Como régimen patrimonial, la separación de patrimonios tiene características propias, entre las principales tenemos:

1. Formalidad

Tanto para la constitución originaria como para la sustitución voluntaria, los cónyuges deben plasmar su manifestación de voluntad de optar por la separación de bienes observando la formalidad establecida por ley, en este caso elevar a Escritura Pública su decisión, establecida en el Derecho como *ad solemnitatem*; es decir, su inobservancia conlleva la sanción de nulidad.

Sin dicha formalidad no se entiende jurídicamente constituido el régimen patrimonial. Mediante ella se constituye el régimen.

(467) En este sentido, véase: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3 tiraje, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 300.

2. División de patrimonios

El régimen de separación de patrimonios regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges partiendo de la premisa de que no existe entre ellos una masa patrimonial común, no hay unión ni confusión de patrimonios, cada uno conserva el suyo como si fueran solteros.

Existen dos masas patrimoniales privadas de cada cónyuge.

3. Voluntario

Es un régimen que opera por expresa voluntad de las partes. No se presume ni se aplica *ipso iure*. Debe ser acordado, formalizado e inscrito.

3.1. Régimen supletorio en el Derecho comparado

En el Derecho comparado se aprecia en algunos casos que opera de pleno derecho; es decir, como régimen supletorio. Por ejemplo, Japón (at. 762), Cataluña en caso no existir pacto (art. 10, Cód. de familia), o cuando los capítulos matrimoniales sean ineficaces, lo mismo se establece en Baleares y la Comunidad Valenciana. Es un régimen legal supletorio de primer grado en una gran cantidad de países sajones⁽⁴⁶⁸⁾.

Antiguamente fue tomado como régimen sancionador, aplicable cuando los cónyuges celebraran el matrimonio infringiendo ciertas prohibiciones o impedimentos, criterio este que fue dejado de lado. En algunos países opera como supletorio pero tomando en cuenta un criterio previsional como es el caso de Brasil (art. 1641) “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aquestos: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio; II - da pessoa maior de setenta anos⁽⁴⁶⁹⁾ anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”. Previene el abuso de un cónyuge frente a otro cuando no se respetan las pautas legales o existe una edad avanzanda.

En relación con Brasil, es interesante destacar un rasgo. A primera vista, el régimen de separación convencional de bienes puede ser confundido con el sistema de separación obligatoria, pero no debe ser así. En este último caso, incidirá la Súmula 377 de la Corte Suprema que determina que habrá comunión de bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso.

En Alemania es supletorio el régimen de participación de gananciales, en caso los cónyuges excluyan o anulen este régimen legal, entra en vigencia la separación de bienes salvo que del contrato matrimonial se desprenda situación distinta (art. 1414).

(468) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 151.

(469) La edad ha cambiado de sesenta para setenta años por la Ley 12.344, de 2010.

En España, la separación es un régimen convencional, optado por las partes y legal supletorio de segundo grado⁽⁴⁷⁰⁾ o incidental⁽⁴⁷¹⁾ que opera cuando las partes deciden expresamente no regirse por la sociedad de gananciales y no optan por otro sistema, aplicándose en este caso la separación de bienes (art. 1435, 2).

4. Titularidad de los bienes propios

La regla es la desconexión patrimonial entre los cónyuges⁽⁴⁷²⁾. La independencia patrimonial es absoluta respecto de la titularidad de los bienes. Cada cónyuge tiene los suyos en su total dominio y plena administración⁽⁴⁷³⁾. Existen patrimonios exclusivos de cada cónyuge, no hay bienes comunes. El artículo 327 del Código señala que en el régimen de separación de patrimonios cada conyugue conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes, presentes y futuros, correspondiéndole los frutos y productos de dichos bienes, de lo que se colige que esta figura opera para los bienes que son de propiedad de los cónyuges, los que se encuentran dentro de sus esferas patrimoniales⁽⁴⁷⁴⁾.

5. Bienes en copropiedad

Nada obsta que pueda surgir un régimen de copropiedad en aquellos supuestos de adquisición conjunta de bienes, donde cada uno de los cónyuges es copropietario del otro, titular único y exclusivo de su cuota ideal sobre el bien adquirido. Puede darse el caso de bienes cuya naturaleza haga difícil acreditar su pertenencia, si es de uno u de otro, caso para el cual el artículo 1,441 del Código español considera que *cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad*. Semejante titularidad por mitades, a decir de Lasarte⁽⁴⁷⁵⁾, implica traer a colación el régimen de la copropiedad o comunidad ordinaria.

6. Administración individual

Cada cónyuge tendrá la administración, gestión individual y disposición de sus bienes propios. Tienen plena independencia y autonomía, sin que el otro cónyuge pueda interferir en dicho manejo.

Esta facultad tiene algunas limitaciones que se fundamentan en la afectación de la vida familiar, por lo que debe someterse a la regla general referida a que las

(470) EL DERECHO EDITORES: *Regímenes económicos matrimoniales*. 1ª edición, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, octubre de 2010, p. 313.

(471) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, Ob. cit., p. 150.

(472) *Ibidem*, p. 248.

(473) “La separación de patrimonios produce el efecto de que cada uno de los cónyuges recupera en toda su plenitud el dominio y administración de su patrimonio”. Exp. N° 081-1993-Lima.

(474) Cas. N° 2302-2006-Arequipa.

(475) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil*. Ob. cit., p. 247.

cargas y necesidades familiares son atendidas por ambos cónyuges de acuerdo a sus posibilidades (art. 300). Regla similar se observa en la ley brasileña cuando el Código establece que ambos cónyuges están obligados a contribuir a los gastos de la pareja en proporción a los ingresos de su trabajo y sus bienes, salvo disposición en contrario en el acuerdo prenupcial (art. 1688).

7. Administración delegada

Cualquiera de los cónyuges puede encargar voluntariamente la administración de sus bienes al otro, inclusive a un tercero, mediante poder con facultades especiales. En ningún caso lo podría hacer en contra de la voluntad del cónyuge administrado.

Al fenecer el régimen de separación de patrimonios deben entregarse al propietario los bienes que estuviesen en poder del otro cónyuge, a menos que medie alguna eventualidad que autorice el derecho de retención, por ser el cónyuge administrador acreedor del otro y su crédito no esté suficientemente garantizado.

En Brasil, el artículo 1651 establece que cuando uno de los cónyuges no puede ejercer la administración de sus bienes, de acuerdo con el régimen de propiedad, el otro puede: gestionar los bienes comunes y los del consorte, enajenar bienes muebles comunes, y los bienes muebles e inmuebles del consorte, con autorización judicial.

8. Responsabilidad por obligaciones personales

Cada cónyuge es responsable por las deudas que contraiga a título personal y que respondan a un interés propio del deudor. Es necesario distinguir el interés generador de la obligación contraída a fin de poder determinar si la responsabilidad es exclusiva de dicho cónyuge. Como se ha referido, dentro de la vigencia de la separación de patrimonios es totalmente viable que cada uno de los conyuges pueda disponer libremente de sus bienes, como estos sean objeto de embargo y remate, no siendo legal que los bienes de un conyugue respondan por las obligaciones del otro⁽⁴⁷⁶⁾.

9. Responsabilidad por obligaciones conjuntas

Al margen de la finalidad o el interés con el que los cónyuges deudores hayan contraído una obligación, en la medida en que haya actuación conjunta, la responsabilidad por tales deudas siempre corresponderá a ambos, de acuerdo al compromiso patrimonial asumido por parte de cada cónyuge.

(476) Cas. N° 1508-98-Tacna.

10. Responsabilidad por obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica

Ambos cónyuges responden por las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, independientemente de cuál fue el cónyuge deudor, siendo el interés familiar el principio rector para la administración de los bienes.

Como ya se ha establecido, nuestra legislación civil señala que el sostenimiento del hogar y de la familia será atendido por ambos cónyuges de acuerdo a sus posibilidades patrimoniales.

Es imposible eliminar el aspecto económico del matrimonio que prevé para las sociedades conyugales deberes de ayuda mutua y de responsabilidad de los cónyuges para los gastos domésticos y manutención de los hijos. La vida familiar y la necesidad de cumplir con los encargos familiares introducen un elemento asociativo que inhibe la absoluta independencia económica. Esta dependencia financiera, sin embargo, no significa olvidar que el régimen de separación de bienes mantiene una separación de patrimonios y una administración independiente de los consortes, que disfrutan y gestionan su propia y exclusiva colección patrimonial⁽⁴⁷⁷⁾.

11. Ejercicio de la propiedad en armonía con el interés familiar

El interés familiar impone un límite natural a la administración y disposición de bienes, sean propios como sociales, por lo que la gestión de los mismos en el matrimonio debe responder al interés familiar.

Este se constituye en la medida que sea necesario afectar patrimonialmente a la familia y sus bienes. Por ello, no cabe independencia absoluta en cuanto a los actos de administración o disposición, pues siempre estará moderada o atenuada por estas obligaciones.

12. Inscripción

Con respecto a las relaciones de los cónyuges frente a terceros es necesario que el régimen de separación conste por inscrito en el Registro Personal, tanto si es elegido antes del matrimonio como en el caso de que se optara por él durante el transcurso de este, así el régimen patrimonial será oponible y eficaz frente a dichos terceros.

En el mismo sentido se manifiesta la ley brasileña que indica que los acuerdos prenupciales (donde obligatoriamente está la elección del régimen de bienes) no tienen ningún efecto frente a terceros sino después de ser registrados en un libro especial, por lo oficial del Registro de Propiedad de la residencia de los cónyuges (art. 1657).

(477) En este sentido, véase: MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª edición, Rio de Janeiro, Forense, 2011, pp. 787-788.

A diferencia del régimen de gananciales, la separación exige inscripción en el Registro Personal tanto si los interesados lo eligen antes del matrimonio, como si lo solicitan en su transcurso. Esta inscripción se efectúa en mérito de la Escritura Pública, en caso de que sea por voluntad de los interesados.

Cuando es por orden judicial o administrativa se procede a inscribir la sentencia de cambio de régimen (art. 329) o de la declaración de insolvencia (art. 330).

La inscripción determina su comienzo respecto de terceros.

13. Conveniencia/eficiencia

Los doctrinarios del análisis económico del derecho califican a este régimen como el más eficiente económicamente por su claridad y transparencia que muchas veces no se verifican en el régimen de sociedad de gananciales.

El régimen de separación convencional de bienes está siendo utilizado actualmente por las parejas que ya tienen propiedad, o cuando uno tiene una profesión que implica un riesgo financiero, lo que permite una mayor libertad de acción del titular sobre su propiedad. La doctrina opina que se debe dejar de ver a este régimen con un ojo crítico, sugiriendo que la adopción de este sistema implique un menor afecto y amor entre la pareja. No es el caso. Existen, por un lado, las cuestiones de conveniencia para aquellos que ya tienen una propiedad y necesitan libertad para disponer de ella y, en segundo lugar, tenemos el desapego y falta de interés material en el matrimonio. De hecho, se entiende que el régimen supletorio, debería ser el de separación de bienes, como es en Japón y en la mayoría de los estados de EE. UU.⁽⁴⁷⁸⁾.

VI. BIENES

Uno de los principales aspectos que distinguen a la separación de patrimonios de otro régimen patrimonial es lo relativo a la parte activa, vale decir lo relativo a la regulación de los bienes. En efecto, en el régimen de separación de patrimonios encontramos únicamente dos masas patrimoniales, constituidas por los bienes privados de cada cónyuge. No se da la existencia de bienes sociales, tal como lo concibe la sociedad de gananciales.

Conforme al artículo 327 del Código Civil cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes, presentes y futuros, así como sus frutos y productos.

(478) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 3ª edición, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 333-334.

El artículo 1687 del Código Civil brasileño establece que en la separación de bienes estos quedan bajo la gestión exclusiva de cada uno de los cónyuges, que pueden disponer libremente o gravar.

Si los cónyuges adquieren conjuntamente un bien se le aplicará el régimen de copropiedad establecido en el artículo 969 y siguientes—Libro de Derechos Reales—, por lo que cada uno será propietario absoluto de la cuota ideal que le corresponda del bien.

El ejercicio de las facultades de administración y disposición del cónyuge propietario debe realizarse en armonía con el interés familiar que constituye el principio rector para la gestión de los bienes, como ya hemos adelantado. Esto se aprecia respecto del inmueble donde está constituido el domicilio de la familia. Para estos casos debe requerirse la intervención de ambos cónyuges.

El marido y la mujer conservan los bienes:

- Que tuviesen en el momento inicial del matrimonio mismo, y;
- Los que adquieran después por cualquier título (renta de trabajo, renta de los bienes, adquisiciones onerosas o a título de herencia o donación).

A cada cónyuge le pertenece la propiedad, disfrute, administración y disposición de sus propios bienes.

En caso no sea posible acreditar la titularidad de un bien este corresponderá a ambos por mitad, salvo prueba en contrario.

VII. DEUDAS

Uno de los temas en el cual encontramos similitud entre el régimen de sociedad de gananciales y el régimen de separación de patrimonios es el tratamiento de las deudas u obligaciones, pues el principio general que gobierna la responsabilidad por deudas es la responsabilidad individual del deudor, cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes (art. 328).

Sin embargo, el interés, beneficio y provecho familiar en la separación de patrimonios, al igual que en la sociedad de gananciales, se encuentra presente para regular el tratamiento de los diferentes tipos de deudas y responsabilidad patrimonial, frente a lo cual se cuenta con dos patrimonios eventualmente responsables: los patrimonios privados de los cónyuges.

A nuestro criterio encontramos en este régimen patrimonial una clasificación de deudas u obligaciones análoga a la desarrollada en el régimen de sociedad de gananciales, la cual adecuaremos a la separación de patrimonios:

14. Deudas propias de los cónyuges

Las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad, las asume él solo. El acreedor no puede perseguir el patrimonio privativo del otro cónyuge. Estas deudas son personales, por lo que queda obligado quien las contrajo y queda sujeto a ellas en caso de realización de acto ilícito; asimismo, por ellas son ejecutables⁽⁴⁷⁹⁾ todos sus bienes sin distinción, de acuerdo a los principios generales en materia de obligaciones y responsabilidad patrimonial.

El único y exclusivo patrimonio a afectarse es el del cónyuge deudor, lo que implica que no exista posibilidad de afectar el patrimonio del otro.

Presumiblemente todas las deudas en el régimen de separación de patrimonios deberían ser de este tipo, salvo acreditarse haber sido contraídas en aras del interés familiar en uso del poder doméstico del cónyuge deudor⁽⁴⁸⁰⁾.

15. Deudas asumidas conjuntamente por los cónyuges

Dentro de las obligaciones en la separación de patrimonios podemos encontrar aquellas contraídas en virtud de la actuación conjunta de los cónyuges y su capacidad para comprometer sus propios patrimonios, siendo ambos deudores, al margen de la finalidad o el interés con el que se contraiga dicha obligación.

Se debe mencionar que nada impide que ambos cónyuges puedan asumir obligaciones en forma mancomunada o solidaria, para lo cual será de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 1182, 1183 y siguientes. Asimismo, la prestaciones asumidas podrán ser divisibles o indivisibles, correspondiéndoles la regulación del artículo 1172, 1175 y siguientes del Código.

16. Deudas asumidas en interés de la familia

Otro tipo de obligaciones, dentro del régimen de separación de patrimonios, la constituyen aquellas que a pesar de ser privadas de uno de los cónyuges puede acreditarse que existe un provecho o interés para la familia. Por ejemplo, un préstamo para la adquisición de un vehículo para uso familiar, al acreditarse tal beneficio y al contraer tales obligaciones en orden personal, la responsabilidad, casi de manera análoga al régimen de sociedad de gananciales, sería como sigue:

1. *Responsabilidad patrimonial principal del cónyuge deudor.* La obligación es personal, privada del cónyuge que la ha contraído y responderá con su propio patrimonio, toda vez que la obligación es privada.

(479) “La ejecución de un bien social de la sociedad conyugal no procederá hasta que no se produzca la separación de patrimonios, empero ello no obsta que subsista el gravamen sobre cincuenta por ciento de los derechos y acciones del cónyuge deudor (...)”. Cas. N° 1245-99-Lambayeque.

(480) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Ob. cit., p. 328.

Esta responsabilidad será principal del deudor tanto en la relación externa entre el cónyuge deudor con sus acreedores, así como en la relación interna entre los cónyuges.

2. *Responsabilidad patrimonial subsidiaria del cónyuge no deudor.* Si se acredita el beneficio para la familia y no es suficiente el patrimonio del cónyuge deudor para el cumplimiento de la obligación, se desencadenaría la responsabilidad patrimonial subsidiaria en los bienes del cónyuge no deudor, quien respaldará el referido cumplimiento. En este tipo de deudas u obligaciones, el interés o provecho familiar debe ser acreditado para que se configure la responsabilidad subsidiaria.

Generalmente, esta responsabilidad patrimonial subsidiaria se lleva a cabo en la relación interna entre los cónyuges, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, y en la relación externa entre el cónyuge deudor y el acreedor. Remitimos en lo que respecta a la distinción entre responsabilidad patrimonial externa o temporal y responsabilidad patrimonial interna o definitiva, a lo desarrollado en el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

17. Deudas asumidas para el sostenimiento de la familia (en virtud de la potestad doméstica)

No es lo mismo que un cónyuge contraiga obligaciones en su beneficio a que las adquiera en provecho de la familia. Debe diferenciarse las deudas personales de las familiares, de ello dependerá la responsabilidad patrimonial que cada cónyuge asuma reafirmando, de esta forma, que en el régimen de separación de patrimonios el interés familiar es el que determina que la autonomía e independencia patrimonial de los cónyuges sea relativa y no absoluta. Es así que independientemente de que quien contraiga la obligación, frente al acreedor el cónyuge responderá con sus bienes propios.

17.1. Cargas

Existen deudas y obligaciones que repercuten en la vida familiar en la esfera del poder doméstico, en las necesidades familiares y con la conservación de su patrimonio. A tales obligaciones la doctrina las denomina cargas.

Dice Lasarte: “Por muy acusada que sea la disgregación patrimonial subyacente en el régimen de separación de bienes, es evidente que la convivencia matrimonial requiere hacer frente a los gastos y las obligaciones que genera la existencia de cualquier familia”⁽⁴⁸¹⁾. De una revisión de la legislación civil puede concluirse que en materia de cargas no podemos diferenciar los regímenes optados

(481) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 249.

en tanto que estas existen y deben ser cumplidas de plano, al margen del régimen pactado entre los cónyuges.

Afirmamos lo señalado en el párrafo anterior, puesto que si bien es cierto que en el régimen de separación de patrimonios no encontramos norma alguna que regule cómo se atenderán las cargas familiares, la regla general consagrada en el artículo 300 del Código permite concluir que los cónyuges contribuirán al sostén del hogar con su patrimonio personal, en proporción a la contribución que convingan o, en su caso, la que establezca el juez teniendo en cuenta las posibilidades económicas de cada cónyuge.

Además del artículo en mención, cabe resaltar el artículo 307, que señala que las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor. Asimismo, el artículo 308 dispone que los bienes propios de uno de los cónyuges no respondan de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

Conforme a las normas citadas, el principio que rige para la determinación de la responsabilidad del cónyuge es el referido al interés familiar, independientemente si se trata del régimen de sociedad de gananciales o de separación de patrimonios.

Las cargas, como ya se explicó en el tratamiento del régimen de sociedad de gananciales, las encontramos establecidas taxativamente en el artículo 316 del Código y dicho tratamiento y regulación deben tenerse en cuenta para el régimen de separación de patrimonios.

El interés familiar se encuentra implícito en cada una de estas cargas. No hace falta acreditarlo cuando nos encontramos frente a este tipo de obligaciones. La responsabilidad patrimonial es de ambos cónyuges proporcionalmente a sus posibilidades económicas. No podemos considerar una responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor.

Así pues para este tipo de deudas observamos lo siguiente:

- a) *Responsabilidad patrimonial externa temporal*: es aquella que se da entre el cónyuge deudor y acreedor directamente, y que recayó sobre los bienes privados del cónyuge que asumió una deuda en interés de la familia.
- b) *Responsabilidad patrimonial interna definitiva*: es aquella que se da entre el deudor y su cónyuge, donde aquel puede requerir a este que reembolse una suma proporcional, que de acuerdo a sus posibilidades económicas, le corresponda asumir, en la medida en que dicha obligación fue asumida por el cónyuge por uno pero son de cargo de ambos.

17.2. Responsabilidad por deudas según doctrinarios

Roxana Jiménez⁽⁴⁸²⁾ señala que el cónyuge no deudor responderá con sus bienes subsidiariamente en la proporción de sus respectivos recursos económicos.

Asimismo, establece que en doctrina hay posiciones discrepantes sobre el tema:

- Las cargas familiares son personales del cónyuge que las contrajo pero se entiende que hay consentimiento tácito del otro. En tal sentido, la deuda resulta mancomunada (el contratante obró en nombre propio y en representación de su consorte). Esto determina que uno y otro progenitor puedan ser demandados por la mitad del monto de la deuda y que respondan con la totalidad de sus bienes.
- El cónyuge no contratante puede sustraerse a la responsabilidad respecto del acreedor sin perjuicio de estar sujeto al deber de contribución hacia su cónyuge, lo que podría generar responsabilidad subsidiaria de los bienes de dicho cónyuge no deudor.
- El cónyuge no contratante responde solo con los frutos de sus bienes.

VIII. TIPOS

Para Aveledo⁽⁴⁸³⁾ existen tres tipos de régimen de separación:

18. Separación plena o absoluta

Cada cónyuge conserva la propiedad, goce y administración de sus bienes. Es la que se aplica actualmente en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos.

19. Separación con administración única

Sistema de reunión. Cada quien tiene la propiedad pero el goce y administración corresponde al marido, conocido también como Régimen de administración y disfrute maritales. Según Lasarte⁽⁴⁸⁴⁾ opera en Suiza y se le conoce como *sistema de separación con administración común*.

20. Sistema dotal

Cada quien tiene la propiedad pero existen bienes propios de la mujer cuyo goce y administración corresponde al marido, esto para atender los gastos comunes del matrimonio, siendo restituidos en el momento de la disolución.

(482) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Ob. cit., p. 329.

(483) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. Vadell hermanos editores, Caracas, 2002, p. 217.

(484) LASARTE, Carlos: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*, Tomo VI, 9ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 151.

IX. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

La separación de patrimonios puede constituirse de la siguiente manera:

- *Por acuerdo de voluntades de los cónyuges*, de forma originaria al momento de la celebración del matrimonio o de forma derivada, en virtud de una sustitución del régimen patrimonial a lo largo de la vida de la relación conyugal.
- *Por resolución judicial*, permiten que mediante un proceso judicial se resuelva la sustitución del régimen de comunidad al de separación de patrimonios en virtud de determinados supuestos específicos establecidos por el ordenamiento jurídico.
- *De pleno derecho por mandato de la ley*, sin necesidad de un proceso especial. Implican la sustitución de pleno derecho al régimen de separación de patrimonios, sin la exigencia de un proceso judicial.

Formas de constitución de la separación de patrimonios		Norma
<i>Por acuerdo de voluntades de los cónyuges</i>	Originaria, antes del casamiento	295
	Sustitución, después del casamiento	296
<i>Por resolución judicial</i>	Sustitución	297
	- Abuso de facultades	329
	- Dolo - Culpa	
<i>De pleno derecho por mandato de la ley</i>	Sustitución	
	- Separación de cuerpos	318, 2
	- Declaración de ausencia	318, 4
	- Inicio de procedimiento concursal ordinario	330

21. Constitución originaria de la separación de patrimonios

En virtud del artículo 295 del Código se dispone que antes de la celebración del matrimonio los cónyuges pueden elegir el régimen económico al que van a someter sus relaciones patrimoniales. De modo similar, en Brasil, el artículo 1639 establece que es legal para cualquier pareja antes de la celebración del matrimonio establecer como de su régimen de propiedad lo que les plazca.

La elección proviene de una libre manifestación de voluntad y versará respecto de los regímenes legales con los que contamos en nuestro ordenamiento jurídico: comunidad de bienes o separación de patrimonios.

La voluntad de los contrayentes de querer optar por el régimen de separación de patrimonios debe ser expresada antes del matrimonio, puesto que a falta

de manifestación, opera como régimen supletorio la sociedad de gananciales a fin de regular las relaciones económicas en el matrimonio.

Dada la trascendencia de la separación de patrimonios, y a fin de garantizar una real manifestación de voluntad libre de vicios, los diversos ordenamientos jurídicos establecen formas *ad solemnitatem* que condicionan la validez del acto jurídico.

Nuestro Código –como el Código Civil de Brasil– exige la Escritura Pública y expresamente sanciona con nulidad su inobservancia. Adicionalmente, y con el propósito de proteger a los terceros que de buena fe y a título oneroso contraten con los cónyuges, se organiza un registro que en algunas legislaciones supone una publicidad especial y, en otras, anotaciones marginales en la partida matrimonial del Registro Civil. Para nosotros la inscripción en el Registro Personal es para que surta efectos frente a terceros a quienes se les podrán oponer aquellas modificaciones que resulten anotadas, sin perjudicar derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe.

Obviamente, puede darse el caso que los futuros contrayentes decidan cambiar el régimen de separación suscrito por el de comunidad de bienes, para lo cual deberán celebrar una nueva Escritura Pública y proceder a su registro.

22. Constitución sobreviniente de la separación de patrimonios - Sustitución

Luego de la constitución originaria, al iniciar la relación conyugal y posterior a la celebración del matrimonio, pueden presentarse supuestos sobrevinientes que conlleven la sustitución del régimen patrimonial vigente; es decir, de comunidad de bienes por el de separación de patrimonios. Tales supuestos pueden ser voluntarios o legales, siendo estas últimas judiciales o de pleno derecho.

En Brasil se puede cambiar el régimen de propiedad a través de autorización judicial previa en solicitud motivada de ambos cónyuges verificada la procedencia de las razones y protegidos los derechos de terceros (art. 1.639, § 2°).

22.1. Sustitución por voluntad de los cónyuges

El régimen patrimonial puede ser sustituido en virtud de la manifestación de voluntad conjunta de los cónyuges y deben seguir la formalidad establecida por ley.

Se considera como caso especial cuando un deudor que pretenda su sometimiento a un procedimiento concursal deberá sustituir su régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios⁽⁴⁸⁵⁾.

(485) “El artículo 14.2 de la Ley General del Sistema Concursal, establece que el deudor cuyo patrimonio se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales, deberá sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios. Esta exigencia constituye un requisito de admisibilidad para el caso del deudor que pretenda su sometimiento al procedimiento concursal ordinario, a diferencia del deudor empleado, para

22.2. Sustitución judicial

La norma prevé mecanismos de sustitución o variabilidad del régimen con aprobación judicial a fin de eliminar perjuicios económicos entre los cónyuges sujetos a un régimen comunidad.

La sustitución judicial se producirá cuando, a pedido del cónyuge agraviado, el juez considere acreditado el abuso de facultades, el dolo o la culpa en la gestión de los bienes imputables al otro cónyuge. La legitimidad para obrar corresponde al agraviado.

Deben considerarse los siguientes criterios para configurar las causas anotadas⁽⁴⁸⁶⁾:

a) Abuso de facultades

Los cónyuges tienen capacidad para gestionar y administrar el patrimonio social con la finalidad de satisfacer las necesidades familiares y conservar los bienes del hogar. El abuso de facultades se presenta cuando uno de los cónyuges, en el ejercicio de sus facultades de gestión patrimonial, excede de los límites de la buena fe, siendo dicho ejercicio incompatible con el interés familiar. Implica un uso de facultades contrarias al interés familiar implícito en la gestión de los bienes.

b) Dolo

Se da cuando uno de los cónyuges realiza actos de disposición o de gestión patrimonial que entrañen fraude, grave daño o peligro para los derechos del otro o de la sociedad; genera el deterioro, pérdida o destrucción de bienes propios del otro o de la sociedad; o, en forma reiterada se incumple el deber de informar sobre los rendimientos de la administración unilateral que se le ha transferido.

c) Culpa

Surge en la gestión patrimonial cuando uno de los cónyuges, con su negligente administración pone en peligro o provoca la pérdida de bienes propios del otro o bienes sociales.

Sobre el particular la jurisprudencia ha delimitado las diferencias entre cada una de estas tres instituciones de la siguiente manera:

quien constituye un requisito que debe satisfacer antes de la convocatoria a junta de acreedores que disponga la comisión” Res. N° 0699-2004-TDC-INDECOPI. Exp. N° 005-2002-CRP.ODI-CUS.
 (486) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Sustitución Judicial del Régimen”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 331.

[E]l régimen de separación es establecido por el juez a pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa, que la facultad de administración de los bienes sociales corresponde a ambos cónyuges, pudiendo uno de ellos asumir la administración exclusiva cuando se encuentra facultado por el otro para dicha finalidad y solo recién, si dentro de la facultad de administración que le se ha concedido efectuara actos que importen una disminución patrimonial o un perjuicio para el cónyuge que representa, se configura la facultad de *abuso de facultades*, que asimismo por *dolo* debe entenderse el accionar deliberado de uno de los cónyuges en perjuicio del otro, lo que puede traslucirse, entre otros, en el aprovechamiento de los bienes sociales que se encuentran a sus disposición para su propio beneficio, del mismo modo por *culpa* debe entenderse aquel accionar negligente en que el elemento al igual que el dolo, es el perjuicio que se causa al otro cónyuge, derivado de una conducta negligente, como puede ser la dilapidación de los bienes sociales, (...) ⁽⁴⁸⁷⁾.

Asimismo, ha considerado que las exigencias legales que contiene el artículo 309 del Código no se prueban con la existencia de un proceso de alimentos ni con los supuestos maltratos que el demandado infería a su cónyuge:

“Que el régimen de separación de patrimonios opera a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden sobre los inmuebles, que conforman el patrimonio conyugal o cuando el emplazado actúa con dolo o culpa, “que estas exigencias legales que contiene el artículo trescientos veintinueve del Código civil no se prueban con la existencia de un juicio de alimentos ni con los supuestos maltratos, que el demandado infería a su esposa, maltratos que pueden dar lugar al divorcio por servicia, pero no a una separación de patrimonios”, que no habiéndose acreditado que el marido ha abusado de las facultades sobre los bienes conyugales ni habiendo actuado con dolo o culpa deviene en aplicación lo dispuesto en el artículo trescientos treinta y ocho del código de procedimientos civiles” ⁽⁴⁸⁸⁾.

22.2.1. Limitaciones de la sustitución judicial

Si bien nuestro ordenamiento jurídico permite la sustitución judicial de régimen esta situación no se aprecia en la práctica toda vez que la sustitución opera solo bajo causales *numerus clausus*. A ello se añade la dificultad probatoria que importa demostrar aspectos tan subjetivos como el dolo y la culpa o, inclusive, el abuso de facultades en la gestión de los bienes.

Sería conveniente optar por un sistema con causales objetivas para establecer la sustitución de este régimen, en tanto que no guarda relación con la realidad

(487) Cas. N° 2148-2002-Cajamarca.

(488) Exp. N° 933-91-Lima.

mantener la sociedad conyugal cuando se haya declarado la interdicción del cónyuge, independientemente del tipo de incapacidad, o cuando uno de los cónyuges haya desaparecido por más de un año. En estos casos la sustitución judicial no operaría de pleno de derecho, el juez tendría que comunicar al cónyuge perjudicado para que él decida si opera o no.

Además, debería aplicarse la sustitución como sanción cuando el cónyuge haya realizado actos de administración o de disposición que impliquen un perjuicio para el otro cónyuge o para la sociedad conyugal (cuando se pretenda responder por deudas privadas con bienes sociales) o cuando se haya probado en sede penal la comisión del delito de omisión de asistencia familiar.

Con relación a las providencias concernientes a la seguridad de los intereses del cónyuge perjudicado, las principales medidas cautelares que se pueden adoptar sobre los bienes son⁽⁴⁸⁹⁾:

a) Inventario:

Para determinar la composición de los gananciales, ha de comprenderse a una empresa el inventario puede ser complementado o sustituido por la designación de un perito contable para que haga un balance del patrimonio de la empresa.

b) Embargo:

Procede para evitar enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio. Por consiguiente, pueden embargarse todos los bienes propios del accionante en poder del demandado y el 50% de los bienes sociales, si fuere el caso. Esto último, en razón a la previsión del artículo 646 del Código Procesal Civil y porque, como se considera fenecida la sociedad de gananciales, entre los cónyuges desde la notificación de la demanda, ha surgido un estado de indivisión *post* comunitaria al que se aplican las reglas de copropiedad.

c) Prohibición de innovar:

Medida destinada a impedir que durante el proceso se altere la situación de hecho de los bienes en el litigio con la finalidad de evitar que la sentencia se haga inocua o de cumplimiento imposible. También es admisible como medida de conservación de los bienes del matrimonio. Puede ser útil para evitar actos materiales que pudieran disminuir el patrimonio. También cabe la prohibición de contratar para impedir la celebración de actos jurídicos relativos a los bienes sociales que afecten o dificulten la concreción de los derechos del otro cónyuge en la división de la sociedad conyugal.

(489) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit., pp. 331-332.

d) Remoción de la administración:

Conformidad con el artículo 680 del Código Procesal Civil y las normas del Código Civil procede la directa administración de los bienes del matrimonio cuando uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro; y cuando uno de los cónyuges faculta al otro para que asuma exclusivamente la administración respecto de todos o de algunos de los bienes sociales, de conformidad con lo estipulado en los artículos 305, 306 y 313 del Código Civil.

Dichas medidas deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros.

22.3. Sustitución de pleno derecho

Existen dos causales de sustitución de pleno derecho. Para que operen no se requiere de un proceso judicial, de dan *ipso iure*, por virtud del Derecho.

22.3.1. Separación de cuerpos

La separación de cuerpos no extingue el vínculo conyugal, pero es causal expresa de fenecimiento de la sociedad de gananciales, siendo esta su finalidad conjuntamente con la dispensa de cohabitación. Esta institución origina automáticamente el fenecimiento de dicho régimen patrimonial.

Consentida o ejecutoriada la sentencia, la sociedad de gananciales debe ser liquidada en forma análoga a la que se observaría si el vínculo hubiera quedado invalidado o disuelto. Producida la separación de cuerpos, el régimen de sociedad de gananciales queda de pleno derecho sustituido por el de separación de patrimonios.

22.3.2. Ausencia

Producida la desaparición de uno de los cónyuges y en tanto no se pronuncie la declaración judicial de ausencia, los bienes del desaparecido quedan al cuidado de un curador interino, a menos que se haya dejado mandatario con facultades suficientes. Declarado judicialmente el estado de ausencia fenecce el régimen de sociedad de gananciales y efectuada la liquidación del mismo, el cónyuge presente asumirá el manejo de los bienes que le hayan sido adjudicados con las mismas características de un régimen de separación de patrimonios. La parte correspondiente al ausente será entregada en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos, sin perjuicio de la acción vigilante que compete al consejo de familia del ausente.

El cónyuge ausente no podrá ejercer facultades, su patrimonio estará sujeto, aunque de modo temporal o transitorio, a un régimen de manejo ajeno a las normas del régimen patrimonial del matrimonio. Tales medidas respecto del cónyuge ausente están orientadas al cuidado, conservación y preservación del patrimonio de dicho cónyuge, en salvaguarda de sus intereses y, de ser el caso, los de sus potenciales herederos.

22.3.3. Declaración de inicio de procedimiento concursal

Finalmente, encontramos supuestos de sustitución de pleno derecho del régimen patrimonial cuando uno de los cónyuges ingresa a un procedimiento concursal, sin que se requiera proceso específico para hacer valer tal sustitución. En este sentido, la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios⁽⁴⁹⁰⁾.

El presupuesto básico de esta figura es la situación deudora de uno de los integrantes de la sociedad conyugal frente a uno o más acreedores, siendo que su patrimonio personal no alcance para cubrir las deudas adquiridas, o que carezca por completo de patrimonio, o que existan dudas acerca de la calidad de bienes propios o sociales⁽⁴⁹¹⁾.

La finalidad de este régimen de sustitución, por un lado es que se proteja a los acreedores frente a los posibles abusos que realice el cónyuge deudor y por otro lado, es que se busca proteger al cónyuge no deudor frente a la misma situación señalada, dado que de esta forma se evitará que sus bienes propios, y los que le corresponde por concepto de sociedad de gananciales, respondan por deudas privativas del otro cónyuge.

De acuerdo a lo mencionado, surgirá la obligación de liquidar la sociedad de gananciales y, previo pago de deudas sociales, adjudicar o asignar bienes a los cónyuges, los cuales tendrán la calidad de propios, así como los que adquiera cada cual una vez instaurado el nuevo régimen patrimonial⁽⁴⁹²⁾.

Conforme a lo establecido en el artículo 330 del Código Civil solo será requisito, para que opere la sustitución, que se haya dado inicio al procedimiento concursal no será necesario que se haya declarado la insolvencia del deudor. En el mismo sentido, la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809⁽⁴⁹³⁾, ha dejado

(490) Cas. N° 1718-1999-Lima.

(491) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit., p. 333.

(492) *Ibidem*, pp. 334-335.

(493) Ley N° 27809, promulgada el 05/08/2002 y publicada el 08/08/2002. Publicada el 8 de agosto de 2002. Modificada por Ley N° 28580 (publicada el 12 de julio de 2005), Ley N° 28618 (publicada el 29 de octubre de 2005), Ley N° 28677 (publicada el 1 de marzo de 2006) y Ley N° 28709 (publicada el 12 abril de 2006).

de lado la declaración de insolvencia, puesto que; por ejemplo, puede ocurrir que el mismo cónyuge solicite el ingreso voluntario a este procedimiento o porque la determinación de insolvencia será, en muchas ocasiones, innecesaria.

En todo caso, de acuerdo con la nueva ley, existen dos posibilidades: el procedimiento concursal preventivo y el procedimiento concursal ordinario; asimismo este último puede ser a solicitud de los acreedores o a pedido del propio deudor. En todos los casos se requerirá la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el régimen de separación de patrimonios⁽⁴⁹⁴⁾.

El procedimiento concursal preventivo solo se inicia a solicitud del deudor. En vista de que el patrimonio del deudor está sufriendo una crisis coyuntural no muy grave, se busca mediante este procedimiento que se convoquen a los acreedores con el propósito de lograr una reprogramación en el pago de las deudas.

El Procedimiento Concursal Ordinario se divide en dos:

- Cuando sea el propio deudor quien se someta en forma voluntaria al procedimiento concursal.

Se requerirá, como en el procedimiento concursal preventivo, la sustitución del régimen de sociedad de gananciales y cumplir con lo establecido en el artículo 24.1 de la ley, el mismo ha sido señalado líneas arriba.

- Cuando sea emplazado el deudor sujeto al régimen de sociedad de gananciales.

El artículo 14.3 de la ley dispone, del mismo modo que en los procedimientos mencionados, la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios cuando se fuera emplazado un cónyuge y se declarara su sometimiento al régimen concursal. Este procedo deberá realizarse previamente a la convocatoria a la junta de acreedores.

Para poder solicitar el inicio de este procedimiento concursal, uno o varios acreedores deberán tener créditos exigibles, vencidos y que no hayan sido pagados durante treinta días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta unidades impositivas tributarias (UIT) vigentes a la fecha de presentación.

El inicio de este proceso y su consecuente inmovilización se inicia en la fecha de publicación en el diario oficial *El Peruano* de la situación de concurso del patrimonio en crisis.

En suma, podría decirse que es la inmovilización de los bienes, derechos y obligaciones del deudor concursado, a fin de que ellos respondan por las consecuencias que se deriven del concurso, evitando de esta forma el cobro individual

(494) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Ob. cit., p. 335.

de los créditos con afectación del patrimonio del deudor, ya que este patrimonio podría resultar esencial para un proceso de reflatamiento. De no ser este el caso, el patrimonio deberá responder en el orden legal de prelación frente a todos los acreedores existentes⁽⁴⁹⁵⁾.

En el caso en que el deudor que integre una sociedad de gananciales sea parte demandada en un proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero, y al expedirse la sentencia en primera instancia, el ejecutante desconociera la existencia de bienes de propiedad del deudor, la norma procesal (art. 692-A del CPC)⁽⁴⁹⁶⁾ dispone que dicho ejecutante solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse de disolución y liquidación. Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley General del Sistema Concursal - Ley N° 27809, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.

Si en este supuesto se verificase la inexistencia de concurso, que es cuando no se presenta otro acreedor distinto del propio ejecutante en el proceso judicial, la Comisión designará de oficio un liquidador, quien seguirá las reglas del artículo 97 de la Ley General del Sistema Concursal, efectuando todos los actos tendientes a la realización de activos que encontrase, así como un informe final de liquidación, previo a la presentación de la solicitud de declaración judicial de quiebra. Se ha considerado que esta es una decisión justa para el ejecutante y también para todos los demás acreedores que pudieran tener algún interés de definir la situación de sus créditos⁽⁴⁹⁷⁾.

(495) *Ibíd.*, p. 337.

(496) **Código Procesal Civil del Perú. Artículo 692-A.-** “Si al expedirse el auto que resuelve la contradicción y manda llevar adelante la ejecución en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del Juez de declararse su disolución y liquidación.

Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el Juez remitirá copia certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal”.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada de sentencia derivada de un proceso de conocimiento, abreviado o sumarisimo.

(497) PLÁCIDO VILCACHAGUA, *Alex. Ob. cit.*, pp. 337-338.

Es importante reiterar que en cualquier caso en que se inicie, ya sea el concurso o la liquidación sin concurso, estos supuestos deben implicar la obligación legal de liquidar la sociedad de gananciales, que es la única posibilidad de ingresar al régimen de separación de patrimonios⁽⁴⁹⁸⁾.

Estos supuestos de declaración de inicio de procedimiento concursal, están íntimamente relacionados con la posibilidad de embargar bienes sociales por parte de los acreedores de uno de los cónyuges, cuando los bienes propios resulten insuficientes. Este punto ha suscitado arduo debate, debido a que enfrenta los intereses y derechos de la sociedad conyugal contra los de los acreedores, existiendo, en términos básicos, dos posiciones contrapuestas: una, para la que los acreedores de uno de los cónyuges pueden dirigirse contra los bienes sociales y solicitar el embargo sobre tales bienes, pero quedando en suspenso la efectividad del embargo hasta cuando se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales, posición aceptada por parte de la jurisprudencia nacional y por el Tribunal Registral de Lima. La otra posición es que por tratarse de un patrimonio autónomo e indivisible, en el que no existen cuotas ideales, pues se desconoce el resultado de su liquidación, un embargo resulta impensable⁽⁴⁹⁹⁾.

22.3.4. Otros casos

Existe un sector de la doctrina que opina que la separación de patrimonios debería operar de pleno derecho en supuestos de declaración de interdicción de un cónyuge por incapacidad absoluta o relativa de ejercicio. En nuestro medio, tales situaciones suponen, únicamente, el traslado de la administración de los bienes de la sociedad conyugal y de los propios del cónyuge interdicto, hacia el cónyuge sano, como ocurre con cualquier situación fáctica que suponga imposibilidad del cónyuge para llevar a cabo la administración de bienes.

X. FENECIMIENTO

Según el artículo 331, el régimen de separación de patrimonios fenecce en los casos invalidación del matrimonio, divorcio, muerte de uno de los cónyuges y por cambio de régimen patrimonial, supuestos estos consagrados en el artículo 318, incisos 1, 3, 5 y 6 del Código.

Formas de extinción de la separación de patrimonios		Norma
<i>De pleno derecho por mandato de la ley</i>	- Invalidación del matrimonio	318,1
	- Divorcio	318,3
	- Muerte	318,5
<i>Por voluntad de las partes</i>	- Cambio de régimen patrimonial	318,6

(498) *Ibidem*, p. 338.

(499) *Ídem*.

La sentencia firme de (i) invalidez del matrimonio deja insubsistente el vínculo matrimonial quedando sin efecto el régimen patrimonial vigente mientras duró del matrimonio; y, (ii) de divorcio extingue el vínculo matrimonial quedando sin efecto la causa que originó el régimen patrimonial que rigió a los cónyuges vigente de la relación conyugal. Respecto de la muerte, la ley distingue entre la física y presunta, sin duda esta última será considerada como una causal válida para efectos del fenecimiento del mencionado régimen patrimonial.

Cuando los cónyuges hayan optado por el cambio del régimen patrimonial fenecerá el de sociedad de gananciales como consecuencia la anotación registral quedará eliminada.

XI. LIQUIDACIÓN. TEORÍA DE LOS REEMBOLSOS

Presentada una causal de extinción del régimen de separación procede la liquidación del régimen para determinar certeramente el patrimonio de los cónyuges⁽⁵⁰⁰⁾. Esta se efectuará de acuerdo con las normas del Código: artículos 320 (inventario), 322 (pago de deudas y cargas y reintegro a cada cónyuge de sus bienes propios que quedaren).

Respondiendo a una concepción análoga al régimen de gananciales, en el régimen de separación si el patrimonio de un cónyuge deudor es afectado frente a los acreedores por una deuda de la que ambos cónyuges son responsables, corresponde al cónyuge cuyo patrimonio no ha sido afectado, y que se ha beneficiado con el mencionado pago por parte del cónyuge deudor, reembolsar la parte proporcional de la obligación que se entiende está a cargo de ambos cónyuges. Lo contrario podría incentivar supuestos de enriquecimiento sin causa.

Si durante la vigencia del régimen no se hubiesen realizado los reembolsos que procedían en aquellos supuestos en que el cónyuge era corresponsable del cumplimiento de una obligación en la que no participó, esta situación se subsanará en la correspondiente liquidación del régimen patrimonial una vez realizado el inventario de los bienes propios, de donde se procederá a realizar los reembolsos que suponen el cumplimiento de las obligaciones y cargas conjuntas.

Entonces, los cónyuges recibirán los bienes propios que les corresponden, luego de haber realizado el reembolso correspondiente.

(500) “Habiéndose determinado la existencia de una escritura pública de separación de patrimonios en la que la que fueron liquidados los bienes gananciales corresponde en consecuencia aplicar el artículo 331 del Código Civil según la cual el régimen de separación de patrimonios fenece con el divorcio” Cas. N° 2694-2002-Lima.

Formas de constitución de la separación de patrimonios		Norma
<i>Por acuerdo de voluntades de los cónyuges</i>	Originaria, antes del casamiento	295
	Sustitución, después del casamiento	296
<i>Por resolución judicial</i>	Sustitución	297
	- Abuso de facultades	329
	- Dolo	
	- Culpa	
<i>De pleno derecho por mandato de la ley</i>	Sustitución	
	- Inicio de procedimiento concursal ordinario	330
	- Separación de cuerpos	318,2
	Extinción	318,1
	- Invalidación del matrimonio	318,3
	- Divorcio	318,4
	- Declaración de ausencia	318,5
	- Muerte	

Constitución de la Separación de Patrimonios

Constitución Originaria

Constitución voluntaria

Manifestación de voluntad de los cónyuges en Escritura Pública bajo sanción de nulidad e inscrita en el registro personal (art. 295 del CC).

Constitución Sobreviniente - Sustitución

Sustitución voluntaria

Manifestación de voluntad de los cónyuges en Escritura Pública, bajo sanción de nulidad e inscrita en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción (art. 296 del CC).

Sustitución judicial

Vigente el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para que se sustituya por el de separación cuando el otro abusa de las facultades o actúa con dolo o culpa. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda (art. 297 del CC).

Sustitución de pleno derecho

- a) Por extinción de régimen de sociedad de gananciales
 - Separación de cuerpos (arts. 318, incs. 2 y 332 del CC).
 - Ausencia (arts. 49, 50 y 318, inc. 4 del CC).

- b) Por declaración de inicio de procedimiento concursal (art. 330 del CC).

Para que produzca efectos frente a terceros debe inscribirse en el Registro Personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado. La inscripción deben solicitarla las personas anteriormente mencionadas.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*, Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- EL DERECHO EDITORES. *Regímenes económicos matrimoniales*, 1ª edición, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, octubre de 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 3ª edición, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *Deudas personales*, en: Código Civil Comentado, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*, Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 4ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Sustitución Judicial del Régimen”. En: *Código Civil Comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

**CAPÍTULO
QUINTO**

**PATRIA
POTESTAD**

CAPÍTULO QUINTO

PATRIA POTESTAD

I. Generalidades. 1. Introducción. 2. Antecedentes y evolución. 3. Conceptos generales. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Características. 7. Objetivo. 8. Naturaleza jurídica. II. Titularidad y ejercicio. 9. Sujetos. 9.1. Padres. 9.2. Hijos. 9.2.1. Hijos matrimoniales. 9.2.2. Hijos extramatrimoniales. 9.3. Abuelos. 10. Ejercicio. III. Relaciones que configuran el ejercicio de la patria potestad. 11. Concepto y contenido. 12. Concepto. 12.1. Definición. 12.2. Denominación. 12.3. Determinación. 12.3.1. Por acuerdo. 12.3.2. A falta de acuerdo. 12.3.3. A falta de padres (incapacidad, ineptitud o ausencia) - Los abuelos. 12.4. Titulares. 12.4.1. Sujetos activos. 12.4.2. Sujetos pasivos. 12.5. Preferencia cronosexológica. 12.6. Modificación. 12.7. Tenencia provisional. 12.8. Base legal. 12.9. Improcedencia. b. Régimen de visitas. 13. Concepto. 14. Denominación. 15. Origen. 16. Finalidad. 17. Naturaleza jurídica. 18. Características. 19. Titulares. 19.1. Visitado. 19.1.1. Titular beneficiario - Hijo. 19.1.2. Otros titulares beneficiarios. 19.2. Visitante. 19.2.1. Familiares directos - Padres. 19.2.2. Otros familiares - Hermanos, abuelos, allegados. 19.2.2.1. Hermanos. 19.2.2.2. Abuelos. 19.2.2.3. Allegados. 20. Requisitos para su establecimiento. 21. Forma de determinación. 22. Facultades. 23. Casos especiales. 24. Limitación. 25. Penalidades por su incumplimiento. 26. Régimen de visitas y daño. 27. Contenido y composición. 28. Contenido y composición. 29. Contenido y composición. 29.1. Obligación alimentaria respecto de hijos mayores de edad. 30. Contenido y composición. IV. Representación de los hijos. 31. Concepto. 32. Excepciones. 32.1. Contrato celebrado por incapaces con discernimiento. 32.1.1. Generalidades. 32.1.2. Delimitación. 32.1.3. De lo ordinario a lo complejo. Reflexiones modernas. 32.1.4. Derecho comparado. 32.1.5. Derecho del menor a acceder al sistema financiero y bancario. 32.1.5.1. Operaciones y servicios financieros que ofrecen las entidades bancarias y/o financieras. 32.1.5.2. Operaciones a las que puede acceder el menor de edad. 32.1.5.3. Conclusiones finales. 33. Representación y matrimonio. 34. Representación sin matrimonio o con separación de los padres. V. Responsabilidad. 35. Responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos. VI. Administración. 36. Administración del patrimonio. 37. Administración propiamente dicha. 37.1. Garantía. 37.2. Rendir cuentas. 38. Usufructo. 39. Enajenación y gravamen. 39.1. Disposición de fondos de cuentas bancarias de menores de edad. VII. Decadencia y terminación. 40. Generalidades. 41. Restricciones. 41.1. Pérdida. 41.2. Privación. 41.3. Limitación. 41.4. Suspensión. 42. Extinción. 43. Restitución. VIII. Delito de atentado contra la patria potestad. 44. Tipos penales. IX. Doble regulación. 45. Estructura normativa de la patria potestad. X. Coparentalidad. 46. Generalidades. 47. Denominación. 48. Antecedentes. 49. Fundamento. 50. Características. 51. Regulación normativa. 52. Modalidades. 53. Realidad. XI. Instituciones afines. 54. Semejanzas entre las instituciones cautelares familiares. 54.1. Tutela. 54.2. Curatela. 54.3. Custodia. 54.4. Guarda. 54.5. Colocación familiar. 54.6. Prohijamiento. 54.7. Acogimiento residencial. 54.8. Patronato de menores. 54.9. Autoridad doméstica. XII. Síndrome de Alienación Parental. 55. Concepto. 56. Definición. 57. Casuística. 58. Criterios psicológicos del SAP. 59. Casuística nacional. 60. Consideraciones generales.

I. GENERALIDADES

1. Introducción

La procreación es el acto biológico generador de descendencia que produce efectos legales (hecho jurídico) que se van a establecer de manera plena con la determinación de la filiación. Es por ello que procreación y filiación implican

elementos fundamentales dentro del Derecho de Familia: el primero es generador de vida y el segundo es causante de relaciones paterno-filiales.

Mediante la filiación los padres se vinculan jurídicamente con sus hijos cumpliendo con satisfacer sus necesidades y requerimientos, asistiéndolos, protegiéndolos y representándolos. La relación paterno-filial es, por ello, un complejo de relaciones familiares entre padres e hijos dándose la denominada “autoridad paternal” que obedece a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos.

Al constituir un medio de realización natural, la familia tiene como uno de sus fines el cuidar la persona y los bienes de los hijos, lo que se cumple mediante el ejercicio de la autoridad de los padres dentro de la institución de la patria potestad. Así, los padres cuidan y defienden a su descendencia; esta es una obligación propia, innata y connatural en el ser humano.

2. Antecedentes y evolución

En Roma, la patria potestad era el poder ejercido por el *pater familias* sobre todas las personas libres que constituían su familia. Él era “señor de todos” (*autoritas patria*, rezago del actual principio de masculinidad) y tenía una fuente de poder absoluto dentro de la estructura familiar. Eugene Petit indica que la potestad paternal significó un derecho riguroso y absoluto del jefe de familia, análogo a los actos del amo sobre el esclavo, que tenían sobre la persona y bienes de sus hijos⁽⁵⁰¹⁾.

Vemos que, en el Derecho antiguo, la patria potestad más que un privilegio era una facultad, un poder, una atribución en favor del padre y revestía un carácter despótico, entrañando un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella⁽⁵⁰²⁾. El *pater familias* tenía sobre sus hijos el poder de vida y muerte; podía pignorarlos, alquilarlos, venderlos, estando autorizado a disponer de sus bienes; en él recaía la facultad de juzgarlos y condenarlos en *judicia privata*⁽⁵⁰³⁾.

El Derecho consuetudinario francés varió el carácter absoluto de la patria potestad y fue con la revolución francesa que se reestructuró la esencia romana de esta institución, procediéndose a suprimir muchos de los poderes del padre, incluso la institución del usufructo legal. Esta situación se va aligerando con la humanización del Derecho positivo, la consagración de la teoría de la defensa de la persona, la liberalización de las relaciones familiares y el ejercicio del poder tuitivo del Estado en protección de la familia.

(501) PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1980, p. 144.

(502) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Editorial Uthea, México, 1947, p. 27.

(503) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 307.

La legislación comparada, a decir de Luis Fernández Clérigo⁽⁵⁰⁴⁾, ha evolucionado notablemente en materia de patria potestad, bien sea: i) concentrando y atribuyendo poderes solo al padre, ii) otorgando poderes subordinados a la madre o iii) estableciendo la igualdad entre el padre y la madre. Todo ello ha generado la creación de relaciones jurídicas equilibradas en el Derecho de Familia, en las que surgen las facultades recíprocas entre las partes intervinientes.

3. Conceptos generales

Actualmente, la patria potestad no implica una relación de familia vertical (padre \updownarrow hijo) sino una de relación de familia horizontal (padre \leftrightarrow hijo) en la que tanto uno como otro tienen derechos de los que gozan y deberes que han de cumplir. Se toma en cuenta los intereses del hijo por sobre las atribuciones del padre. Su finalidad es permitir que los padres busquen y logren el desarrollo integral de sus hijos. La mayor parte del contenido de la relación paterno-filial, según criterio de Díez-Picazo y Gullón⁽⁵⁰⁵⁾, se encuentra embebido en el régimen jurídico de la patria potestad, no obstante sería inexacto identificar el contenido de la relación paterno-filial con el régimen jurídico de la patria potestad, pues la primera existe desde que la filiación queda determinada mientras que la segunda es un plus que se le superpone en la fase de la menor edad de los hijos. Por lo que se afirma que puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, tal es el caso de haberse privado de la misma o que los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad.

Como refiere Luis Fernández Clérigo, la patria potestad implica una función tutelar de carácter social y casi público sobre los hijos menores⁽⁵⁰⁶⁾. Es tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y cautelar la persona y patrimonio de sus hijos; así se configura como un típico caso de derecho subjetivo familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente relacionado con la obligación (deber) entre las partes. Al decir de Guillermo Borda, “la patria potestad (...) no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos”⁽⁵⁰⁷⁾.

Esta relación tutelar se inicia con la concepción y termina con la adquisición de la capacidad de los hijos. Como es lógico, desde el momento de la concepción surge un sujeto de derecho que merece la más amplia protección en su aspecto sicosomático como el de su peculio. Esta protección y defensa tutelar, que corresponde a los padres, se acabará cuando el sujeto de derecho consiga la

(504) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Ed. Hispano-Americana, México, 1947, p. 279.

(505) Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 5ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 284.

(506) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 279.

(507) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 309.

capacidad para poder defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio. Para Hung Vaillant⁽⁵⁰⁸⁾ la patria potestad es un régimen de representación, concibiéndosele como un *oficio privado* encomendado a los padres y con la *finalidad mediata* de protección.

La patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno-filial; se deriva de ella, a tal punto que el término “filiación” implica, de por sí, patria potestad, ya que esta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación.

4. Denominación

La conformación terminológica de esta institución viene del latín *patria potestas* o potestad del *pater familia*.

Hoy en día se emplean de manera indistinta los términos patria potestad, autoridad paterna, autoridad paternal o relación parental.

Se le ha dado en llamar también poder de protección o patrio deber en el sentido que es instituida en beneficio de los hijos y no en provecho de los padres⁽⁵⁰⁹⁾. Sin embargo, la denominación más acorde es la de *autoridad de los padres* o *responsabilidad parental* que, como sostiene Eduardo Zannoni⁽⁵¹⁰⁾, traduce con más precisión las transformaciones que ha experimentado la familia en estos últimos tiempos.

El Código Civil alemán la denomina “Cuidado paterno”, el Código de Familia de Cataluña, “Potestad del padre y de la madre”, el Código de Familia de Rusia, “Derechos y deberes respectivos de los hijos y los padres”, el Código de Familia de Bolivia, “Autoridad de los padres”⁽⁵¹¹⁾. En Brasil el viejo Código del 16 la

(508) HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001, pp. 301 y 302.

(509) Cfr. DE BARROS MONTERO, Washington. *Curso de Derecho Civil*. 36ª edición actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Ed. Saraiva, Sao Paulo, 2001, p. 288.

(510) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, 3ª edición, p. 680.

(511) El término Autoridad de los padres más significa poder, mandato, mando o energía tiránica, distante a la ejercida por la patria potestad (JIMÉNEZ SANJINES, Raúl. *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del menor*. Editora Presencia, Bolivia, 2002, p. 356), esta, la patria potestad significa el sacrificio de los padres en servicio de los hijos, razón por que se recomienda volver al término jurídico más apropiado de la patria potestad (PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de Familia y sus instituciones*. 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002, p. 372).

denominaba como *Patrio Poder*⁽⁵¹²⁾, hoy el nuevo Código de 2001 la denomina *Poder Familiar*⁽⁵¹³⁾, el *Code autorité parentale*.

Al respecto Nery Junior⁽⁵¹⁴⁾ justifica que este cambio de denominación se debe a la igualdad sustancial entre los padres en la educación de los hijos y en la dirección de la sociedad conyugal; asimismo, Gonçalves Strenger⁽⁵¹⁵⁾ menciona justificando el cambio terminológico que los juristas se inquietaban con el uso de la antigua denominación so pretexto que su designación era derivaba del significado del término “patrio” que viene del latín *patrius*, es decir padre, por lo que la palabra poder es la más adecuada dado que “patrio” es equívoca en la relación familiar indicada. En la doctrina italiana se considera que “esta potestad, que de ordinario se califica de patria, no es, según el espíritu del código, un poder a favor de los padres, sino, antes bien, un medio para que estos ejerzan su elevado ministerio; se propuso, equivocadamente, denominarla autoridad paterna, cuando es más bien potestad de parentesco; tampoco es necesario llamarla autoridad de los progenitores, pues, en sentido legal, patria potestad lo mismo significa autoridad del padre que de la madre”⁽⁵¹⁶⁾.

Actualmente, compartiendo la idea de Jiménez Sanjinés⁽⁵¹⁷⁾, la patria potestad dejó de ser “patria”, pues ya no es exclusiva del padre sino compartida con la madre; no es potestad, pues no otorga poder sino que se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con los descendientes.

(512) Esta institución tiene un tratamiento especial en el Esbôço de Freitas cuando en el artículo 1510 se considera que “Os direitos que ao pai competem, como chefe da família, sobre a pessoa e bens de seus filhos legítimos, até que estes fiquem maiores, ou se emancipem, constituem o pátrio-poder ou poder paternal”. Su tratamiento era desarrollado en las secciones denominadas Dos direitos e obrigações dos pais e filhos legítimos así como Dos direitos e obrigações dos mães e filhos legítimos, , TEXEIRA DE FREITAS, A.: Código civil Esbôço, Ministerio da Justiça e negócios interiores, Serviço de documntação, República dos Estados Unidos do Brasil, 1952, tomo II, p. 540.

(513) El Código peca gravemente a más de preocuparse en reiterar la expresión de la palabra “patrio” relacionada impropriadamente con el padre (cuando recientemente ya fue atribuido y que no es exclusividad del genitor), antes de poder se presenta como una obligación de los padres y no de la familia. Cfr. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito de Família*. 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002.

(514) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código civil anotado e Legislação extravagante*. 2ª edição revista e ampliada, editora Revista dos tribunais, 2003, p. 732.

(515) GONÇALVES STRENGER, Guilherme: “Poder familiar—Guarda e regulamentação de visitas”, en: Ives Granda da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto (Coordinadores): O novo Código civil: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale, Sao Paolo, Editora LTR, 2003, p. 1228. El autor concluye que las nomenclaturas jurídicas y científicas deben obedecer a sus esencias conceptuales de acuerdo a los planos de la lógica y semiótica jurídica.

(516) BRUGUI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. México, 1946, § 81, p. 453.

(517) JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del menor*. Editora Presencia, 2002, pp. 358 y 359.

5. Definición

La patria potestad es un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad. El poder de familia, como lo define la clásica doctrina brasilera, es el conjunto de derechos y obligaciones de la persona y bienes del hijo menor no emancipado, ejercido, en igualdad de condiciones, por ambos padres, para que puedan desempeñar sus encargos que las normas jurídicas les imponen, teniendo a la vista los intereses y la protección del hijo⁽⁵¹⁸⁾.

La modificación del Código Civil francés, efectuada recientemente en el año 2002⁽⁵¹⁹⁾, ha variado la definición de autoridad parental de una manera profunda al establecerse que “es un conjunto de derechos y deberes que tiene por finalidad el interés del hijo. Corresponde al padre y la madre, hasta la mayoría o emancipación del hijo, protegerlo en su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo, dentro del respeto debido a su persona. Los padres asocian al hijo en las decisiones que le conciernen, según su edad y su grado de madurez” (art. 371-1). Con dicho texto se perfecciona y amplía el concepto del anterior artículo 371-2, i) quedando suprimidas las referencias a los derechos-deberes de guarda, vigilancia y educación, ii) introduciéndose el concepto de “interés del hijo” y iii) legislándose la necesidad de oírlo, con lo que se presta atención a las pautas del artículo 3 primer párrafo y artículo 12 primer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽⁵²⁰⁾.

6. Características

La patria potestad es de orden público y como tal tiene las siguientes características:

(518) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. 17ª edición actualizada, volumen 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 439.

(519) Como refiere Augusto Belluscio, “el 4 de marzo de 2002 fueron promulgadas en Francia dos importantes leyes modificatorias del Código Civil en materia de Derecho de las Personas y de la Familia: la [Ley] 2002-303 sobre la autoridad parental y la filiación y la [Ley] 2002-304 sobre el nombre de familia; además, la primera incluye en el Código Penal nuevas disposiciones relativas a la prostitución de menores. Una y otra constituyen significativos avances en la adopción de normas destinadas a completar la situación de igualdad jurídica del hombre y la mujer en sus relaciones de familia; además, la primera renueva totalmente la legislación acerca de la autoridad de los padres sobre sus hijos menores de edad”. BELLUSCIO, Augusto. “Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre”. En: *La Ley*. Buenos Aires, Año LXVI, N° 130, 08/07/2002.

(520) BELLUSCIO, Augusto. “Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre”. En: *La Ley*. Ob. cit.

CARACTERÍSTICA	EXPLICACIÓN
Es un derecho subjetivo familiar	La patria potestad lleva implícita relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades-deberes.
Se regula por normas de orden público	Está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal.
Es una relación jurídica plural de familia	No es un derecho exclusivo de los padres, a pesar de que sean estos quienes deban asistencia, protección y representación a sus hijos menores.
Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco	La patria potestad corresponde al padre respecto del hijo.
Es una relación de autoridad de los padres	Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos.
Su fin es tuitivo	Se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad.
Es intransmisible	La patria potestad, reconocida por la legislación así como por la doctrina ⁽⁵²¹⁾ , es intransmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como de indisponibilidad o inalienabilidad, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son de orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte. Los padres delegan, no obstante, el derecho y la obligación de educar y controlar al hijo, cuando lo internan en un colegio ⁽⁵²²⁾ .
Es imprescriptible	No se pierde por la prescripción; sin embargo, puede decaer o extinguirse.
Es temporal, no perpetua	La patria potestad puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad.
Es irrenunciable	De motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico.
Es incompatible con la tutela	No se puede nombrar tutor a un menor cuyo padre ha sido suspendido de la patria potestad.
Es relativa	No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley.
Es indisponible	Por que no está en el comercio jurídico.

7. Objetivo

La patria potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades; por ello, Héctor Cornejo Chávez afirma que se presenta como una institución de amparo y

(521) LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho de Familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930, p. 412.

(522) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima, p. 181.

defensa del menor que “no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad”⁽⁵²³⁾. Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integridad de la vida de los hijos, sea sicosomática (por ejemplo: salud), social (como el recreo) o patrimonial (pecuniaria).

Eduardo Zannoni, citando a Cafferata, explica que “la patria potestad satisface el *proceso biológico de la procreación*, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar”⁽⁵²⁴⁾. En otras palabras, la patria potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia. Según la profesora brasileña Diniz⁽⁵²⁵⁾ el *Poder familia* tiene como finalidad al ser humano que, desde la infancia, precisa de alguien que lo críe, eduque, ampare, defienda, guarde y cuide de sus intereses, rigiendo su persona y bienes.

De acuerdo a la estructura del Derecho Familiar moderno, la patria potestad se ejerce en interés de la familia (en general) y de la sociedad; antiguamente, solo era en beneficio directo del hijo (lo que perduró hasta hace poco) o exclusivo del padre (como sucedió en Roma). Actualmente se tiene en cuenta el interés del grupo familiar, ya que es en la familia y por ella que se busca el desarrollo integral de la persona. Precisamente, este sistema debe ser acogido por nuestra legislación, así como lo establece el Código de Familia panameño cuando estipula que la autoridad de los padres se establece tomando en consideración el interés superior del menor y de la familia (art. 318).

En este orden de ideas, la patria potestad es una institución de necesidad natural pues el ser humano, requiere desde su infancia que lo críen, lo eduquen, amparen y defiendan, guarden y cuiden de sus intereses, en suma que tengan la regencia de su persona y sus bienes, siendo los padres las personas indicadas para esta misión y que califica como una situación jurídica peculiar, pues es una facultad y una necesidad⁽⁵²⁶⁾.

8. Naturaleza jurídica

La patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad.

(523) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Editorial Studium, Lima, 1987, p. 177.

(524) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 682.

(525) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Ob. cit., pp. 439 y 440.

(526) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 390.

Las relaciones jurídicas contenidas en la patria potestad implican derechos-deberes, es decir una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura un típico derecho subjetivo de familia. Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que ellos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad y, en caso de abandono o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad. Lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia y concluye cuando esta adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico, de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán brindar protección a sus padres.

Es de considerar, finalmente, que más que un derecho natural, la patria potestad es una función social de la familia cuyo fin es la formación y protección del menor. En este sentido, el Código de Familia boliviano estructura la base de la mencionada institución acotando que su fin es la protección familiar a los incapaces y que se realiza a través de la autoridad de los padres (art. 244 y siguientes).

II. TITULARIDAD Y EJERCICIO

9. Sujetos

La patria potestad solo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos. De ascendientes a descendientes. Hay un sujeto titular de la patria potestad y otro a quien la potestad se dirige o que se encuentra sometido a ella, en clara opinión de Díez-Picazo y Gullón⁽⁵²⁷⁾; los titulares son los padres y los hijos, es ejercida por ambos, por los padres que la dirigen y por los hijos que la asumen, sujetándose ambos a sus reglas.

Luis Fernández Clérigo explica que existe una condición fija y afirmativa (que se trate de menores de edad) y otra negativa y contingente (que estos menores no se hallen emancipados); asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente (que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la patria potestad) y una circunstancia negativa (que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio)⁽⁵²⁸⁾.

En tal sentido los sujetos intervinientes son:

9.1. Padres

Son los sujetos activos de la patria potestad. Se les denomina “padres de familia”.

(527) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 286.

(528) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 281.

Se encargan de cautelar la integridad de la persona, así como la administración del patrimonio y los bienes de sus hijos. Los padres tienen dicha calidad (art. 418 de nuestro Código Civil) y la ejercen en conjunto (lo que se conoce como “cotitularidad de la patria potestad”) durante el matrimonio (art. 419 del mismo texto legal). En caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidez del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en el cónyuge a quien se le confían los hijos (art. 420 de la norma jurídica antes citada). Ahora bien, la patria potestad debe ser ejercida responsablemente, como un buen padre de familia (art. 166 del Código Civil de Puerto Rico); caso contrario puede ser limitado el ejercicio de la misma.

Para gozar de la patria potestad, los padres deben ser capaces (arts. 42 y 46). De acuerdo a una modificación de nuestra legislación civil⁽⁵²⁹⁾, los mayores de catorce años adquieren una capacidad limitada a partir del nacimiento de su hijo, pero solo para i) reconocerlos, ii) reclamar o demandar por gastos de embarazo o parto y iii) para demandar o ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. La norma legal aludida es insuficiente, pues no ha considerado la posibilidad de demandar judicialmente la declaración de filiación extramatrimonial (a pesar de que el art. 407 de nuestro Código Civil se lo permite a la madre, mas no al padre) o el régimen de visitas.

El Código Civil chileno encarga la mayor parte de obligaciones de la patria potestad al padre, le corresponde la administración de los bienes, (art. 249), respondiendo por sus actos hasta la culpa leve (art. 250) e indica, además, que los casos de suspensión están dirigidos taxativamente a la figura del padre. Curiosamente, existen artículos que se refieren al padre y a la madre, como el artículo 240 cuando dice que la patria potestad *es el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre sobre los bienes del hijo no emancipado*. Estos artículos pueden ser interpretados de dos modos, uno extensivo en el sentido que al referirse a padre de familia es al caso del padre o madre, o en sentido restrictivo, es decir a la figura solo paterna. Dada la antigüedad del Código su redacción es radicalmente benefactora de la atribución del padre, pero según la tendencia moderna la interpretación debe ser hecha en sentido que ambos padres les corresponde los atributos de la patria potestad. El caso más radical lo tenemos en Nicaragua cuyo código establece la preferencia en la potestad al padre y subsidiaria a la madre, es así que la madre participa del poder paterno y debe ser oída en todo lo que se refiera a los intereses de los hijos; pero es padre a quien corresponde durante el matrimonio, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender a sus hijos menores, tanto en juicio como fuera de él, en caso de conflicto entre los intereses del padre y los del hijo se le nombrará a este un guardador especial (art. 245), por ausencia u otro impedimento del padre, hará sus veces la madre (art. 246), es decir la patria potestad le corresponde a la madre en defecto del padre (art. 248).

(529) Ley N° 27201. DOEP, 14/11/1999.

9.2. Hijos

Son los sujetos pasivos de la patria potestad. Se les denomina “hijos de familia”.

Ha de tenerse en consideración que, para gozar de la patria potestad de los padres, no se toma en cuenta la calidad que pudiera tener el hijo: matrimonial, extramatrimonial o adoptivo. Lo que sí se exige es que el hijo cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Existir, es decir ser concebido o, en su caso, menor de edad o incapaz.
- b) No estar emancipado de manera especial (art. 46).
- c) Contar con una filiación establecida, esto es, tener padres.

Los huérfanos (aquellos cuya filiación biológica es ignorada y, consecuentemente, su filiación jurídica es inexistente) están sometidos de la protección del Estado a través de la tutela (niños en estado de abandono).

Está sobrentendido que, dentro del término “hijo”, se encuentra inmerso el concebido, que algunos Códigos Civiles hacen referencia textual (Proyecto de Argentina); de allí que la protección a los hijos sea desde la concepción hasta que cese su incapacidad. Indica Enrique Rossel que “si nacido el hijo ha de quedar bajo la patria potestad de su padre o madre, no se ve el inconveniente para que esta potestad se ejercite mientras esté en el vientre materno (...)”⁽⁵³⁰⁾. Indiscutiblemente, aquí la función de la patria potestad no será exclusivamente la de cautelar la seguridad de su patrimonio, sino también la defensa del ser humano como tal, en su totalidad.

9.2.1. Hijos matrimoniales

Cuando hay vínculo matrimonial y convivencia normal, la patria potestad la ejercen conjunta y simultáneamente los padres (principio de ejercicio conjunto), es decir el marido y la mujer.

Las excepciones a esta regla son las siguientes:

- a) Separación de hecho, divorcio por causal o invalidez de matrimonio. En estos supuestos, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confía.
- b) Por mutuo acuerdo.

En caso de existir discrepancia resuelve el juez.

(530) ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 321.

9.2.2. Hijos extramatrimoniales

La no existencia de relación jurídica matrimonial entre los padres y la falta de convivencia impiden el ejercicio conjunto de la patria potestad. La determinación de la filiación extramatrimonial se da por declaración judicial o por reconocimiento.

En el primer caso (declaración judicial), sería ilógico otorgar la patria potestad a quien debió ser demandado para tener la calidad de padre. Aunque el criterio no es muy sólido, existe una corriente tradicional de fallos judiciales que se han pronunciado en el sentido que “la patria potestad de la hija (...), reconocida tardíamente por el padre, corresponde a la madre” (sentencia del 6/6/1945)⁽⁵³¹⁾.

En el segundo caso (reconocimiento), al ser una situación voluntaria, la patria potestad la ejerce el padre que ha reconocido al hijo. Si es reconocido por ambos, el juez determinará a quién le corresponde la patria potestad, tomando en consideración la edad, el sexo y el interés del menor (art. 421). Con base en el criterio de igualdad de la filiación, ya no se toma en cuenta el tiempo ni el momento en el que se realiza el reconocimiento, a efectos de atribuir la patria potestad. Esta se otorga procurando salvaguardar el interés del menor; ya no del que reconoce primero (si se trata de reconocimientos sucesivos) o de ambos padres (si se trata de reconocimientos simultáneos).

Es de señalar que los hijos por su conducta no pueden ser limitados de la patria potestad.

9.3. Abuelos

Los abuelos no gozan de la patria potestad (al menos no de primera mano). No obstante, los nietos les deben honor y respeto. Parafraseando a los hermanos Mazeaud⁽⁵³²⁾ diremos que la patria potestad no rebasa el círculo de la familia en sentido restringido (familia nuclear).

Sin embargo, uno de los efectos de la separación de cuerpos por causal es que los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación, *el inocente*, quien ejercerá sobre ellos la patria potestad (art. 420). El otro queda, en tanto, suspendido en el ejercicio (arts. 340 y 420) pero la reasume de pleno derecho si el otro muere o resulta legalmente impedido (art. 340 *in fine*).

Si hay motivo grave, se confiarán a una tercera persona, prefiriéndose a los abuelos, hermanos o tíos (art. 340). Esta es la norma que, por excepción, otorga la patria potestad a los abuelos. La relación de abuelidad o abuelitud, luego de la paterno-filiales, representan una enorme trascendencia en el Derecho de Familia.

(531) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima, p. 183.

(532) MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 88.

En México los abuelos gozan de la patria potestad, según el artículo 414⁽⁵³³⁾ de su Código Civil Federal, así como el Código Civil del Estado Quintana Roo, artículo 994⁽⁵³⁴⁾ y en el Código de Familia del Estado de Hidalgo, artículo 243⁽⁵³⁵⁾.

10. Ejercicio

El régimen tradicional de la patria potestad implicaba un beneficio directo del *pater*. Era un derecho y facultad exclusiva de él, lo que afectaba las relaciones familiares pues la mujer se encontraba relegada en sus funciones como madre, siendo que el padre, en la mayoría de los casos, no cumplía a cabalidad sus funciones.

Este régimen patriarcal, también llamado *unicato paterno*, fue reemplazado por un régimen de ejercicio compartido en el que tanto el padre como la madre intervienen en el cuidado, la atención y la representación de la persona y el patrimonio de sus hijos. En esta modalidad de ejercicio compartido, como menciona Eduardo Zannoni⁽⁵³⁶⁾, debía optarse entre el ejercicio conjunto o el ejercicio indistinto de la patria potestad; veamos en qué se diferencian estos últimos sistemas.

SISTEMA DE EJERCICIO CONJUNTO	SISTEMA DE EJERCICIO INDISTINTO
El común acuerdo de ambos progenitores determina la validez de los actos realizados en beneficio del menor. Su fundamento está en que los padres deben decidir en conjunto el bienestar de sus hijos, descartando así los actos unilaterales que pueda realizar un progenitor (art. 419).	Cualquiera de los progenitores de manera personal puede realizar actos válidos en beneficio del menor. Se fundamenta en que a pesar del actuar individualmente, los padres siempre buscarán el beneficio para su hijo y, sobre todo, toma en cuenta que la rapidez de las operaciones que se realizan hoy en día requiere, igualmente, celeridad en las decisiones.

En el Derecho comparado y en nuestra legislación predomina el sistema de ejercicio conjunto, a pesar de que existen fórmulas complementarias que facilitan el funcionamiento del sistema de ejercicio indistinto de la patria potestad. Este es el caso del Código Civil de Puerto Rico que establece que la patria potestad

(533) MÉXICO. Código Civil Federal. “**Artículo 414.**- La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

(534) MÉXICO. Código Civil para el Estado de Quintana Roo. “**Artículo 994.**- Ejercerán la patria potestad el padre y la madre conjuntamente, y solo uno de ellos si el otro ha muerto o está impedido legalmente; pero si los dos han muerto o están impedidos, la ejercerán: I.- El abuelo y la abuela paternos; y, II.- El abuelo y la abuela maternos”.

(535) MÉXICO. Código de Familia del Estado de Hidalgo. “**Artículo 243.**- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes”.

(536) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., pp. 701 y 702.

puede ser ejercida de manera individual en casos de emergencia por aquel padre en cuyo instante tenga bajo su custodia al menor (art. 152). Asimismo, el Código de Familia boliviano indica que los actos de uno de los padres, que se justifiquen por el interés del hijo, se presume cuentan con el asentimiento del otro (art. 251). Y nuestro propio Código Civil establece de manera especial, mas no obligatoria, que siempre que sea posible se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración (art. 459).

III. RELACIONES QUE CONFIGURAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La concepción tradicional de la patria potestad entiende que la misma otorga derechos a los padres; sin embargo, dicho criterio ha sido descartado y hoy en día la patria potestad implica un conjunto de derechos y deberes de los padres y de los hijos.

Dentro de la estructura familiar, entonces, tanto los padres como los hijos tienen de manera individual derechos y deberes entre sí (esto configura la denominada “relación jurídica de la patria potestad”) y, a la vez, determina la característica esencial de los derechos subjetivos del Derecho de Familia que, en algunos casos, implican derechos y deberes correlativos o derechos y deberes independientes, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, derechos-funciones o poderes-funciones⁽⁵³⁷⁾. Aquí es de aclarar que la titularidad y el ejercicio directo de la patria potestad corresponden a los padres, pues son estos los que gozan de la autoridad y a quienes les corresponde la tutela de la prole.

La patria potestad está conformada por un complejo de obligaciones de trato sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole, pudiéndolas clasificar, en concordancia con los artículos 423 y 454 del Código, de la siguiente manera:

A. Guarda

11. Concepto y contenido

El contenido de orden personal de la patria potestad es la guarda de la cual se derivan el cuidado, corrección, educación, alimentos, asistencia y prestación de servicios.

La guarda se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos, alimentándolos. En este sentido, el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en

(537) BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. 3ª edición, Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 281.

el mismo hogar y es un derecho-deber de los padres el tener a sus hijos consigo. En nuestro medio se consagra tanto en el artículo 423 inciso 5 del Código Civil, como en el artículo 74 inciso e del Código de los Niños y Adolescentes, normas jurídicas que se pronuncian sobre el derecho de los padres de vivir con sus hijos. Empero, la guarda también implica el deber de otorgar al menor el desarrollo en un ambiente adecuado, privándolo de los malos ejemplos⁽⁵³⁸⁾.

Las derivaciones de este derecho son:

- a) El domicilio de los hijos es el de sus padres (art. 37 de nuestro Código Civil).
- b) La responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos (culpa *in vigilando*).
- c) La prohibición de determinadas juntas, pero también el respeto de su derecho de ser visitados por sus parientes.
- d) Las prohibiciones de ciertas lecturas o de espectral determinadas películas contrarias a su formación.
- e) El respeto a la intimidad de los hijos, de modo tal que no se puede interceptar, ni violar su correspondencia (art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño); sin embargo, Guillermo Borda postula una legítima intromisión a la privacidad del menor pues los padres pueden examinar su correspondencia⁽⁵³⁹⁾. Sin duda, este es un caso controvertido.

La falta de guarda (o, como se le llama, “su desmembramiento”) permite al cónyuge solicitar la restitución de la patria potestad (art. 78 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes) o, en su caso, el régimen de visitas correspondiente (art. 88 del mismo texto legal). En este sentido, es de importancia referirnos a dos instituciones fundamentales, cuales son la tenencia y el régimen de visitas.

Más allá del contenido que aquí se le da, guarda es una institución que importa la función de convivir con una persona que por falta de madurez o de salud mental no puede ejercer plenamente sus derechos, con la finalidad de procurar su protección y desarrollo pleno e integral, siendo cinco tipos de guarda: i) patria potestad, ii) tutela, iii) curatela iv) acogimiento familiar y, v) adopción. La guarda constituye una institución que se integra como un medio o instrumento de las cinco instituciones antes mencionadas a fin de procurar las finalidades propias de cada una de estas y cuya característica específica consiste en garantizar el derecho a vivir en familia, de las personas que no son plenamente capaces⁽⁵⁴⁰⁾.

(538) LAFAILLE, Héctor. Ob. cit., p. 421.

(539) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 314.

(540) CARRANZA CASARES, Carlos. “La guarda como institución civil con soporte constitucional”. En: *La Ley*. 2003-F, 106.

a. Tenencia

12. Concepto

En términos de Derecho de Familia tenencia es sinónimo de estar junto, tener al hijo a su lado. Una forma de convivencia inmediata de padre/hijo.

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor de cuidar al hijo así como, recíprocamente, el derecho del hijo de vivir con el padre que mejor condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral.

Se ha sostenido que la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad. Y es lógico. Para ejercer la relación paterno-filial se requiere tener al hijo bajo custodia. Quien goza de la patria potestad debe estar legitimado de una tenencia aunque surgen casos especiales. Ejemplo, por la separación de cuerpos uno de los cónyuges se queda con el hijo lo que no significa que el otro pierda la patria potestad. Hay uno que tiene al hijo sin embargo ambos dirigen y supervisan su desarrollo.

12.1. Definición

Es la relación directa de permanencia que tiene uno de los padres respecto de su hijo.

Aquella facultad establecida cuando existe una separación de cuerpos o divorcio que permite a uno de los padres quedarse al cuidado inmediato del hijo.

12.2. Denominación

Llamada custodia.

Curiosa es la denominación que se le otorga a esta institución asemejándola a una figura de los Derechos reales. En este ámbito, se alude a tenencia cuando nos referimos a la mera posesión de un bien. Poseer es tener una cosa con ánimo de dueño. Es tenedor el poseedor. Se tiene una cosa, un objeto, un bien no un hijo. La diferencia está en su esencia. La tenencia para el Derecho de Familia está amparada en un título. Tener implica un ejercicio adecuado de un derecho, lo que implica no retener.

12.3. Determinación

Cuando los padres estén separados de hecho, conforme el artículo 81 del CNA la tenencia se determina:

12.3.1. Por acuerdo

Es la voluntad de los padres, tomando en cuenta la opinión del menor, la que mejor puede identificar las relaciones de tenencia. Acuerdo, de ambos, con la finalidad de satisfacer al máximo las necesidades filiales.

La tenencia no es una relación familiar de dos, ni en su decisión (padre y madre) ni en su práctica (-p, -madre/hijo). Es una relación trilateral en la que padre / madre / hijo deben expresar sus intenciones y deseos para que pueda ser llevada a cabo de forma plena. La exclusividad, en el ejercicio de esta relación familiar como derecho, está descartada.

12.3.2. A falta de acuerdo

De no existir acuerdo, discrepancia, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Esta situación es bastante difícil y compleja por que se deja en manos de un tercero, el juez, tomar la decisión de conferir la tenencia a uno u otro padre. Puede confirmarse a aquel que la tiene (*continuar con la tenencia*) o despojarse a uno para entregársela al otro (*entrega del menor*). La tenencia es una institución jurídica en donde más se manifiesta o exterioriza el conflicto entre las padres por lo que se pide a estos corrección en su actuar procesal, a fin de no denunciar agravios que carecen de todo asidero real, puesto que ello implicaría infringir el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con el numeral IV del Título Preliminar del CPC y procurar, alturadamente lo mejor para la menor⁽⁵⁴¹⁾.

En estos casos el juez resolverá teniendo (art. 84, CNA):

- El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, y;
- El hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre.

El juez *debe* escuchar la opinión del niño y *tomar en cuenta* la del adolescente, artículo 85, CNA.

En todo caso puede disponer la tenencia compartida –ni a uno ni a otro, para ambos igual– salvaguardando en todo momento el interés superior del niño⁽⁵⁴²⁾.

(541) Cas. N° 2716-2006-Lima.

(542) El juzgador ha fundamentado adecuadamente en la sentencia impugnada los motivos por los cuales la norma citada resulta inaplicable, habiendo resuelto la pretensión teniendo en cuenta el interés superior del niño Cas. N° 227-2005-Ucayali. Debe precisarse que han sido aplicados de conformidad con el principio fundamental, en materia de derecho de los niños y adolescentes, cual es el interés superior del niño, principio rector además que rige los procesos en cuales se involucran niños. Cas. N° 4710-2006-Ica.

12.3.3. A falta de padres (incapacidad, ineptitud o ausencia) - Los abuelos

Los abuelos asumen el cuidado del nieto en los casos específicos de incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando el derecho a la identidad y el relacionamiento paterno-filial del hijo⁽⁵⁴³⁾.

Corresponde a los abuelos la tenencia de su nieto. Nada lo impide, ni restringe. Si bien, el artículo 81 del CNA regula el caso de la tenencia cuando los padres están separados de hecho, la Corte Suprema se ha pronunciado por amparar la causal de interpretación errónea de dicho artículo, realizando una interpretación extensiva de este, entiende que los abuelos pueden petitionar la tenencia, estando a que el propósito central de este tipo de procesos es determinar lo que sea más favorable al menor⁽⁵⁴⁴⁾. Ellos no solo tienen vocación familiar, tienen el compromiso afectivo de hacerlo más aún en los casos en los que existe convivencia, cuidado y manutención de abuelos respecto de nietos. En estos casos el juez deberá evaluar lo siguiente:

- Debe preferir a la pareja de abuelos (entendiéndose por pareja aquella sustentada en la convivencia), aquellos que conforman una familia. En caso exista parejas de abuelos por ambos lados, paterno y materno, verificará cuál ofrece al menor lo mejor para su desarrollo y bienestar.
- No habiendo pareja de abuelos, o existiendo no le ofrezca condiciones de calidad de vida al nieto, es perfectamente posible que se otorgue la tenencia solo a uno de los abuelos.
- El nieto deberá permanecer con el (los) abuelos con quien convivió mayor tiempo, tomando en consideración su derecho de relación lo que permite la continuidad de las relaciones referenciales de familia.

Con estos criterios es perfectamente posible, dable y realizable, que los abuelos gocen de la tenencia siempre y cuando actúen como padres, asumiendo dicho rol, y sea de interés directo del menor, lo que viene siendo asumido por la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera:

- Perú

CASACIÓN: Ni él a quo ni el ad quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la menor cuya tenencia reclama a través de la presente demanda sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del CNA, uno de los derechos que componen

(543) VARSÍ, Enrique. @enriquevarsi. "Los abuelos asumen el cuidado del nieto por incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando la identidad paterno-filial del hijo". 19/03/2012. 3:17 pm. Tweet.

(544) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Determinación de los alcances del principio del interés superior del niño en los procesos de tenencia". En: *Actualidad Jurídica*. N° 221, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012, p. 64.

dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el desarrollo integral de dicha menor es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna⁽⁵⁴⁵⁾.

CASACIÓN: Corresponde la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos en la medida que alejar a la menor de estos –quienes desde la muerte de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella, siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado atenciones y cuidado que todo niño necesita– implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social, lo cual se contradice con el interés superior del niño⁽⁵⁴⁶⁾.

- **Argentina**

“Los abuelos como los mejores padres. La opinión de niños también cuenta”. El STJ de Corrientes (Argentina) declaró la arbitrariedad de una sentencia que anuló una resolución que brindaba la tenencia de menores a sus abuelos sin que se tuviera en consideración que los nietos chicos querían seguir viviendo con ellos⁽⁵⁴⁷⁾.

- **Brasil**

En vista de la conclusión del informe llevado a cabo con las partes quedó claro que el padre no está proporcionando a las necesidades a su hijo, se mantiene la decisión de conceder la custodia del niño a los abuelos⁽⁵⁴⁸⁾.

En cualquiera de los supuestos antes citados –a falta de acuerdo o de padres– el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a su desarrollo siempre que mantenga contacto con el progenitor.

La tenencia del nieto no es prohibida por la norma por lo que nada impide que sea decretada o confirmada (con base en el principio de libertad personal)⁽⁵⁴⁹⁾. Si bien si en ninguno de los artículos 81 al 87 del CNA se hace referencia a la tenencia de

(545) Cas. Nº 4774-2006-La Libertad.

(546) Cas. Nº 4881-2009-La Libertad.

(547) En: <www.diariojudicial.com> (13/03/2012).

(548) *Tenencia a los abuelos*. Brasil. Número: 70047483607, Inteiro Teor; doc.html Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: Cível. Tipo de Processo: Agravo de Instrumento Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível Decisão: Monocrática. Relator: Rui Portanova Comarca de Origem: Comarca de Palmeira das Missões. Ementa: Agravo de instrumento. alteração da guarda em favor dos avós. manutenção da decisão. Tendo em vista a conclusão do laudo social realizado com as partes, onde restou claro que o genitor não vem provendo as necessidades de seu filho, é de rigor a manutenção da decisão agravada que concedeu a guarda do menino aos avós. Negado seguimento. Em monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70047483607, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/02/2012). Data de Julgamento: 17/02/2012, Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2012.

(549) “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, artículo 2, inciso 2, literal a de la Constitución Política del Perú.

los abuelos, no es óbice otorgársela en aplicación del interés superior del niño⁽⁵⁵⁰⁾. Una interpretación extensiva, en particular, de los artículos 81 y 84 del CNA, lleva a comprender que los abuelos pueden ser sujetos activos directos de la tenencia de sus nietos en casos específicos de incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, respetando el derecho a la identidad, el relacionamiento paterno-filial del hijo y valorando el interés superior del menor. Así como el juez, en mérito de la facultad que le concede el segundo párrafo del artículo 88 del CNA, puede disponer un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño, la misma lógica debe aplicarse para conceder a los abuelos la tenencia de su(s) nieto(s).

12.4. Titulares

12.4.1. Sujetos activos

Los padres o los abuelos. Los tenedores.

En el caso de los padres opera de forma individual, se otorga a uno de ellos; mientras que en los abuelos opera de forma individual, a uno de ellos, o conjunta, a la pareja de abuelos, prefiriéndose, en mejor medida, a esta última.

12.4.2. Sujetos pasivos

Los hijos. Los tenidos.

12.5. Preferencia cronosexológica

Con base en un principio de igualdad entre los padres, la calidad de padre (en sentido masculino) no debe *perjudicar*; ni el hecho de ser madre debe *beneficiar* para ejercer la tenencia.

Ambos, cada quien de acuerdo a su naturaleza, están en condiciones de criar a su hijo, al menos a eso debemos tender, sin discriminar a uno u otro.

No obstante ello, tenemos en nuestra legislación:

El Código Civil considera:

- Si ambos cónyuges son culpables (de la separación), los hijos varones mayores de siete (7) años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete (7) años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa (art. 340).

(550) CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. "Cómo obtener la tenencia sin ser el progenitor". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 17, N° 163, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012, p. 82.

El CNA considera:

- En caso no existir acuerdo sobre la tenencia, el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre (art. 84, b).

El hecho de ser madre no otorga una mejor posición para adquirir la tenencia, en razón de que puede ser el padre a quien se le confiera al ser este el mejor preparado para ello, lo que ha sido aceptado por la jurisprudencia comparada⁽⁵⁵¹⁾. En nuestro medio, la ley (art. 84, b, CNA) sí ofrece ventaja a la madre para mantener la tenencia - retener (en caso el hijo tenga menos de tres años).

12.6. Modificación

La tenencia puede ser solicitada, lo que implica la modificación de quien la tiene o una afirmación a su retención; en su caso, puede ser limitada a uno o ambos padres al ofrecerles garantías para su desarrollo⁽⁵⁵²⁾.

La resolución que otorgue sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del menor (art. 86, CNA). Este plazo de seis meses no lo consideramos operativo. Es perfectamente posible que por causas justificadas pueda iniciarse antes el proceso de modificación, lo cual ha sido considerado un criterio casatorio local⁽⁵⁵³⁾, tomando en cuenta que i) el interés superior del niño debe prevalecer ante las formalidades procesales y, ii) ante el peligro de la integridad física es posible solicitar la variación pese a no haberse cumplido el plazo de seis meses establecido en la normativa.

(551) En el caso, sobre custodia a cargo del padre de la menor nacida de la unión de hecho mantenida por los litigantes, aun reconociendo las dificultades que puedan presentarse en la adaptación de la niña a convivir y ser custodiada por el padre, el Tribunal así lo decidió, por tener este cubiertas en mayor medida las necesidades, tanto físicas, materiales, como de índole moral –según revela la prueba practicada, la recurrente, por su situación laboral y emocional no es la más apropiada para ocuparse de su hija–, sin que ello suponga que se proceda a cortar radicalmente el contacto con la madre que, indudablemente, complementará y contribuirá al mayor equilibrio emotivo y sentimental de la menor –se señala el correspondiente régimen de visitas–, pues una madre es difícil de suplantar y siempre está y debe estar en las proximidades del vivir existencial de los hijos, aunque no convivan juntos y sin perjuicio que en el futuro, cuando a la menor le asista la capacidad legal necesaria, pueda decidir con quién de los progenitores quiere convivir. En estos supuestos debe atenderse al mayor beneficio del menor al que, en los casos de crisis y separación de sus padres, se coloca en una posición difícil de optar por uno u otro; a falta de acuerdo común, la ley traspasa al juez la siempre difícil solución de decidir cuál de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia –artículo 159 del CC–, y en el caso, la decisión del Tribunal de instancia resulta la correcta, conforme al factum declarado probado y demás circunstancias concurrentes, ya que el favor filii es el que tiene que presidir las relaciones con los padres y es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores. Vid. “Atribución al padre de la custodia de la menor nacida de unión extramatrimonial”. España, Tribunal Supremo, 256 -TS 1.ª S 09/07/2003. Ponente: Sr. Villagómez Rodil. En: *Diario La Ley*, Año XXIV. Número 5843. Viernes, 5 de setiembre de 2003.

(552) VARSÍ, Enrique. @enriquevarsí. “Mamá 58 y Papá 70, sin custodia. Tribunal turinés consideró que hija –concebida por TERAS– quedará huérfana pronto: bit.ly/mWixss”. 16/09/2011. 6:28 p.m. Tweet.

(553) Cas. N° 1074-2011-Lima.

12.7. Tenencia provisional

Podrá solicitarse la tenencia provisional en caso:

- El niño fuere menor de tres (3) años y,
- Estuviere en peligro su integridad física.

En estos casos el juez resolverá en el plazo de veinticuatro (24) horas.

En lo demás, el juez debe resolver tomando en cuenta el informe del Equipo Multidisciplinario, previo dictamen fiscal.

Esta acción solo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede como medida cautelar fuera de proceso (art. 87, CNA).

12.8. Base legal

Artículos 340 y 420, CC y artículos 81 al 87 del CNA.

Tanto el Código Civil (art. 423, inc. 5) como el CNA (art. 74, inc. e) consideran que es derecho de los padres *tener a los hijos en su compañía* criterio que es lo que más se asemeja a la tenencia.

12.9. Improcedencia

El artículo 97 del CNA regula un requisito especial de procedencia para la interposición de la demanda de tenencia consistente en que el demandante no haya sido demandado de alimentos. El propósito de esta norma es evitar maniobras por parte del progenitor que, queriendo incumplir sus obligaciones alimentarias o hacerlas a su modo, peticione la tenencia del menor para quien se pidió y otorgó los citados alimentos⁽⁵⁵⁴⁾.

b. Régimen de visitas

Para el que no obtenga la tenencia debe señalarse un régimen de visitas.

El hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio⁽⁵⁵⁵⁾ si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria, tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica⁽⁵⁵⁶⁾.

(554) Cas. N° 356-2005-Cono Norte.

(555) Si bien la determinación de un régimen de visitas a favor del demandado no fue formalmente solicitado por la actora en su demanda, ello no impedía al a quo para que, en uso de las facultades que le confiere la ley, fije uno a favor del padre que no dispone de la tenencia, atendiendo al interés superior del niño. Cas. N° 3172-2005-Lima.

(556) Poder Judicial del Perú. Pleno Jurisdiccional de Familia, 1997.

13. Concepto

El régimen de visitas forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, logrando el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno-filial. Jurídicamente, visitar implica estar, compartir, supervisar, responsabilizarse; por lo tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita.

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral.

14. Denominación

El *nomen* utilizado por nuestra doctrina y jurisprudencia, cual es régimen de visitas, no es adecuado. Por el contrario se desdice con el objetivo de la institución que es el estar en contacto y plena comunicación con el menor, limitándola a un mero estar físico, de allí que sea más conveniente denominarlo “derecho a mantener las relaciones personales” como la tipifica el Código de Familia de Cataluña (art. 135) y el de Bolivia (art. 257). Con el criterio de Zannoni decimos que debe superarse el inconveniente conceptual con una denominación más real como es el derecho a la adecuada comunicación⁽⁵⁵⁷⁾.

En la doctrina comparada se le ha otorgado varias denominaciones como el derecho de relación, derecho de comunicación y es que si hablamos de derecho de visitas se alude solo a un aspecto de las relaciones familiares, el físico, siendo la institución por demás mucho más amplia. La legislación ha seguido el mismo sentido, en Argentina se le conoce como derecho a tener adecuada comunicación (art. 264, inc. 2 del CC) o Derecho de comunicación (como lo consagra su Proyecto, 2001 y 2012), en España, derecho a relacionarse (art. 160 del CC), en Alemania, derecho al trato personal del hijo (arts. 1634 y 1684 del CC). Nuestro Código Civil lo trata como el derecho a conservar las relaciones personales (art. 422), mientras que el CNA utiliza la clásica denominación derecho de visitas (art. 88 y ss). Como se ha detallado, la corriente tanto doctrinaria, jurisprudencial como legislativa viene reconociendo una nueva denominación el derecho a tener una adecuada comunicación con el hijo.

(557) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 710 y 711.

El término régimen de visitas, entendido en su amplitud y contenido, es decir lato sensu, incluye todas y cada una de las relaciones personales necesarias y requeridas para el desarrollo y fortalecimiento de los lazos familiares.

15. Origen

No tiene un origen legal definido, pero su data es larga ya que nace de la jurisprudencia.

La comunicación integral en las relaciones paterno-filiales es un derecho subjetivo familiar autónomo y típico en la legislación comparada. Sin embargo, existen Códigos que no la contemplan expresamente, tal es el caso del clásico Italiano⁽⁵⁵⁸⁾ a lo que sus teóricos han sostenido que por la antigüedad del código no se trató específicamente, pues el derecho de relación familiar es nuevo. En el modernísimo Código brasileiro de 2003 tampoco lo regula expresamente, tratándose el *direito de visita* –como sostienen sus analistas– como medida provisional sustentada en el derecho de compañía de los hijos y es accionada a través de normas procedimentales (Código de procedimientos civiles, 1638 VII)⁽⁵⁵⁹⁾. Argumenta Díaz Alabart⁽⁵⁶⁰⁾ que se trata de una relación tan natural que trasciende el puro ámbito del derecho positivo encuadrándose en los principios generales del derecho de la persona y la familia.

16. Finalidad

Lograr la comunicación con el hijo constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo por lo que debe asegurarse, promoverse y facilitarse dicho contacto. Como derecho lo ejerce aquel padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculta ha tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, de recreación o de relación con el progenitor con quien vive. Su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor. Claro que en cada caso deberá ser considerado de manera independiente, pues el interés de un menor jamás será el mismo que el interés de otro menor. Cada persona es diferente, y cada niño merece un tratamiento especial en cuanto la fijación de este régimen.

Se busca que los padres no se vean como extraños respecto de los hijos que no tiene a su lado y que los padres estén informados y tengan conocimiento del

(558) Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia lo aceptan sustentándose en el artículo 29, párrafo 1 de la Constitución que consagra el reconocimiento de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. En este sentido, la decisión del Tribunal de Casación italiano de 25 de setiembre de 1998 (N° 9606, Famiglia e Diritto).

(559) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. Ob. cit., p. 732.

(560) DIAZ ALABART, Silvia. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)”. En: *Revista de derecho privado*. Mayo-junio de 2003, p. 352, nota 53.

desarrollo de sus hijos⁽⁵⁶¹⁾. Este anhelo de tener trato con los hijos obedece a móviles tan humanos y respetables, que ni siquiera la culpa en el divorcio puede ser un obstáculo para que no se le reconozca⁽⁵⁶²⁾. La necesidad de mantener la solidaridad e integración familiar así como proteger los afectos es el fundamento de este derecho, teniendo como beneficiario al niño y no a los adultos, como se ha establecido en muchas sentencias judiciales.

La finalidad es la relación entre quienes comparten vínculos personales, sean estrechos o extensos, sean familiares o de vinculación social o convivencial.

17. Naturaleza jurídica

Existen posiciones variadas en la doctrina acerca de la calidad y naturaleza de este derecho. Algunos dicen que se trata de derecho personal y familiar, otros que es derecho de la persona vinculado con el libre desarrollo de la personalidad, o un derecho subjetivo especial que permite el ejercicio de poder relacionarse, o un derecho personal incluido dentro de los derechos personales. Incluso, dada su extensión a familiares y allegados así como su singularidad, se le otorga la naturaleza de ser un derecho personal y familiar o “*pseudofamiliar*”⁽⁵⁶³⁾.

Consideramos que se trata de un derecho subjetivo familiar, en el sentido que existe el derecho de ambas partes –menor y familiares– de relacionarse, de estarse en conjunto e integrarse. Las partes gozan de similar interés legítimo que le permite el desarrollo, crecimiento así como la consolidación de los lazos de la familia que, como célula básica de la sociedad, exige su consagración. Este derecho permite ello. Pero no solo robustece las relaciones familiares, sino que en muchos casos las hace nacer, surgir, al integrar a la relación personal a sujetos apartados o distantes.

18. Características

Como características tenemos las siguientes:

-
- (561) El Código Civil alemán determina que: “El padre al que no corresponda el cuidado de la persona del hijo conserva el derecho al trato personal con el mismo. Dicho padre, como el otro, al que no corresponde su cuidado, deberán abandonar toda medida que impida o dificulte la educación del hijo o su relación con el otro padre”, art. 1634-1.
- (562) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Derecho de Familia, Segunda parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 124.
- (563) DÍAZ ALABART, Silvia. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)”. En: Ob. cit., pp. 353 y 355.

CARACTERÍSTICA	EXPLICACIÓN
Titularidad compartida	Es un derecho que le corresponde al visitado y al visitante (ambos beneficiados), debiendo ser cumplido o darse las facilidades para su ejecución a la persona que tiene bajo su tenencia o guarda a la menor, se le suele llamar gravado. No es exclusivo de ninguna de las partes, aunque el interés superior del niño le otorgue una mejor posición al mismo.
Temporalidad y eficacia	El transcurso del tiempo es un factor que debilita las relaciones familiares, dado que aquellas personas que no se relacionan pierden el afecto y no permiten una integración real y natural. De allí que este derecho merece ser cautelado y ejercitado de manera rápida y perentoria.
Indisponible	Dada su naturaleza de derecho, el mismo no puede ser cedido ni renunciado, pero puede ser reglamentado y por casos especiales limitado o restringido por la ley.
Amplio	Teniendo como esencia las relaciones humanas, en general y familiares, en especial, este derecho le corresponde a todas aquellas personas que requieran relacionarse con otras a efectos de lograr la consolidación de la familia (sea amplia o nuclear).

19. Titulares

Como se ha explicado, dada la característica de titularidad compartida, no podemos referirnos a un beneficiario directo y exclusivo. Los padres, los hijos y demás parientes o allegados merecen en sí, y para sí, de esta facultad de compartirse e integrarse con los miembros de su entorno.

Como esencia del desarrollo de las relaciones humanas este derecho es de necesidad para quienes tienen vínculos familiares. De esta manera, ninguno de los progenitores puede monopolizar el derecho de integración familiar. Sea el padre o la madre, quien de manera individual goce del ejercicio directo de la patria potestad, le corresponde facilitar al otro la comunicación con la prole. Es así que el “otro progenitor” (aquel que no tiene al hijo día a día) tiene el derecho de mantener las relaciones personales que le permitan participar, cautelar y vigilar su desarrollo integral a la vez que el menor goce de esa mirada vigilante y ese cariño alterno de aquel familiar con quien no comparte la mayor parte de su vida.

En un análisis integral, sin embargo, el primer beneficiario es el niño, antes que el padre que no lo tiene, pues la lógica nos dice que es el menor quien necesita de los demás para desarrollarse, crecer e integrarse en la familia y en sociedad.

A efectos de metodología, y sin entrar a lo riguroso de la enumeración o la denominación, estudiemos el amplio campo de los titulares:

19.1. Visitado

19.1.1. Titular beneficiario - Hijo

Teniendo en cuenta el interés superior del niño asumimos que este es su principal titular, tomando en consideración el beneficio y gracia que el ejercicio de este derecho le representa. A contrario sensu se puede restringir el ejercicio por motivos que afecten la integridad o seguridad del menor. Este titular puede tener el estatus de hijo, si el régimen le corresponde al padre, o ser meramente un menor, si el régimen les corresponde a sus parientes o allegados.

19.1.2. Otros titulares beneficiarios

Como facultad innata de relacionarse, este derecho no solo corresponde a los menores de edad sino que existen personas sujetas a una discapacidad que necesitan del afecto y cariño para su recuperación, así como el caso de las personas mayores de edad, en los que la tranquilidad y la paz es tan necesaria en esta etapa de la vida, la cual se logra viendo y viviendo en su entrono sociofamiliar. Tenemos, por lo visto, que estos *otros titulares beneficiarios* del derecho de relación pueden ser los mayores de edad, ancianos, enfermos como bien lo refiere el Código de Familia de Cataluña (art. 135) en los dos primeros casos y el Código Civil argentino⁽⁵⁶⁴⁾ (art. 376) al consagrar incluso a los imposibilitados. La Ley N° 11-2003 de Valencia, sobre el estatuto de las personas discapacitadas, les reconoce expresamente el derecho de visitas a los discapacitados.

19.2. Visitante

19.2.1. Familiares directos - Padres

Los padres son los primeros familiares que deben gozar y llevar a cabo este régimen, obviamente si hablamos de una relación padre-hijo. Lo que no implica que sean los únicos legitimados, ya que puede darse el caso de que sea el hijo quien adquiera la calidad de visitante, si nos referimos a que el visitado es el padre (mayor de edad, enfermo, entre otros).

19.2.2. Otros familiares - Hermanos, abuelos, allegados

En primer lugar se sentenció, y luego se legisló, que el derecho de visitas se hace extensivo, cuando el interés del menor lo justifique, a todos los parientes que no conforman el entorno familiar de sustento directo del menor dentro de los que

(564) El proyecto de Código Civil argentino (2000) considera como beneficiarios a los ancianos y enfermos. En esta consideración trata el artículo 635 que los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deben permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos.

se presentan a los hermanos, abuelos, tíos, sobrinos, primos lo que fue considerado por el Derecho comparado (Argentina, Cataluña, España, Francia).

El tema de los demás familiares, es decir del acceso de la familia *in extenso*, a este derecho de relación ha tenido todo un desarrollo doctrinario y jurisprudencial muy interesante que ha venido siendo recepcionado por parte del Derecho comparado.

19.2.2.1. Hermanos

La relación fraternal es esencial para el desarrollo emocional del menor. Se ha dicho que la mejor herencia que se le puede dejar a un hijo es un hermano con quien compartir. En este sentido, lo ha entendido expresamente el Code de Francia cuando indica que el hijo no deberá ser separado de sus hermanos y hermanas, salvo si esto no fuera posible o si su interés aconsejara otra solución, en todo caso el juez será el encargado de resolver las relaciones personales entre los hermanos (art. 371-5); el Código español considera la interesante figura del *desiratum* en el sentido de que en los casos de crisis o nulidades matrimoniales no deben afectarse la relación de los hermanos.

19.2.2.2. Abuelos

Del latín vulgar *aviolus*, del clásico *avus*. Compárese con el francés *aïeul* y portugués *avó*.

Son parte de las relaciones *avoengas* (*avô*, abuelo) para los brasileros; para nosotros, relaciones abueliles, de abuelidad o abuelitud. Son aquellas mantenidas, principalmente con los nietos.

Los abuelos son una prolongación de la relación de los padres. Los nietos requieren de ese cariño de los abuelos —que es totalmente distinto de los padres— esa complicidad para las malacrianzas (Tú edúcalo, yo lo echo a perder) y la posibilidad de apreciar en ellos la historia generacional de tu familia. Por su parte, los abuelos necesitan ver y estar con la generación de sus hijos, y por decir lo menos, necesitan sentirse útiles cuidando a sus nietos. Esta integración de las relaciones familiares de segunda generación parental es importante. El reconocimiento legal de este derecho a los abuelos se da en 1970, año en el que el Código Civil francés⁽⁵⁶⁵⁾ lo consagra como norma expresa, tomando en consideración los diversos fallos jurisprudenciales que al respecto se venían dictando; la misma situación se ha dado en

(565) El Code establece que los padres no podrán, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones personales del hijo con sus abuelos, en todo caso a falta de acuerdo decidirá el juez (art. 371-4).

España⁽⁵⁶⁶⁾ (567). La corriente del derecho comparado ha seguido esta línea de reconocimiento expreso. Tenemos que el Código de Familia de Catalunya establece que “el padre y la madre deben facilitar la relación del hijo o hija con los parientes, es-

(566) El Tribunal Supremo español falló: “Ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Este tipo de relaciones, que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata” (sentencia de la Primera Sala del 23/11/1999). En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero 2001, N° 10, ps. 132-134. Asimismo, existe criterio unánime de desestimar la petición de uno de los progenitores en negar las visitas a los abuelos de la otra línea familiar; así tenemos el caso en el que se resuelve por la “desestimación de la petición de la madre de no fijar régimen de visitas a favor de los abuelos paternos de la menor del padre que falleció” (sentencia del 30/11/2000 que se sustenta en lograr el desarrollo emocional del menor). En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, octubre 2001, N° 13, p. 178. Por otro lado, “Procedencia de las visitas entre la abuela y la menor, ya que los problemas entre los adultos no pueden constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña” (AP MURCIA, Sec. 1ª, Sentencia de 4 de febrero de 2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader). En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero 2003, N° 18, p. 169. En España, “la cuestión nuclear del tema debatido –derecho de unas menores a comunicarse con los abuelos, tíos y primos maternos– es la existencia o inexistencia de justa causa que impida dichas comunicaciones, tal y como establece el artículo 160.2 del Código Civil [español]. La sentencia recurrida se basó para estimar esa justa causa en dos hechos: a) la falta de relación del padre con los familiares de su difunta esposa que, desde la muerte de esta, se debe a la animadversión existente entre el demandado y los familiares de aquella y b) el temor de que los parientes maternos influyan de forma directa o indirecta en el ánimo de las menores, en el sentido de hacer recaer en su padre la responsabilidad de la muerte de su madre. Esta falta de relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas, máxime cuando la animadversión se manifiesta especialmente en el padre, que despreciaba a la familia de su mujer y que si tenía relación con ellos era para complacer a su esposa, y después de la muerte de esta detesta al abuelo materno. Posición esta del padre recurrido que le convierte en árbitro de la realización de un derecho, pues basta que siga detestando a sus suegros para que estos no puedan comunicarse nunca con sus nietas. Y la perniciosa influencia que los abuelos puedan ocasionar a las niñas, con versiones manipuladas sobre la muerte de su madre, se puede obviar estableciendo medios correctores. Las visitas de las niñas a los familiares de su madre tienen aspectos positivos, pues las relaciones entre abuelos y nietos son enriquecedoras y no pueden ni deben limitarse a los paternos. La relación de los familiares maternos con las niñas no han sufrido un deterioro directo, sino indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, por lo que si se reanuda ha de resultar beneficiosa para ellas” (Exp. N° 7868-TS, Primera Sala, 20/9/2002, ponente: De Asís Garrote). En: *Diario La Ley*. Año XXIII, N° 5652, 11/11/2002. Web site: <www.laley.net> (octubre de 2002).

(567) “En España incluso se quiere ampliar las facultades de los abuelos”. En efecto, existe el Proyecto de Ley N° 121/000168 30 de julio de 2003, autor Gobierno, Modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, que busca modificar el Código Civil en el sentido que los abuelos tengan participación en los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial a fin de determinar el bienestar comunicacional con sus nietos. La modificación legislativa se llevará a cabo según los objetivos del Plan Integral de apoyo a las familias 2001-2004, con un triple objetivo: 1) Reforzar el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores, 2) Atribuir a los abuelos capacidad de ser oídos en los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, y 3) Atribuir a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad. De este modo, la reforma del Código Civil establecerá el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos garantizando la efectividad de este derecho en los supuestos de crisis matrimonial, de forma que, a falta de acuerdo entre los cónyuges sea el juez quien asegure las relaciones entre nietos y abuelos. Para ello, se prevé que, en casos de separación, nulidad y divorcio, el convenio regulador entre los cónyuges o, en su caso, las medidas adoptadas por el juez, deberán contemplar expresamente el derecho de visita de los abuelos a los nietos. Sin embargo, existen criterios encontrados con esta propuesta en el sentido que y existe el “riesgo cierto” de que estos nuevos actores introduzcan en el drama normalmente inherente a la crisis familiar “factores de complejidad y tensión a la relación familiar.

pecialmente con el abuelo y la abuela, y demás personas pudiendo solo impedirse cuando exista causa justa” (art. 135.2), así como el Código Civil de Québec: “En ningún caso el padre o la madre, sin una razón grave, puede interferir en las relaciones personales entre el niño y sus abuelos. La falta de acuerdo entre las partes, sus términos y condiciones de esta relación serán decididas por la corte” (art. 611).

19.2.2.3. Allegados

Partiendo de la premisa que la relación entre las personas es por lo demás variada y compleja debe reconocerse por razones propias y esenciales que en casos especiales este régimen familiar de “estarse y compartirse” puede verse extendido a otras personas, pues las relaciones humanas así le correspondan, este es el caso de los terceros no familiares o también llamados allegados. Entre algunos casos podemos mencionar: Quienes fueron tutores, curadores, profesores, o la situación como la de un novio, el excónyuge o exconviviente de la madre del menor, o un vecino que cuidó del menor. Pueden presentarse otros casos, claro, sin duda, la enumeración sería inútil dada la extensión, por lo que bastará probar la relación afectiva que determinaría el legítimo interés para el establecimiento del régimen.

Y es que sucede que como producto de las desavenencias conyugales, de las rupturas familiares, de la propia sociedad de mercado y de la crisis económica que aleja a los padres de sus hijos –dado las extensas jornadas laborales, los trabajos foráneos– lleva a que muchos niños terminen siendo cuidados, e incluso criados por parientes, amigos de la familia, vecinos o sean internados en centros de educación permanente.

Podemos hablar que esos niños crearán una familia alterna (aquella con la que viven el día a día) y una familia pasajera (la conformada por los padres que de cuando en vez pueden estar con ellos). En estas situaciones no podemos impedir que el menor se desvincule de esa familia que lo albergó, es fundamental que pueda seguir manteniendo vínculos y comunicaciones, su desarrollo así se lo exige, siendo necesario plantear soluciones legales y prácticas como lo hacen los códigos de Cataluña⁽⁵⁶⁸⁾, España⁽⁵⁶⁹⁾ y Francia⁽⁵⁷⁰⁾, de manera extensiva el Proyecto

(568) Artículo 135.2 del Código de Familia Catalán (Ley 9/1998 del 15/07/1998): “El padre y la madre deben facilitar la relación del hijo o hija con los parientes, especialmente con el abuelo y la abuela, y demás personas y solo la pueden impedir cuando exista justa causa”. Respecto a dicho artículo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 19/2/2001 resulta de interés para su análisis. Vid. VERDEIRA IZQUIERDO, Beatriz. “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados” en: *Diario La Ley*. Año XXIII, N° 5669, 04/12/2002. Web site: <www.laley.net>.

(569) Artículo 160 del Código Civil español (redactado por la Ley N° 21/1987 del 11/11/1987): “El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”.

(570) La Cour de Cassation resolvió sobre la materia por sentencia del 08/07/1857. El Code en su artículo 371.4 (introducido mediante la Ley del 4/6/1970 y cuya redacción actual obedece a la Ley N° 93 del 22/1/1993),

de Código Civil de Argentina (2000) trata exclusivamente de otros beneficiarios en el sentido que justifiquen un interés afectivo legítimo tiene el derecho de gozar de la comunicación (art. 636).

Nuestro CNA indica que “el régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a los terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique” (art. 90). El artículo es incongruente. Por un lado, permite las visitas a los parientes pero establece límites al parentesco mientras que por otro reconoce a los no parientes este derecho sin límite alguno con el menor, la única referencia es que el mismo sea permitido en interés del visitado. Esta regla, como bien lo sustenta Chunga Lamonja⁽⁵⁷¹⁾, a pesar de estar sustentada en la buena fe del legislador a fin de permitir la comunicación del menor con sus seres queridos, deberá ser modificada en el sentido que se permita el régimen de visitas a los parientes señalados sin necesidad de que exista un proceso previo, es decir no referirnos a una extensión de régimen sino a la posibilidad de que se viabilice uno directamente por quien se vea afectado por la falta de relación con un menor, si el interés superior del niño o adolescente lo amerita. A nivel local, se reconoce claramente que personas como un padrino, profesor, confesor, niñera o terceros puedan acceder al régimen comunicacional.

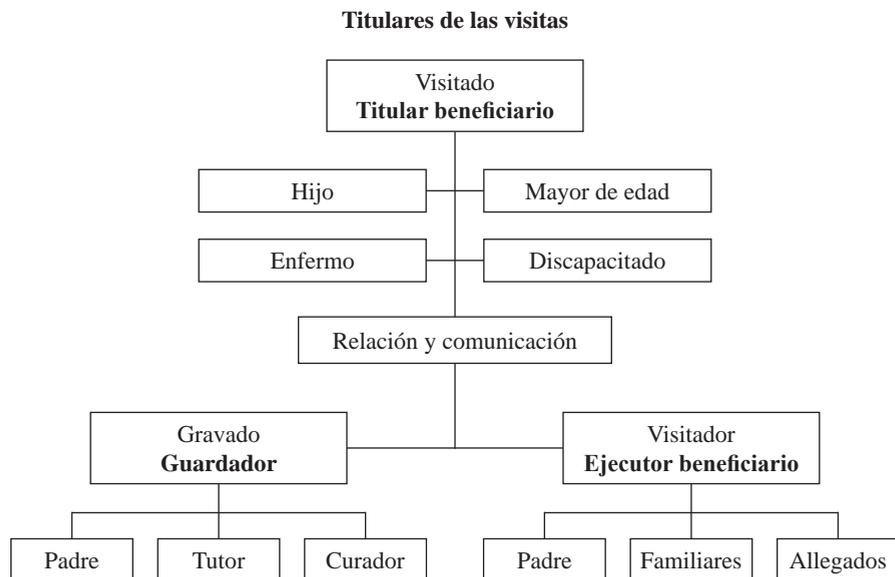
Aunque el régimen de visitas a favor de los terceros familiares y de los allegados deberá ser más limitado que el establecido habitualmente a favor de los padres, deberá tomarse en consideración la relación afectiva entre estos y aquellos. Apreciarse las pruebas ofrecidas que sustenten el beneficio de dicho régimen para el menor, es decir el interés legítimo que le corresponde para beneficiarse de dichas relaciones. Sobre estos lineamientos ya existe una unanimidad en la jurisprudencia y legislación, así como en la doctrina en la que se sustenta: “Tomando como base el principio el interés superior del menor deben protegerse todos aquellos lazos que faciliten el desarrollo psicológico y emocional del menor, y de la misma manera que sus progenitores tienen el deber de cumplir con un régimen de visitas, cuando existan otros parientes o incluso otras personas que, sin relación de parentesco, mantienen una relación beneficiosa con el menor, los poderes

regula el derecho de visita de los abuelos: “Les père et mère ne peuvent, sua motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales. En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non”. La traducción del texto transcrito es la siguiente: “El padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones personales del hijo con sus abuelos. En defecto de acuerdo entre las partes, las modalidades de esas relaciones serán reguladas por el Tribunal. En consideración a situaciones excepcionales, el Tribunal puede conceder un derecho de correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no”. A mayor referencia Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Editorial Eunsa, Pamplona, 1982, p. 43; y PACTET, Christiane. *Le droit de visite des grands-parentes et l'art. 371-4 du Code Civil*. París, 1972.

(571) CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 356.

públicos deben procurar proteger y regular un régimen de visitas entre el menor y estos parientes o allegados”⁽⁵⁷²⁾.

Un gráfico puede aclararnos el panorama:



20. Requisitos para su establecimiento

Los requisitos para el correspondiente establecimiento del régimen familiar de las relaciones y visitas podemos detallarlos en los siguientes puntos:

- a) Relación de familia con el menor, o en todo caso acreditarse la relación afectiva con el mismo.
- b) Demostración del cumplimiento de una obligación alimentaria⁽⁵⁷³⁾ o, en su defecto, acreditar su imposibilidad material de poder ofrecerla (innovación del artículo 88 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes. Claro está que en el caso de terceros familiares o no familiares este requisito no es de exigencia.
- c) Interés del menor, como se ha indicado la finalidad del régimen de visitas es el fomento y favorecimiento de las relaciones humanas, robustecer la corriente afectiva entre las personas sobre la base del prevailecimiento del beneficio e interés del menor. El régimen de visitas estará siempre sujeto, por decir

(572) VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados”. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, abril 2002, N° 15, p. 40.

(573) Augusto Belluscio sostiene que no puede pretenderse ejercer los derechos correlativos, ni alegar un cariño cuya inexistencia se demuestra. Vid. BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de familia*, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 284.

subordinado y sometido, al interés del menor. Cada caso deberá ser considerado de manera independiente, dado que cada menor tiene una necesidad, una exigencia de compartirse con su gente, de allí que el interés de un menor no pueda ser el mismo que el interés de otro, lo que debe ser tomado en cuenta en la fijación de este régimen. El problema se presenta en la determinación de dicho interés, es decir de quién depende la calificación del mismo. En términos legales la decisión no está en el menor (aunque le corresponda), sino en los padres que en virtud de la patria potestad ostentan la representación del menor. En caso de controversia resolverá el juez.

- d) Edad, el elemento cronológico es esencial. En el caso de los menores la edad juega un factor fundamental, pues de la misma depende la fijación del régimen tomando en consideración el beneficio para el desarrollo del niño o adolescente. No puede fijarse un mismo régimen de visitas para un menor de 5 años que para un recién nacido o un bebé de 5 meses.
- e) Opinión del menor, tomando en consideración los puntos anteriores, resulta básico, de acuerdo a la madurez y discernimiento del menor escuchar su opinión dado su estatus de beneficiario directo del régimen⁽⁵⁷⁴⁾. Una interpretación extensiva del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes permitiría concretar la opinión.
- f) La calidad de quien lo solicita, en este caso analizar el grado de parentesco, la afinidad, pues no todo régimen debe ser similar en su establecimiento a los pensados para los progenitores.

El establecimiento de este régimen debe ser rápido y efectivo en interés de la preservación de los lazos familiares o afectivos, dado que la demora judicial no puede afectar las relaciones naturales y menos el desarrollo del menor. Es en esta línea que Chile viene buscando generar más facilidades a los padres para ejercer este derecho a visita en caso de rupturas matrimoniales. El Congreso chileno ha despachado un proyecto de ley que abrevia los plazos (de ocho meses que dura actualmente, el régimen deberá ser emitido en un plazo de 30 días para adoptar una resolución) con lo cual se quiere evitar que los hijos sufran problemas psicológicos, físicos y morales.

21. Forma de determinación

El régimen de visitas puede ser establecido de varias maneras.

(574) “Cuando el hijo tiene 14 años ha de sobrentenderse que el régimen de visitas no puede llevarse hasta el límite de imponer el mismo de forma coactiva”, AP VALENCIA, Sec. 10ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, octubre 2002, N° 17, p. 180.

- *Común acuerdo*. Sin duda el más adecuado, pero no por ello el más usado (por el contrario), esta forma de establecimiento, incluso, puede ser definido en un proceso de mediación o conciliación familiar.
- *Sentencia judicial*. En un proceso directo de establecimiento del régimen, o en los casos de sentencias que resuelven los casos de separación de cuerpos, divorcio, nulidad o tenencia en los que se debe considerar el régimen del caso para el padre que no tendrá al menor en lo cotidiano.
- *De oficio*. Establecido por el juez a falta de solicitud de las partes. Esta facultad responde a la máxima del interés superior del niño de relacionarse con el padre con quien no convive.

Por el contrario, un caso especial, subsumido dentro del régimen de visitas, es que el progenitor que tenga a su cargo al menor puede solicitar que el otro asuma una responsabilidad comunicacional con su hijo, es decir, cabe la posibilidad de que quien no cumple con estar y compartir el desarrollo del niño pueda ser exigido a que lo haga⁽⁵⁷⁵⁾.

22. Facultades

Las facultades que consagra este derecho son por lo demás variadas y propias a cada situación. Las relaciones que exige cada persona, según sus necesidades son las que servirán de pauta para el establecimiento del régimen. Entre ellas tenemos:

- a) La comunicación, la que puede ser física o escrita, telefónica o epistolar.
- b) El padre debe velar por el desarrollo de su hijo, teniendo la facultad de vigilar y enterarse de su educación, formación y desarrollo integral.
- c) El régimen de visitas no indica una exclusividad de permitir al padre entrar y estar en el domicilio del menor, sino que también faculta al progenitor a externar al niño, es decir estar fuera del lugar donde vive, permitiendo una relación humana fluida y plena, espontánea e intensa, así como la correspondiente intimidad entre padres e hijos que no viven juntos. Inclusive, el externamiento puede ser ampliado con la posibilidad de que el menor pernocte en casa del familiar con quien no vive, si las circunstancias así lo permiten⁽⁵⁷⁶⁾.

(575) Este criterio ha sido determinado por la corriente española. Así tenemos que procede el “aumento del régimen de visitas a instancia del progenitor custodio, dada la necesidad de compartir ambos padres la responsabilidad del menor afectado por una enfermedad que exige una continua atención” (Bilbao, Sección Sexta, 25/04/2001). En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero 2002, N° 14, pp. 180-181.

(576) “Procede a suspenderse a la pernocta con el padre hasta que este acredite un grado de rehabilitación del alcoholismo duradero y estable”, criterio establecido por la instancia judicial española de AP Teruel en la sentencia del 9/1/2001. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero 2002, N° 14, p. 178. Con resolver dispar, según los elementos del caso “Improcedencia de suprimir la pernocta del menor con el progenitor no custodio al no haberse acreditado causa suficiente para ello y no ser acon-

23. Casos especiales

Entre los otros casos especiales que pueden presentarse tenemos:

Para el caso de la adopción, en algunas situaciones este derecho de relación puede consistir en una comunicación epistolar o telefónica, en visitas en sentido estricto en casa de los padres adoptivos o breves entrevistas fuera de ella, y en algún caso la petición y obtención de los padres de información acerca de la salud, de estudios y demás del hijo adoptado.

Para el caso de la técnicas de reproducción asistida, a fin de que aquellas personas que han actuado como cedentes de material genético conozcan y se relacionen con su descendencia.

24. Limitación

Téngase siempre en cuenta que el régimen de visitas debe buscar la revitalización de los lazos paterno-filiales y no por el contrario el debilitamiento o alejamiento de las relaciones humanas. La limitación o privación de las visitas solo debe tener lugar por causas graves tales como maltratos⁽⁵⁷⁷⁾, enfermedad⁽⁵⁷⁸⁾, creencias⁽⁵⁷⁹⁾, así como malos ejemplos⁽⁵⁸⁰⁾, vicios, riesgo de sustracción, entre otros. Las

sejable para el beneficio del menor (AP VALENCIA, Sec. 10ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España). En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, julio 2002, N° 16, p. 184.

- (577) Se fija un régimen restrictivo tomando en consideración el miedo que se le profesa al padre dado la violencia familiar que se ha vivido además del poco interés que ha mostrado el padre para estar con sus hijas es muy escaso (AP CÁDIZ, Sec. 1ª, Sentencia de 26 de febrero de 2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Marcelino Rodríguez Rosales. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero 2003, N° 18, p. 173.
- (578) “Supresión de toda visita de los hijos con el padre debido a la grave enfermedad psíquica que padece en la actualidad”. AP VALENCIA, Sec. 10ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, julio 2002, N° 16, p. 183.
- (579) *Madrid*. El Tribunal Constitucional ha declarado que la Audiencia de Valencia vulneró la libertad ideológica de un padre separado, miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, al restringir al progenitor, de forma harto severa y a causa de sus creencias, el régimen de visitas a sus hijos. Una sentencia del Tribunal Constitucional anula parcialmente la [sentencia] dictada por la Sección Séptima de la Audiencia de Valencia que aumentó las medidas restrictivas en el régimen de visitas impuesto en 1995 por el Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Valencia al declarar la separación de los padres. Para separarse de su marido, la esposa alegó que, desde que este se incorporó al movimiento, “había hecho dejación de sus obligaciones familiares, presionando a su esposa para que se adhiriese a dicha organización, condicionando las relaciones íntimas de la pareja a los preceptos [del movimiento] y abandonando el hogar”. El afectado recurrió ante el [Tribunal] Constitucional, el cual afirma ahora que las limitaciones impuestas al padre por el Juzgado de Primera Instancia obedecían a una finalidad legítima, pero “la desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial conduce directamente a la conclusión contraria”, ya que el progenitor “ha sido discriminado en función de sus creencias”. Vide “Las creencias de un padre no pueden limitar el derecho a ver a sus hijos”. En: *Diario El Mundo*, 09/06/2000. Web <www.el-mundo.es> (junio 2000).
- (580) Un tanto especial como para citarlo como ejemplo sería el presente caso: “No procede fijar el régimen de visitas cuando el progenitor está internado en un centro penitenciario, sobre todo para los hijos menores o de corta edad que necesiten el cuidado de la madre, más aún en la época de la lactancia”. Vide Cáceres,

situaciones intrascendentales o que no impliquen mayor peligro en su integridad o salud para el menor deberán ser evaluados por el juzgador a efectos de permitir la relación o restringir la misma, procediendo en todo caso al establecimiento de un régimen tutelado⁽⁵⁸¹⁾.

Si bien la relación familiar es un derecho familiar de los padres y de los hijos para compartirse, lo cual implica que no solo debe promocionarse e incentivarse, sino también protegerse y ello se da a través de la limitación. En algunas relaciones el contacto del menor con su padre resulta ser más perjudicial que la ausencia de la relación paterno-filial. En la jurisprudencia comparada, en especial de Valencia, se ha dicho que en esta línea del *favor filii*, debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto con ambos progenitores, salvo que ese contacto se revele como perjudicial para el menor, por lo que para decidir sobre el régimen de custodia, visitas y comunicación, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso⁽⁵⁸²⁾. Nadie puede negar al progenitor que no convive con el menor mantener un contacto fluido con él pero tampoco se puede permitir que dicha vinculación resulte dañina. Solo el juez, ante situaciones excepcionales, podrá impedirlo.

25. Penalidades por su incumplimiento

En nuestro medio falta robustecer esta institución.

El Código de los Niños y Adolescentes indica que el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y, en caso de resistencia, podrá originar la variación de la tenencia (art. 91). Es muy común que, decretado un régimen en la mayoría de los casos no sea respetado por la

Sección Primera, sentencia del 22/01/2001. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero 2002, N° 14, p. 178.

(581) Se citan algunos casos especiales: Aceptación de un régimen tutelado “Régimen de visitas restrictivo y en presencia de los abuelos paternos dada la adicción del mismo al alcohol” (AP GRANADA, Sec. 3ª, Sentencia de 29 de setiembre de 2001. Ponente: Ilmo Sr. D. Carlos J. de Valdivia Pizcueta. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, julio 2002, N° 16, p. 182); “Mantenimiento de las visitas en presencia de una trabajadora social atendidos los antecedentes médicos del progenitor y la relevante circunstancia de que no se presentara a la prueba psicológica acordada para determinar su situación psicológica actual” (AP VALENCIA, Sec. 6ª, Sentencia de 27 de setiembre de 2000. Ponente: Ilma. Sra. Dª Carolina del Carmen Castillo Martínez).

Por el contrario tenemos también casos en el que se desestima el régimen tutelado “Improcedencia de reducir el régimen de visitas, de imponer visitas tuteladas o de depósito del pasaporte por las circunstancias del que el padre del menor sea extranjero” AP VIZCAYA, Sec. 1ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Ponente: Ilma. Sra. Dª Reyes Goenaga Olaizaola). Cfr. *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, octubre 2001, N° 13, p. 176 y 177, respectivamente.

(582) Dos casos para aclarar: “Fijación de régimen de visitas restrictivo con sometimiento a prueba de detección alcohólica” (Valencia, Sección Sexta, sentencia del 24/2/2000) y “Suspensión de la condición impuesta para el cumplimiento del régimen de visitas de que debe llevarse en presencia de la abuela paterna” (Barcelona, Sección Décimo Octava, auto del 6/3/2000). Cfr. *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero 2001, N° 10, p. 176.

parte que tiene la tenencia del menor de manera tal que, como sucede en otras legislaciones como la argentina⁽⁵⁸³⁾, el no permitir el cumplimiento del régimen debería determinar un delito, que podría denominarse *no presentación del hijo*⁽⁵⁸⁴⁾, aunque desde ya implica un acto de violencia familiar⁽⁵⁸⁵⁾.

Se ha preparado y presentado en el medio un Proyecto de Ley de paternidad responsable⁽⁵⁸⁶⁾ que consagra dos supuestos sancionatorios en caso de incumplimiento del régimen:

- a) En caso de incumplimiento del régimen de visitas de la parte obligada, el juez o autoridad competente que otorga la pensión de alimentos fijará las sanciones pecuniarias, como indemnización por los daños y perjuicios que ocasionara en el niño, en el desarrollo de su personalidad. En caso este incumplimiento se debiera a problemas económicos o de otra índole del progenitor, el juez sentenciará a favor de la realización obligatoria de trabajo social que deberá desarrollar mediante visitas y atención a niños que se encuentran en instituciones públicas y/o privadas, en estado de abandono u orfandad, como una forma de compensar el daño ocasionado a nuestra niñez.
- b) Una sanción al que impide ejercer el régimen. En este sentido, podrá perder el ejercicio de la patria potestad el padre o la madre que mediante prueba fehaciente se acredite el impedimento, prohibición o cualquier otra forma que no permita el cumplimiento del régimen de visitas impuesto por el juez o la autoridad competente. El juez evaluará esta situación, considerando siempre la conveniencia de las hijas y los hijos.

(583) Ley N° 24270, *Impedimento de contacto de hijos con sus padres* (Sanc. 3/1/1993; prom. de hecho 25/11/1993; "B.O.": 26/XI/1993) Artículo 1.- Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión. Art. 2.- En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial. Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo. Artículo 3.- El tribunal deberá: 1) disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres; 2) determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido. En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil. Artículo 4.- Incorporáse como inciso 3 del artículo 72 del Código Penal el siguiente: Inciso 3: Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

(584) MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, Buenos Aires, parte I, p. 95.

(585) La Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia de Venezuela (1998), en su artículo 6, referido a la definición de violencia psicológica, "considera violencia psicológica toda conducta que ocasione daño emocional, disminuya el autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer u otro integrante de la familia a que se refiere al artículo 4 de esta Ley, tales como conductas ejercidas en deshonra, descrédito o menosprecio al valor personal o dignidad, tratos humillantes y vejatorios, vigilancia constante, aislamiento, amenaza de alejamiento de los hijos o la privación de medios económicos indispensables".

(586) Proyecto de ley N° 6683, Congreso de la República del Perú, Ley de paternidad responsable (7/5/2003).

26. Régimen de visitas y daño

Nos dice *Kemelmajer* que en sentencias argentinas se lee frecuentemente: “El derecho de visitas que tienen los padres es también de los hijos, y por lo tanto, un correlativo deber de aquellos, quienes deben velar paritariamente por una adecuada comunicación del menor con el progenitor que no ejerce la tenencia a fin de fortalecer los lazos afectivos de ambos, y con ellos evitar la total desintegración de la familia (de manera que) (...) el derecho de visitas no se limita a una mera facultad que caprichosamente pretende ejercer el padre y ciegamente la ley debe reconocer; se complementa con el cúmulo de deberes emergentes de la patria potestad, entre los cuales se encuentra los de mantener adecuada comunicación con los hijos y controlar su educación”⁽⁵⁸⁷⁾. El contacto de los padres con los hijos y de los hijos con los padres es esencial, de los unos con los otros, ese integrarse y relacionarse que permite su desarrollo. Lo contrario, es decir, la limitación o restricción (salvo que sea justificado), implica un daño al niño desde que “(...) este sufre una pérdida de identidad, del sentimiento de pertenencia a un grupo social, lugar, familia, etc.”⁽⁵⁸⁸⁾. El incumplimiento del régimen de visitas es un típico daño familiar provocado en de aquel a quien legítimamente le corresponde tener un acercamiento y comunicación con el menor (padres, abuelos, tíos, sobrinos y otros allegados)⁽⁵⁸⁹⁾.

El caso *Elsholz contra Alemania*⁽⁵⁹⁰⁾ ha generado todo un hito en el tema de la reparación de los daños por concepto de restricción de las visitas. En la referida causa, mediante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se favorece a un padre al que se le había denegado el “régimen de visitas” sobre la base de las declaraciones de su hijo de cinco años, víctima del síndrome de alienación parental (SAP). El caso es que en diciembre de 1986 nace un niño llamado C., cuyos padres conviven juntos sin estar casados. En junio de 1988, los padres se separan y la madre se va con su hijo a vivir a otro lugar. A partir de julio de 1991, la madre impide que el padre pueda ver a su hijo. El padre empieza un largo calvario judicial para lograr que se reconozca su derecho de visita, que las sucesivas instancias de los tribunales alemanes le deniegan. Por último, recurre al Tribunal

(587) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”. En: *Revista de derecho de daños, Daños en las relaciones de familia*. Rubinzal-Culzoni Editores, 2001-2, pp. 297 y 298.

(588) *Ibidem*, p. 298.

(589) Graciela Medina indica que solo se trata de un daño causado al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con el hijo (Daños en el Derecho de Familia, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 40 y 41).

(590) Consejo de Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso de *Esholz contra Alemania*. Demanda N° 25735/94, Sentencia Estrasburgo 13 de julio de 2000. <<http://www.anupa.com.ar/articulos/page3.html>> (01/08/2003).

Europeo de Derechos Humanos, que, en julio de 2000, le da parcialmente la razón e impone al Estado alemán el pago de una indemnización.

Las partes más saltantes de la sentencia son:

- “11. El demandante trató de visitar a su hijo con asistencia de la Oficina de la Infancia y la Adolescencia (Jugendamt) de Erkrath, que actuó como mediadora. Cuando, en diciembre de 1991, un funcionario de la Oficina de la Infancia y la Adolescencia preguntó a C., este manifestó que no deseaba tener más contactos con el demandante.
12. El 19 de agosto de 1992, el demandante solicitó al Tribunal de Distrito de Mettmann (Amtsgericht) un fallo en que se le reconociese el derecho de visita (Umgangsregelung) (...)
13. El Tribunal de Distrito, tras la vista celebrada el 4 de noviembre de 1992 y tras haber oído a C. el 9 noviembre de 1992, desestimó la solicitud del demandante el 4 de diciembre de 1992. El Tribunal indicó que el párrafo 2 del artículo 1711 del Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch), relativo al derecho del padre al contacto personal con su hijo nacido fuera del matrimonio, se había concebido como cláusula de exención que había de interpretarse estrictamente. Así pues, el tribunal competente debería establecer ese régimen de visitas solo si era ventajoso y beneficioso para el bienestar del niño. Según las conclusiones del tribunal, esas condiciones no se cumplían en el caso del demandante. El Tribunal de Distrito señaló que el niño había sido oído y había manifestado que no deseaba ver a su padre, quien, según el niño, era malo y había golpeado a su madre en repetidas ocasiones. Igualmente, la madre había inculcado en el niño una fuerte predisposición contra el demandante, de forma que el niño no tenía posibilidades de establecer una relación imparcial con su padre. El Tribunal de Distrito llegó a la conclusión de que el contacto con el padre no mejoraría el bienestar del niño.
16. Tras haber oído a C. el 8 de diciembre de 1993, y a sus padres en una vista oral celebrada el 15 de diciembre de 1993, el Tribunal de Distrito rechazó, el 17 de diciembre de 1993, la nueva solicitud del demandante de que se le reconociese el derecho de visita. Al hacerlo, el Tribunal se refirió a su anterior fallo del 4 de diciembre de 1992 y estableció que no se daban las condiciones previstas en el artículo 1711 del Código Civil. Asimismo, señaló que la relación del demandante con la madre del niño era tan tensa que no podía considerarse que la observancia del régimen de visitas resultase de interés para el bienestar del niño. Este conocía las objeciones de su madre respecto del demandante y las había hecho suyas. Si C. hubiese de estar con el demandante contra la voluntad de su madre, experimentaría un conflicto de lealtad al que no podría hacer frente

y que afectaría a su bienestar. El Tribunal añadió que carecía de importancia cuál de los padres fuese responsable de las tensiones; y prestó particular atención al hecho de que existían tensiones importantes y el riesgo de que cualquier nuevo contacto con el padre afectase al desarrollo armonioso del niño en la familia del progenitor custodio. Tras dos largas entrevistas con el niño, el Tribunal de Distrito llegó a la conclusión de que el desarrollo del menor correría peligro si el niño hubiese de reanudar el contacto con su padre en contra de la voluntad de su madre. En esas entrevistas, el niño había llamado a su padre “asqueroso” o “estúpido”, añadiendo que no quería en modo alguno verlo, y había dicho también: “Mamá siempre dice que Egbert no es mi padre. Mamá tiene miedo a Egbert”.

32. En sus decisiones, tanto el Tribunal de Distrito de Mettman como el Tribunal Regional de Wuppertal denegaron al demandante el derecho de visitar a su hijo basándose en que la mala relación entre los padres exponía al niño a un conflicto de lealtad y en que en las dos vistas celebradas el niño había llamado a su padre “asqueroso” o “estúpido” y añadido que no deseaba verlo en modo alguno. En la segunda vista, el niño, que tenía entonces casi seis años, dijo: “Mamá siempre dice que Egbert no es mi padre. Mamá tiene miedo a Egbert”. Según el demandante, esa declaración se había realizado bajo la influencia de la madre o de uno de sus allegados cercanos y con aprobación de aquella. Otra declaración realizada por el niño y registrada por el tribunal ponía de manifiesto que la madre había asustado al niño al alejarse corriendo cuando encontró casualmente al padre.
33. Esas declaraciones del niño eran, según la alegación del demandante, sumamente importantes, ya que mostraban que la madre predisponía al niño contra su padre y lo hacía víctima del denominado síndrome de alienación parental (PAS). Como resultado, el niño rechazaba totalmente cualquier contacto con su padre. Si en ese momento se hubiese obtenido un informe de una familia adecuada o un psicólogo infantil, el informe habría puesto de manifiesto que la madre influenciaba al niño o lo utilizaba contra el padre. Por esa razón, las decisiones de ambos tribunales de no designar un experto, como había pedido el demandante y recomendado la Oficina de la Infancia y la Adolescencia, no solo constituían una violación de los intereses del padre, sino también de los del niño, ya que el contacto con el otro padre coincidía con el mejor interés del niño a mediano plazo.
34. Al denegar al padre el derecho de visitar a su hijo y fallar a favor de la madre, a quien se había concedido la custodia en exclusiva, los tribunales alemanes, incluido el Tribunal Constitucional Federal, faltaron al deber

constitucional del Estado de proteger a sus ciudadanos contra las violaciones de sus derechos por individuos particulares. El Estado está obligado a exigir la observancia de los derechos humanos en su ordenamiento jurídico interno.

43. El Tribunal recuerda que la noción de familia con arreglo a esa disposición [art. 8 del Convenio] no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de “familia” de facto cuando las partes viven juntas sin estar casadas. Un niño nacido de tal relación forma parte ipso jure de esa unidad “familiar” desde el momento de su nacimiento y por el mismo hecho de ese nacimiento. Así, entre el niño y sus padres existe un vínculo equivalente a la vida familiar (véase la sentencia del caso Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, serie A, N° 290, páginas 18 y 19, párrafo 44). Además, el Tribunal recuerda que el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituyen una violación del derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.
51. En el presente caso, el Tribunal observa que los tribunales nacionales competentes, al denegar la solicitud del demandante de que se estableciese un régimen de visitas, basándose para esa denegación en las declaraciones del niño, interrogado por el Tribunal de Distrito a la edad de aproximadamente 5 y 6 años en las ocasiones respectivas, tuvo en cuenta las tensas relaciones entre los padres, juzgando que no importaba quien fuese responsable de las tensiones, y concluyó que cualquier contacto afectaría negativamente al niño.
58. La Comisión sostuvo que las alegaciones del Gobierno demandado respecto de la distinción entre padres casados y no casados, implícita en el párrafo 2 del artículo 1711 del Código Civil no bastaba para la denegación del régimen de visitas. A juicio de la Comisión, el solicitante, al invocar ese derecho a visitar a su hijo, se hallaba en una situación comparable a la de un padre que, tras el divorcio, no ejerciese el derecho de custodia. Sin embargo, mientras que, con arreglo a la legislación alemana, el padre divorciado tenía derecho al régimen de visitas, salvo si ese régimen era contrario al bienestar del niño, el padre natural solo tenía derecho al régimen de visitas si ese régimen redundaba en interés del niño. La Comisión concluyó que, en el presente caso, había existido violación del artículo 8 considerado conjuntamente con el artículo 14 del Convenio.

Por esas razones, el Tribunal: Decide por 13 votos contra 4 que ha habido violación del artículo 8 del Convenio; Decide por unanimidad que ha habido violación del artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo

8 del Convenio; Decide por 13 votos contra 4 que ha habido violación del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio; Decide por unanimidad a) que el Estado demandado ha de pagar al demandante, en el plazo de tres meses, junto con cualquier impuesto sobre el valor añadido que pudiese aplicarse: i) 35.000 (treinta y cinco mil) marcos alemanes como resarcimiento de daños no pecuniarios; ii) 12.584 (doce mil quinientos ochenta y cuatro) marcos alemanes y 26 (veintiséis) pfennig en concepto de costas y gastos; b) que se pagará un interés simple a un tipo anual del 4 por ciento desde que expire el plazo de tres meses mencionado hasta que se efectúe la liquidación; Desestima por unanimidad el resto de la reclamación de justa satisfacción del demandante”.

B. La educación

27. Contenido y composición

Siguiendo a Lafaille, la educación es, indiscutiblemente, dentro del sinnúmero de obligaciones que tienen los padres, la más importante pues, en cierta manera, subsume a todas las demás o, en su defecto, las complementa con sus características⁽⁵⁹¹⁾. La educación es un alimento espiritual, nutre el alma. Debe ser cumplido rígidamente por padres en favor de los hijos cancelando los servicios prestados por el nido, colegio, academias, universidades y, posgrados. Su falta de atención de los padres no deben perjudicar directa ni indirectamente a los hijos⁽⁵⁹²⁾. En la educación hay que tomar en cuenta la ecuación estructurada por Luis Fernández Clérigo⁽⁵⁹³⁾ quien refiere que los medios y condición de los padres tienen que estar relacionados con la vocación y aptitudes del hijo.

La educación es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena en la sociedad. De acuerdo a Héctor Cornejo Chávez, educar es cultivar las virtualidades positivas y desalentar las negativas⁽⁵⁹⁴⁾. La educación comprende la escolar y la superior, incluyendo la universitaria o tecnológica. Sobre este asunto, el Código Civil boliviano estipula que es derecho-deber de los padres “mantener y educar al hijo, dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes” (art. 258 inc. 3) y que “al hijo que adolezca de alguna enfermedad o deficiencia física o mental debe dársele una educación adecuada a su estado” (art. 261).

Como se verá más adelante, la facultad de corrección es correlativa del deber de educación.

(591) LAFAILLE. Ob. cit., p. 411.

(592) CISNEROS, Renato (@recisneros). “Engrapan factura en uniforme de niña porque padres no pagaron mensualidad de colegio. Alumnos vistos como clientes: <http://bit.ly/sH8aYH>”. 07/12/2011, 9:06. Tweet.

(593) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 295.

(594) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 189.

En cuanto a la educación religiosa, Luis Fernández Clérigo señala, analizando la legislación suiza, que debe velarse por la autonomía de conciencia del hijo, son nulas las convenciones que limiten la libertad del hijo y, en todo caso, a los 16 años este tendrá el derecho por sí mismo de elegir su religión⁽⁵⁹⁵⁾. De este modo, la prerrogativa de los padres queda desplazada si los hijos, alcanzando su discernimiento, optan por participar o profesar otra religión o culto.

El Código de Familia de Bolivia indica que al hijo que adolezca de alguna enfermedad o deficiencia física o mental debe dársele una educación adecuada a su estado (art. 261 educación del hijo enfermo). Con un criterio patriótico y socialista el Código de Familia de Cuba nos habla de la formación cívica, del respeto a los símbolos patrios y a la moral socialista (art. 85 - 3).

En sentencia del 16 de diciembre de 2003, la Corte Europea de Derechos Humanos admitió el reclamo deducido por la madre de dos menores contra la República Francesa por la violación de la Convención Europea de Derechos Humanos derivada de haberse otorgado la guarda de sus dos hijos menores a su exmarido discriminándola en razón de sus creencias religiosas. *Si el acuerdo inicial de formar a los hijos en una determinada religión pretende ser desconocido por el padre que cambia de religión, el otro puede oponerse, pero ello no justifica el cambio de guarda sin un peligro real para los hijos*⁽⁵⁹⁶⁾.

C. La corrección

28. Contenido y composición

Es deber de los hijos respetar, obedecer y honrar a sus padres. Este es un deber de orden ético y moral (cuarto mandamiento) y, también, legal (art. 454 del CC). Su incumplimiento puede acarrear medidas disciplinarias legítimas como la corrección o aplicarse las causales de desheredación.

La corrección implica garantizar y establecer la autoridad de los padres sobre los hijos. Debe ser realizada de manera moderada, formando así parte de la educación. No es un derecho absoluto; por el contrario, está limitado, de allí que la legislación vigente consagre la expresión “corregirlos moderadamente” (art. 423 inc. 3 del Código y el art. 74 inc. d del Código de los Niños y Adolescentes), es la idea actual que el término moderado es –incluso exagerado– en razón de que ni los propios padres tienen derecho de levantarles la mano a sus hijos. Por su exceso se puede incurrir en una causal de restricción o destitución de la patria potestad (art. 75 inc. e del Código de los Niños y Adolescentes y art. 463 inc. 2 del CC). Todo abuso es sancionado por la legislación, por lo que el poder de corrección puede

(595) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 294.

(596) BELLUSCIO, César A. “La Potestad. Tenencia de los hijos. Religión de la madre. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 16/12/2003. Palau Martinez C/ Francia”. En: *La Ley*. 10 de febrero de 2004, LXVIII, N° 28.

ejercerse excluyéndose los actos que lesionen la integridad sicofísica del hijo. Su abuso se encuadra dentro de la política de violencia familiar⁽⁵⁹⁷⁾ y la razón es que esta puede dañar de forma inmediata, como también, ponerlo en situación de grave peligro por lo tanto se constituye en causa de privación de la patria potestad⁽⁵⁹⁸⁾.

En consecuencia, obediencia y corrección son derechos-deberes correlativos. La desobediencia del hijo conlleva que el padre pueda corregirlo (forma directa) y si es incorregible puede, incluso, solicitar su internamiento (forma indirecta). Sin embargo, no hay que confundir el hecho de infligir a los hijos ligeros castigos corporales (que de ninguna manera es un derecho de los padres) y el derecho de corrección, este último es un medio dado a los padres para generar y motivar en los hijos a la obediencia. Existen infinidad de formas de corregir a los hijos, siendo la más extrema (y reprimible) el castigo físico. Empero, antes de ella se encuentran otras modalidades más adecuadas, como el diálogo, la reprimenda, la reflexión en común, la advertencia y la amonestación.

El Derecho comparado ha llegado a determinar ciertos límites al derecho de corrección⁽⁵⁹⁹⁾:

(597) Ley N° 26260 (24/12/1993) entiende por violencia familiar “Cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual”.

(598) MEDINA, Graciela. *Visión jurisprudencial de la violencia familiar*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 53. La autora citada toma la definición dada por el Consejo de Europa (Rec. N° R (85) 4, 26, 58, 1985) organismo que considera violenta “toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o integridad física o psíquica o, incluso, la libertad de otro de los miembros de la misma familia que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad”. Se ha sostenido, por otro lado que “la violencia es entendida como los actos de agresión de una persona hacia un habitante de una vivienda familiar. Normalmente se manifiesta en la forma de agravios verbales o abusos físicos entre los esposos. También puede darse lugar a través de actos de poder y ejercicio de control, provocando sobre la víctima profundos trastornos emocionales y psicológicos”. Cfr. WINOGARD, Carolina. “La acción de daños derivados de la violencia y el divorcio en la jurisprudencia norteamericana”. En: *Revista de derecho de daños, Daños en las relaciones de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores, 2001-2, p. 367.

(599) Hace algún tiempo, una noticia relataba que, en el Queen’s Park de Toronto (Canadá), iba a llevarse a cabo una masiva demostración para reclamar el derecho de los padres de educar a su familia. Los padres protestarían por la manera como el gobierno [canadiense] intervino en el caso de la familia Aylmer, formada por una pareja de esposos evangélicos y sus seis hijos. El problema con los Aylmer comenzó cuando un vecino llamó a las autoridades para denunciar que uno de los hijos había recibido de su padre un golpe en las posaderas como castigo. En un operativo desproporcionado, el gobierno envió al Comité de Seguridad Social que llevó a los padres a la cárcel y puso a los seis hijos bajo custodia en un asilo, pese a que los niños lloraban suplicando que los dejaran con sus padres y que la mayoría de vecinos señalaban a los Aylmer como una familia ejemplar con hijos alegres, dinámicos y educados. La jueza que vio el caso ordenó que los niños y los padres regresaran a casa (...) siempre y cuando los padres prometieran nunca más utilizar forma alguna de castigo físico. Los padres se negaron, no porque desearan pegar a sus hijos, sino porque consideraban que ni la Corte ni el Gobierno podían decidir cómo los padres deben educar a los hijos, especialmente cuando no hay signo alguno de abuso. La protesta de los miles de padres de familia apunta a transmitir dos significativos mensajes: i) Dios le ha dado a las familias la autoridad para formar, educar, cuidar y disciplinar a los hijos y ii) el gobierno no tiene ningún derecho de interferir en los asuntos de la familia, salvo que se comprueben abusos. Cfr. “Padres canadienses protestarán el lunes por el derecho a educar a sus hijos”. Toronto, 04/08/2001. En: <www.familyaid.faithweb.com>.

- a) La viuda, para solicitar el internamiento de su hijo, requiere el consentimiento de los dos parientes más próximos y se basa del acuerdo unánime del consejo de familia.
- b) Si el hijo ejerce profesión u oficio, se requerirá opinión del juez.

Siguiendo el análisis de Hung Vaillant⁽⁶⁰⁰⁾, el poder de corrección establecido en el Código civil venezolano (art. 266), atribuido a los progenitores se materializa por *vía de autoridad* (cuando el propio progenitor impone la corrección) y por *vía de requerimiento* (cuando se recurre al juez competente).

D. Asistencia

29. Contenido y composición

También es conocida como “sostenimiento” y, como tal, es recíproca, siendo de padres a hijos y de hijos a padres. En su sentido genérico, implica el cuidado, el resguardo y la atención de la persona y los bienes del asistido. En su sentido especial, la asistencia se ha vinculado con la institución de los alimentos.

En este orden de ideas, los alimentos comprenden la satisfacción de las necesidades fundamentales que permiten el desarrollo integral de la persona y se deben, no obstante, el mal comportamiento del hijo o la conducta inmoral que lo haya llevado a carecer de aptitud para atender su subsistencia (art. 473 del CC peruano).

Resulta importante señalar que el deber de asistencia o sostenimiento no cesa por la adquisición natural o especial de la capacidad, sino que se prolonga a la consecución exitosa de estudios profesionales o técnicos.

En el ordenamiento jurídico peruano encontramos respecto de los alimentos una regulación Constitucional que establece como deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (art. 6). Además, la legislación práctica y operativa consagrada en el Código Civil (art. 472 y ss.) y en especial el artículo 423, inciso 1 indica que es deber de los padres que ejercen la patria potestad proveer el sostenimiento y educación de los hijos, entiéndase menores de edad.

29.1. Obligación alimentaria respecto de hijos mayores de edad

La obligación de proveer al sostenimiento de los hijos es un deber de los padres que ejercen la patria potestad (art. 423, inc. 1 del CC).

Esta obligación de sostenimiento, sustentada en los alimentos, debería extinguirse conjuntamente con la terminación de la patria potestad, *i.e.* con la mayoría filial. Sin embargo, siendo el sostenimiento una obligación esencial, y por

(600) HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Venezuela, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001, p. 315.

demás natural, al permitir el desarrollo de los hijos, se prolonga, permanece, incluso extinguida la patria potestad, como lo contempla el artículo 424 del Código.

La prolongación legal de la obligación alimentaria –que de arranque no implica la prórroga de la patria potestad– se da en caso los hijos estén estudiando o tengan alguna incapacidad en los siguientes casos:

- a. *Estudios.*- Se refiere a estudios profesionales, académicos o de perfeccionamiento. Esto se justifica en razón a que es deber de los padres preparar a los hijos para que puedan llevar una vida productiva, valerse por se, que ingresen al mercado laboral con un *expertise*. La norma dice que *estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad*.

Son tres elementos a tenerse en cuenta:

- *Éxitos en los estudios.* Buenas notas, no necesariamente altas dado que estas dependen de la profesión, de la universidad y hasta de cada profesor. Es un tema por demás subjetivo y dependerá del grado de apreciación de los padres y del juez.
- *Estudios de una profesión u oficio.* Se trata de estudios profesionales (título profesional), académicos (maestría, doctorado), de especialización (diplomados, segunda especialidad) o de un oficio (carrera técnica) en institutos, universidades o centros de alta especialización.

Salvo que el padre no haya cumplido en su momento con brindar una educación escolar primaria y/o secundaria, el que el hijo mayor de edad tendrá derecho de exigirla. No es obligación de los padres cumplir con el pago de las pensiones de un escolar mayor de edad dado que esta obligación –de educación, instrucción y capacitación para el trabajo– corresponde respecto de sus hijos menores de edad como premisa general.

- *Edad límite, 28 años de edad.* No es una obligación permanente sino limitada a un tiempo. La edad fijada, 28 años, a nuestro criterio, si bien antojadiza, nos lleva a pensar que la obligación de solventar los estudios de los hijos es más allá de los títulos profesionales que puedan obtener. Hoy el mercado exige especialidades, perfeccionamiento que obtienen a través de cursos de *posgrado*. Los padres asumen el compromiso de hacer competitivos a sus hijos.
- b. *Incapacidad.*- Incapaz es aquel que no puede por sí mismo satisfacer sus necesidades. Son aquellas personas que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Conforme lo manda el artículo 473 si la causa que lo redujera a dicho estado fuera su propia inmoralidad, el hijo solo podrá exigir lo estrictamente

necesario para subsistir, los llamados *alimentos necesarios*, indispensables para la satisfacción de sus requerimientos primordiales, salvo que el alimentista sea ascendiente del alimentante (art. 473 *in fine*).

Los hijos a los que hacen referencia la norma tienen plena capacidad, son mayores de 18 años, por lo que es conveniente situar este artículo en el capítulo correspondiente a alimentos, puesto que estos hijos ya no se encuentran dentro de los alcances de la patria potestad.

La norma original que contenía el Código decía: “Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio, y de las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia”. Este artículo, similar a su precedente 399 del Código del 1936, formulaba los mismos dos supuestos pero:

- *No establecía un límite a la edad respecto a la obligación de sostén educativo*. Un hijo podría exigir, si demostraba éxitos en sus estudios, que los padres cumplan con solventar dichos gastos (podía pasarse toda una vida estudiando). Es más, el Código de Familia de Bolivia indica que este deber subsiste para los hijos que no estén en situación de ganarse la vida (art. 264).
- *A las hijas mujeres solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia*. Indiscutiblemente el artículo original no se inspiraba en el derecho a la igualdad. Daba preferencia a que la mujer sea atendida por el padre dado su estado civil y su falta de capacidad para subsistir por sí misma, no se trataba de una incapacidad ni física o mental. La frase utilizada, *que no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia*, era por demás subjetiva y no implicaba una discapacidad o disminución latente sino solo un estado (para alguno entendido como derecho natural) para ser atendida.

Esta situación, como es lógico, no es aplicable en nuestros días. Tanto el hombre como la mujer tienen igualdad de condiciones, los mismos derechos de ser educados y similares derechos laborales. Como estaba redactado el artículo *sub examine* podría decirse que era un típico caso de discriminación por razón de sexo contrario al principio que “el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles” (art. 4, CC). Por otro lado, es preciso aclarar que la norma genérica en esta materia de alimentos es el artículo 473, el cual indica que: “El mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia”, por lo que mal hace el artículo 424 en especificar el caso concreto de las hijas.

E. Prestación de servicios

30. Contenido y composición

La prestación de servicios es un derecho-deber derivado de la guarda que consiste en recibir ayuda y aprovechar los servicios de los hijos, con la limitación correspondiente a su edad y condición, sin perjudicar su educación y atención (art. 74 inc. g de nuestro CNA y art. 423 inc. 4 de nuestro C.C.). Como el valerse de la prestación de servicios de los hijos implica inculcarles hábitos en el trabajo, esta situación se vincula con el deber-derecho de los hijos a la educación, ya que se les prepara para el futuro de una manera directa.

Se trata de una relación netamente familiar, sin contenido laboral, por lo que se toma en cuenta de manera esencial que la labor sea beneficiosa y que no perjudique el desarrollo del menor.

IV. REPRESENTACIÓN DE LOS HIJOS

31. Concepto

La minoría de edad implica de por sí la falta de capacidad para realizar actos jurídicos válidos, de modo tal que estos deben ser realizados por los padres en nombre de sus hijos. Así, los padres vienen a ser los representantes naturales y legítimos de sus hijos.

Por regla general y como un atributo propio de la patria potestad, los titulares de la misma (es decir, los padres) reemplazan al hijo en los actos que este no puede realizar por su falta de capacidad. Sin embargo, a pesar de estar sometidos a este poder paternal, los hijos menores de edad están facultados para realizar actos jurídicos de manera directa y personal, sin necesidad de la intervención de sus padres, en los casos en que la ley expresamente se los permite; en este sentido, no es que adquieran una capacidad plena, sino que la misma es especial y tiene vigencia solo para el acto autorizado taxativamente.

La representación de los hijos es de tipo legal. Es la ley quien faculta y posibilita a los padres a ejercer los actos propios de la actividad jurídica y social de sus hijos. Por lo demás, se trata de una representación con carácter necesario; sin ella los actos del menor no serían válidos el menor. Es universal pues comprende todas las relaciones jurídicas que pudiera tener el menor. En la doctrina de familia boliviana Decker Morales⁽⁶⁰¹⁾ sostiene que el menor puede ser titular de un derecho sustancial (*legitimatium ad causam*), pero no tiene capacidad para defenderlo

(601) DECKER MORALES, José. *Código de Familia*. 3ª edición revisada y ampliada. Editorial Los amigos del libro, Bolivia, 2000, p. 311.

(*legitimatium ad processum*). En estos casos y otros que el hijo menor requiere de la representación.

32. Excepciones

Son casos en los que no procede la representación, ya que el carácter personalísimo del acto lo impide, debiendo ser ejercitados por los propios hijos. Puede darse el caso de que para su validez se requiera la autorización de los padres.

Dichas excepciones son:

- a) Contraer matrimonio (art. 241).
- b) Reconocer a su hijo (art. 393).
- c) Prestar su asentamiento para casos de adopción (art. 378 inc. 4 l).
- d) La madre menor de edad puede solicitar la declaración judicial de su hijo (art. 407).
- e) Ejercer derechos personales y decidir si adquiere a título gratuito (art. 455).
- f) Contraer obligaciones o renunciar a derechos (art. 456).
- g) El menor con discernimiento puede trabajar con autorización de sus padres (art. 457).
- h) El menor con discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa⁽⁶⁰²⁾ (art. 458).
- i) Decidir la administración de sus bienes (art. 459).
- j) El mayor de 14 años puede recurrir al juez por los actos de su tutor (art. 530).
- k) El mayor de 14 años puede pedir la remoción de su tutor (art. 557).
- l) Los padres menores de edad pueden ser tutores (art. 421).
- m) Los menores no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida (art. 1358).
- n) El incapaz de ejercicio responde por los daños causados con discernimiento (art. 1975).

El Código Civil español tiene una norma expresa que indica: “artículo 162 Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a derechos de

(602) Originalmente el Código terminaba el artículo con la frase ... *con sus actos ilícitos* (Ley N° 27184, DOEP, 18/10/1999).

la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

Siendo un menor el sujeto a patria potestad hay situaciones que por más que sean personales –propias y necesarias– no podrán ser autorizadas ni por el menor ni por sus padres, cada caso en particular deberá ser analizado⁽⁶⁰³⁾.

32.1. Contrato celebrado por incapaces con discernimiento

La regla del Derecho consagrada en el *Digesto* (Libro L, tít. XVII) decía *Furiosus nullum negotium contraere potest*: el loco no puede contratar ningún negocio (Paulo: Ley 5^a), por su parte las *Institutas* de Justiniano (Lib. III, tít. XIX, § VIII) referían *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quid agit*: El loco no puede realizar ningún negocio, por que no entiende lo que hace.

Bajo estos lineamientos el Código de 1936 trató categóricamente la nulidad del acto jurídico cuando fuere practicado por persona absolutamente incapaz (art. 1123, inc. 1). No consideró ningún tipo de excepción ni permisibilidad a la celebración de contratos de contenido singular. Sin embargo, trató algunos casos en los que el defecto de capacidad no impedía su existencia como era el mutuo (art. 1575, permitía que el incapaz relativo actuara como mutuuario para atender a su alimentación), depósito (art. 1695, depósito voluntario de bienes de incapaces) y extinción de pago (art. 1240, pago al incapaz)⁽⁶⁰⁴⁾.

El Código de 1984 es más orgánico y pone al día la práctica contractual. El artículo 1358 es un aporte interesante y útil del codificador. Representa un gran avance en nuestra legislación dando un paso al frente en la liberación de la contratación y la integración de los incapaces en el medio jurídico.

32.1.1. Generalidades

La norma reconoce una realidad, la vida de relación de las personas. No por el hecho de adolecer de una incapacidad el sujeto se puede ver privado de ser parte del trato económico de la sociedad, sobre todo frente a la realización de actos relacionados con su propia existencia o subsistencia, de su vida cotidiana y quehacer doméstico. Contratar es beneficiarse y ello es parte del desarrollo e interacción del

(603) El Código Civil alemán indica que: Ni los padres ni el propio hijo podrán consentir la esterilización de este (1631 Esterilización).

(604) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El derecho de los contratos*. Tomo I, Ed. Minerva, Lima, 1978, p. 111.

hombre. Limitar las acciones primarias de la persona es negar su propia existencia. La ley protege a las partes contratantes y facilita sus relaciones jurídicas, no es la idea poner límites sino fijar pautas de desenvolvimiento, “un menor, no es incapaz de contratar; más bien es incapaz de lesionarse por los contratos que celebre”⁽⁶⁰⁵⁾.

La satisfacción de necesidades, sean básicas y secundarias, no es de exclusividad de los mayores de edad o de las personas con capacidad. Es más, hoy en día, los niños forman parte de una masa de consumidores fuerte en el mercado. Como dice Arias Schreiber en su *Exégesis* si nos ciñéramos a las reglas de incapacidad, sin un precepto como el consagrado en el Código, estas adquisiciones serían nulas “lo que ciertamente no se compadece con las exigencias de la vida cotidiana”⁽⁶⁰⁶⁾.

El derecho a contratar de los incapaces con discernimiento es el reconocimiento de un derecho patrimonial indispensable en aquellas personas que requieren ser protegidas y amparadas por la ley de una manera especial, sobre todo respecto de aquellos actos jurídicos económicos que realizan y que son parte de su actividad cotidiana y de sus propias vivencias. El hecho de ser incapaz no es un límite a la celebración de contratos y menos de aquellos vinculados con las necesidades ordinarias de la vida diaria.

Por el contrario la ley reconoce la validez de las transacciones básicas y elementales.

32.1.2. Delimitación

La norma en comentario permite que el incapaz con discernimiento pueda por sí mismo celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. No requiere la intervención, consentimiento o autorización de sus padres, tutor o curador en todo caso existe una presunción ficticia de autorización de estos⁽⁶⁰⁷⁾. Fernández Sessarego, con claridad dice que: “Es normal que los menores de dieciséis años no privados de discernimiento celebren cotidianamente contratos vinculados con las actividades ordinarias de su vida diaria. No es excepcional que un menor en edad escolar adquiera útiles de escritorio o golosinas o se movilice a su centro de estudios utilizando un medio de transporte público”⁽⁶⁰⁸⁾.

Es una norma de excepción a la regla de la validez del acto jurídico de manera que la capacidad de ejercicio requerida al agente es dejada de lado, no se sanciona con nulidad el acto jurídico al existir una capacidad de ejercicio especial. Con

(605) PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Derecho Civil*. Biblioteca clásicos de derecho, Oxford University Press, Primera serie, volumen 8, 1999, p. 847.

(606) ARIAS SCHREIBER PESTE, Max. *Exégesis*. Tomo I, 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987, p. 108.

(607) GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 108.

(608) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Grijley, Lima, 2001, pp. 129 y 130.

más claridad “se trata de una *capacidad de obrar especial plena* dado que los incapaces pueden celebrar libremente, por sí solos, todos los contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”⁽⁶⁰⁹⁾. Este tipo de contratos tiene una validez excepcional. La norma es coherente en el marco de “una teoría de la nulidad afincada no en criterios estrechos sino escrutadora de los intereses en juego y de las apariencias jurídicas de validez que deben cautelarse incluso cuando no se afecte directamente el orden, intereses públicos y derechos de terceros”⁽⁶¹⁰⁾.

Los supuestos de la norma son:

a. Incapacidad

La capacidad es la regla, la incapacidad, la excepción⁽⁶¹¹⁾ y es que de la lectura del artículo 42 del CC. se presume que las personas naturales tienen plena capacidad de ejercicio⁽⁶¹²⁾.

La parte legitimada para contratar es el incapaz. En términos generales entiéndase un menor o mayor de edad, sordomudo o ciego sordo, toxicómano o mal gestor de manera que, dentro de este contexto, tendríamos que cualesquiera de los incapaces considerados en los artículos 43 y 44 del Código Civil se encuentran facultados para contratar dentro de los lineamientos de la norma.

b. Discernimiento

El incapaz debe contar con discernimiento.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, DISCERNIR significa “Distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas”. Podemos asumir que es aquella facultad que nos permite apreciar, diferenciar, juzgar, decidir y tomar una decisión. En términos contractuales otorgar un consentimiento pleno. El discernimiento es el entendimiento o capacidad de comprensión⁽⁶¹³⁾, si

(609) Manuel De la Puente y Lavalle refiere que la capacidad de obrar o de ejercicio puede ser general o especial. La capacidad general plena es la facultad del sujeto a realizar toda clase de actos (art. 42); con la capacidad general atenuada se permite que el sujeto puede celebrar toda clase de actos aunque para algunos requiere la intervención de terceros (art. 456); la capacidad plena especial permite la celebración de ciertos actos jurídicos (art. 455) y la capacidad especial atenuada es la facultad para la realización de determinados actos con asistencia de terceros (art. 457). Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo I y Tomo III, PUCP-Fondo Editorial, Lima, 1998, pp. 378 y 379.

(610) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987, p. 396.

(611) MAZEAUD, Henry, Jean y León. *Derecho civil* (Obligaciones), tomo I, Traducción Luis Andorno, Zavallá editor, Buenos Aires, 1997, p. 300.

(612) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Presunción de capacidad de ejercicio”. En: *Código Civil comentado*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2003, p. 289.

(613) NAYMARK, M.S. y CAÑADAS, F. Adan. *Diccionario jurídico Forum*, Tomo II, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1947, p.

bien requiere cierto grado de desarrollo intelectual se va definiendo en las primeras etapas de la vida de la persona y desarrollándose con ella.

Augusto Teixeira de Freitas en su *Esbôço*⁽⁶¹⁴⁾ entiende que el discernimiento es la facultad de conocer que suministra motivos a la voluntad en todas sus deliberaciones. Se presenta como un proceso interior en el que el sujeto examina situaciones y objetivos con el fin de tomar una decisión. Tan importante es el discernimiento que integra la formación de la declaración de la voluntad. Esta debe reunir requisitos *internos* (entre ellos el discernimiento, intención y libertad: *animi iudicium*) y *externos* (manifestación exterior de esa voluntad).

En este caso la validez del contrato depende del discernimiento del incapaz. De la Puente y Lavalle refiere que “debe partirse del concepto de que ellos [los incapaces] puedan darse cuenta, no necesariamente de sus consecuencias jurídicas, sino de distinguir lo que están obteniendo mediante el contrato, o sea que es distinto adquirir una golosina que un cuaderno, o asistir a un cine que a un espectáculo deportivo”⁽⁶¹⁵⁾.

c. Derecho a contratar

Se reconoce a los incapaces con discernimiento el derecho propio a celebrar contratos, siendo más objetivos a celebrar actos jurídicos de contenido económico. En la relación contractual puede intervenir como parte uno, dos o más incapaces. Es más, ambas partes pueden tener dicha calidad.

¿Qué se entiende por celebrar? Todo aquello que menciona el artículo 1351: crear, regular, modificar o extinguir. Con un razonamiento *a pari*, similar, es lógico entender que si bien el incapaz tiene derecho a celebrar contratos esto implica que pueda, también, abstenerse a celebrarlos lo que está permitido por su capacidad de discernimiento. En este último caso es el ejercicio legítimo del derecho a contratar y de la libertad a contratar.

La permisibilidad y validez está en el hecho de que el contrato cumple con todas las características consideradas por la doctrina: normatividad, subjetividad, voluntariedad, eticidad y conmutabilidad⁽⁶¹⁶⁾ además que su celebración en nada perjudica al menor, por el contrario lo beneficia siendo parte de la satisfacción de sus necesidades y de su desarrollo. Borda menciona que, sancionados por una costumbre que se nutre en una necesidad social evidentísima, estos *pequeños*

(614) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*, Esbôço, tomo I, Ministerio da Justiça e negócios interiores, 1952, p. 217.

(615) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I y Tomo III, PUCP- Fondo Editorial, Lima, 1998, p. 384.

(616) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 132.

contratos son perfectamente válidos y legítimos. No se trata, como suele creerse, de actos nulos pero *tolerados*, sino de actos perfectamente lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible, que aunque el legislador los prohibiera expresamente seguirán cumpliéndose⁽⁶¹⁷⁾.

d. Necesidades ordinarias de la vida diaria

Este punto es subjetivo o en todo caso de mucha variedad.

¿Qué se puede considerar necesidad ordinaria de la vida diaria?

Depende de la persona, de sus requerimientos, de su experiencia, de su actividad, de su quehacer. La edad, educación, costumbres, labores (entre otros) deben tenerse en consideración. No hay una regla estricta, por el contrario está supeditado o subordinado a cada situación.

Lo que sí podríamos decir es que normalmente se trata de contratos consensuales. Sin duda, la voluntad es esencial para la génesis contractual en las relaciones jurídicas entre los menores y, es aquí donde debe considerarse que la formación de los contratos, en especial la oferta y la aceptación (planteamiento claro y preciso del profesor Marcelo Leal)⁽⁶¹⁸⁾, se está adecuando a la modernidad y a sus nuevos actores, exigiendo un tratamiento práctico - formativo en paralelo (Actores, Formación, Oferta, Aceptación). Ahora bien, puede tratarse de relaciones contractuales –en alguna medida– intrascendentes como de contratos más complejos. La idea es determinar la utilidad que representa. Desde ya las más diversas formas de contratación vinculan a los incapaces, veamos:

- Compraventa: golosinas, ropa, libros, juguetes.
- Arrendamiento: videos, bicicletas, espacios deportivos (canchas de fútbol).
- Permuta: figuritas de álbumes, juguetes.
- Mutuo: préstamo de dinero.
- Comodato: préstamo de bienes.
- Prestación de servicios: transporte.

El objeto debe estar referido a actividades inherentes a su desenvolvimiento como es la alimentación, salud, vestido, recreación, trabajo, deporte o educación (entre otros), es decir todo aquello que permita su desarrollo personal. No necesariamente

(617) BORDA, Alejandro: "La capacidad". En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 240.

(618) LEAL DE LIMA OLIVEIRA, Marcelo. "A Aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno". En: *Revista de direito privado*. N° 15, Ed. Revista dos Tribunais, julho-setembro, Sao Paulo, 2003, p. 243 y ss.

se trata de contratos pequeños, simples, domésticos o cotidianos sino que deben tener “significación personal y existencial” en el sujeto que lo realiza. En su tesis doctoral Couto e Silva nos dice que los actos de tipo existencial se refieren a las necesidades básicas del individuo tales como la alimentación, vestido, agua, etc. Nadie podrá pensar que son inválidos en la medida que se celebran dentro de modelos normales y adecuados. El número de actividades que se inserta en la esfera de lo necesario o existencial depende del uso y concepciones de cada pueblo, siempre, dentro de un mínimo común. Un niño de cuatro años puede comprar golosinas en un servicentro, uno de ocho podrá adquirir entradas para el cine y otro de quince podrá comprarse una bicicleta. Lo que sí no podría ser es que el primero pretenda ir con sus amigos al cine o que el segundo compre una bicicleta; el tercero sí podría realizar cualquiera de las dos actividades anteriores. Es cuestión de cada caso. Por la utilidad que representan estos contratos nadie puede dudar que sean válidos, salvo supuestos de explotación de la inexperiencia del menor⁽⁶¹⁹⁾.

El tema de la contratación del incapaz puede estar referido tanto a la contratación individual (con capacidad de negociación) como a la contratación en masa (sin capacidad de negociación) lo que es tratado claramente en el artículo 1396 en el que “la relación se genera de pleno derecho por el solo hecho del consumo del bien o la utilización del servicio por parte del consumidor”⁽⁶²⁰⁾. La naturaleza de este tipo de relaciones es que revisten el carácter de *involuntarios ilícitos* y que producen por asimilación, consecuencias análogas al contrato⁽⁶²¹⁾.

Bien menciona Gordillo⁽⁶²²⁾ que ese conjunto de actos ordinarios y menores –*atti minuti della vita quotidiana* como se diría en Italia– en los que el incapaz proyecta su esfera de actuación congrua (es decir mínima, necesaria), sin perjuicio suyo o ajeno y sin mediar contradicción de nadie, cuentan con todo el respaldo del Derecho. Lo contrario sería tanto como abocar el Derecho al terreno de lo irreal y de lo absurdo. Nadie podría sostener que el menor no pueda adquirir por sí mismo un mendrugo de pan o ejercitar modestas actividades retribuidas. Obviamente, por más discernimiento que tenga el incapaz jamás podrá celebrar contratos de disposición de su patrimonio. Estos actos jurídicos deberán ser realizados por sus representantes y, en caso especial, con autorización judicial.

(619) BORDA, Alejandro. “La capacidad”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 172 y 173.

(620) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XI, Primera Parte, Tomo III y Tomo III, PUCP-Fondo Editorial, Lima, 1998, pp. 174 y 175.

(621) GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 108.

(622) GORDILLO, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 214.

32.1.3. De lo ordinario a lo complejo. Reflexiones modernas

Frente al formulismo legal se presenta la teoría de la voluntariedad cuando media la salud del sujeto. Entonces no solo debe pensarse en contratos sencillos o de objeto simplista. Existe una corriente en el Derecho comparado referida a la *mayoría anticipada para el acto médico*, tratada brillantemente por Aida Kemelmajer de Carlucci. Se funda en que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad. Con esta lógica el acto médico requiere del paciente por un lado el ejercicio legítimo del derecho a contratar el tratamiento y, por otro, el consentimiento para la intrusión en el cuerpo⁽⁶²³⁾.

Esta teoría tiene su origen en el caso *Gillick* que crea una posición jurisprudencial orientada bajo la tesis siguiente: el menor es *Gillick competent* si alcanzó la aptitud suficiente para comprender y la inteligencia para manifestar su voluntad al tratamiento médico propuesto, si no es *Gillick competent*, o no tiene 16 años, el consentimiento será dado por sus padres o tutores. Entonces ya no se trata solo de la validez de contratos sencillos, sino que estamos hablando de la validez de contratos sobre el cuerpo de un incapaz, que tiene todo el derecho de manifestar su voluntad y decidir la ejecución del mismo.

El derecho comparado reconoce este derecho de los menores e incapaces. En Canadá la capacidad para decidir el acto médico se alcanza a los 14 años, igual consideración la establece el Código de Québec (art. 14). La jurisprudencia española ha determinado que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberían ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten (art. 154 del CC) y, tratándose de intervenciones quirúrgicas, se requiere su consentimiento.

32.1.4. Derecho comparado

La norma analizada no ha tenido un tratamiento extendido en el Derecho comparado. El Código alemán tiene reglas abiertas para la contratación del menor, considerando que si el menor no tiene limitada su capacidad para emprender negocios jurídicos, su propia aprobación ocupa el lugar de la ratificación del representante (art. 108, 3), asimismo el contrato con el menor será válido si lo realiza con las facultades correspondientes (art. 110). El Código de Quintana Roo (art. 533) no sanciona con nulidad los actos jurídicos realizados por el menor sujeto a patria potestad o a tutela, antes o después del nombramiento del tutor, cuando tenga experiencia en dichos actos. El Proyecto de Código argentino dice que a partir de los catorce (14) años el menor tiene capacidad para otorgar los actos o contratos concernientes al trabajo, y para estar en juicio relativo a él (art. 25, c).

(623) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "El derecho del menor a su propio cuerpo". En: *La persona humana*, Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 256 y ss.

32.1.5. Derecho del menor a acceder al sistema financiero y bancario

Siendo una cuenta bancaria un contrato deberían estar al acceso de la gran mayoría de personas, sobre todo de aquellas que la necesitan, con el fin de que puedan obtener máximo provecho. La minoría de edad no debe ser un obstáculo para la apertura y operatividad de cuentas bancarias siendo solo cuestión de encontrar la forma para lograr el correcto uso, sobre todo cuando hay un menor de por medio a fin de ajustarse a las exigencias legales y el legítimo interés del menor de edad.

El sistema financiero está conformado por el conjunto de instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones previamente autorizadas a operar como tales por la SBS - Superintendencia de Banca y Seguros y AFP. Tiene por finalidad determinar y regular el crecimiento y desarrollo económico de nuestro país, el que depende, principalmente, de la cantidad y la calidad de las inversiones que en él se realicen, además de fomentar niveles adecuados de ahorro, minimizar los costos de canalización de ahorro a la inversión, asegurar que el ahorro financie los mejores proyectos de inversión, permitir la reducción y la distribución eficiente del riesgo agregado en la economía y facilitar el intercambio y la especialización al disminuir los costos de transacción del comercio.

Sin embargo, en nuestro sistema jurídico no existe un desarrollo completo –a nivel regulatorio– respecto a la contratación de productos o servicios bancarios y/o financieros por menores de edad. Solo encontramos la mención de los menores de edad en el artículo 229 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros–Ley N° 26702 cuando se trata sobre el depósito de ahorros, norma esta que nos remite a las disposiciones civiles y a los artículos 109 y 110 del Código de los Niños y de los Adolescentes referidos a la necesidad de autorización judicial del administrador de los bienes del menor para poder gravar o enajenarlos.

Como se ha venido planteando, el acceso del menor a una cuenta bancaria y al sistema financiero en general facilita la disposición de fondos y permite concretar operaciones comerciales de una forma ágil y segura. Siendo posibles dichas operaciones bancarias o financieras mediante contratos, estas deberían estar al acceso de la gran mayoría de personas, sobre todo de aquellas que las necesitan, con el fin de que puedan obtener el máximo provecho de su perfeccionamiento.

Respecto a la obtención, movimiento y cancelación de cuentas bancarias la minoría de edad no debería seguir siendo un obstáculo. Es necesario encontrar la forma legal para lograr el correcto desarrollo de tales operaciones por parte de los menores. Tener en cuenta que el menor es un sujeto activo en el sistema económico y que es con base en ello necesario ajustar las exigencias legales en razón del legítimo interés del niño o adolescente. La finalidad que deben tener estas cuentas bancarias es formalizar la economía del menor. El dinero que recibe puede ahorrarlo y disponerlo, permitiendo la organización de su patrimonio tomando

en cuenta el artículo 87 de Constitución y el 130 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros cuando refieren que el Estado fomenta y garantiza el ahorro, la ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

32.1.5.1. Operaciones y servicios financieros que ofrecen las entidades bancarias y/o financieras

El artículo 221 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, indica taxativamente las operaciones y servicios que pueden realizar las empresas bancarias del Sistema Financiero.

Dentro de toda la gama de productos y servicios encontramos que la obtención, uso o disposición y cancelación de tarjetas de cuentas bancarias es el más requerido por el público. Así, la tarjeta de crédito es un instrumento de pago mediante el cual el titular de la tarjeta accede a una línea de crédito por un plazo determinado con la finalidad de poder adquirir bienes y servicios en los establecimientos afiliados o, en caso de permitirlo la empresa emisora, y de no haber renunciado el titular respectivo, hacer uso del servicio de disposición de efectivo u otros servicios conexos, dentro de los límites y condiciones pactados, obligándose a su vez, a pagar a la empresa que expide la tarjeta, el importe de los bienes y servicios que haya utilizado y demás cargos.

De otro lado, la tarjeta de débito es un medio de pago, vinculada a una cuenta corriente, cuenta de ahorro y/o cuenta CTS que permite al titular de la tarjeta retirar efectivo, así como pagar bienes y/o servicios en establecimientos afiliados y autorizados, debitándose el monto de lo adquirido de las cuentas vinculadas que tengan saldos disponibles. A este segundo tipo de tarjetas consideramos que un menor puede acceder con la finalidad que ahorrar para luego invertirlo en la satisfacción de sus necesidades, tomando en cuenta que el Estado promueve el ahorro.

Respecto de la apertura de una cuenta bancaria a nombre de un menor de edad amerita comentar la limitación legal referida a que la enajenación o disposición de sus bienes, cuando se trata de actos que exceden de los límites de la administración, solo podría realizarse con autorización judicial (arts. 447, CC y 109 y 110, CNA). La regulación en referencia no establece excepciones y es una norma de orden público. La disposición unilateral o sin autorización judicial podría traer contingencias en el sentido de pedirse la nulidad de los actos, en este caso especial de la disposición de los fondos bancarios. A pesar de que a primera vista esta eventualidad no parece relevante y, además, poca es la probabilidad que suceda en la medida que la nulidad no puede ser planteada por un tercero, ni por el juez de oficio, ni demandada por el Ministerio Público sino, única y exclusivamente, por el propio hijo, sus herederos o su representante legal tal como lo manda el

artículo 450 del Código del Civil. El problema se daría en el caso de que sus padres, en calidad de representantes, decidan demandar al banco siendo esta la razón por la que actualmente muchas entidades bancarias han optado por prestar el servicio de cuenta de ahorro a los menores pero siempre y cuando solo se aperture dicha cuenta de forma mancomunada con alguno de los padres.

32.1.5.2. Operaciones a las que puede acceder el menor de edad

De acuerdo a la realidad económica y al mercado actualmente es de necesidad que los menores de edad no solo puedan sino deban tener acceso a las operaciones bancarias, pudiendo manejar ordenada y adecuadamente su patrimonio.

De la diversidad de producto o servicios que puede prestar una entidad bancaria, conforme a lo previsto en el artículo 221 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros consideramos que, respecto de las siguientes, los menores de edad sí podrían acceder y contratar válidamente con la institución del sistema financiero respectiva:

Nº	PRODUCTO O SERVICIO	SÍ PUEDE	NO PUEDE
1	Recibir depósitos a la vista	X	
2	Recibir depósitos a plazo y de ahorros, así como en custodia	X	
3	a) Otorgar sobregiros o avances en cuentas corrientes, b) Otorgar créditos directos, con o sin garantía	X	
4	Descontar y conceder adelantos sobre letras de cambio, pagarés y otros documentos comprobatorios de deuda	X	
5	Conceder préstamos hipotecarios y prendarios; y, en relación con ellos, emitir títulos valores, instrumentos hipotecarios y prendarios, tanto en moneda nacional como extranjera		X
6	Otorgar avales, fianzas y otras garantías, inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero		X
7	Emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general canalizar operaciones de comercio exterior		X
8	Actuar en sindicación con otras empresas para otorgar créditos y garantías, bajo las responsabilidades que se contemplen en el convenio respectivo		X
9	Adquirir y negociar certificados de depósito emitidos por una empresa, instrumentos hipotecarios, <i>warrants</i> y letras de cambio provenientes de transacciones comerciales		X
10	Realizar operaciones de <i>factoring</i>		X
11	Realizar operaciones de crédito con empresas del país, así como efectuar depósitos en ellas		X
12	Realizar operaciones de crédito con bancos y financieras del exterior, así como efectuar depósitos en unos y otros		X

13	Comprar, conservar y vender acciones de bancos u otras instituciones del exterior que operen en la intermediación financiera o en el mercado de valores, o sean auxiliares de unas u otras, con el fin de otorgar alcance internacional a sus actividades. Tratándose de la compra de estas acciones, en un porcentaje superior al tres por ciento (3%) del patrimonio del receptor, se requiere de autorización previa de la Superintendencia		X
14	Emitir y colocar bonos, en moneda nacional o extranjera, incluidos los ordinarios, los convertibles, los de arrendamiento financiero, y los subordinados de diversos tipos y en diversas monedas, así como pagarés, certificados de depósito negociables o no negociables, y demás instrumentos representativos de obligaciones, siempre que sean de su propia emisión		X
15	Aceptar letras de cambio a plazo, originadas en transacciones comerciales		X
16	Efectuar operaciones con <i>commodities</i> y con productos financieros derivados, tales como <i>forwards</i> , futuros, <i>swaps</i> , opciones, derivados crediticios u otros instrumentos o contratos de derivados, conforme a las normas que emita la Superintendencia		X
17	Adquirir, conservar y vender valores representativos de capital que se negocien en algún mecanismo centralizado de negociación e instrumentos representativos de deuda privada, conforme a las normas que emita la Superintendencia		X
18	Adquirir, conservar y vender acciones de las sociedades que tengan por objeto brindar servicios complementarios o auxiliares, a las empresas y/o a sus subsidiarias		X
19	Adquirir, conservar y vender, en condición de partícipes, certificados de participación en los fondos mutuos y fondos de inversión		X
20	Comprar, conservar y vender títulos representativos de la deuda pública, interna y externa, así como obligaciones del Banco Central		X
21	Comprar, conservar y vender bonos y otros títulos emitidos por organismos multilaterales de crédito de los que el país sea miembro		X
22	Comprar, conservar y vender títulos de la deuda de los gobiernos, conforme a las normas que emita la Superintendencia		X
23	Operar en moneda extranjera	X	
24	Emitir certificados bancarios en moneda extranjera y efectuar cambios internacionales		X
25	Servir de agente financiero para la colocación y la inversión en el país de recursos externos		X
26	Celebrar contratos de compra o de venta de cartera		X
27	Realizar operaciones de financiamiento estructurado y participar en procesos de titulización, sujetándose a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores		X

28	Adquirir los bienes inmuebles, mobiliario y equipo		X
29	Efectuar cobros, pagos y transferencias de fondos, así como emitir giros contra sus propias oficinas y/o bancos corresponsales	X	
30	a) Emitir cheques de gerencia, b) Emitir órdenes de pago	X	
31	Emitir cheques de viajero	X	
32	Aceptar y cumplir las comisiones de confianza que se detalla en el artículo 275		X
33	Recibir valores, documentos y objetos en custodia, así como dar en alquiler cajas de seguridad	X	
34	Expedir y administrar tarjetas de crédito y de débito	X	
35	Realizar operaciones de arrendamiento financiero		X
36	Promover operaciones de comercio exterior, así como prestar asesoría integral en esa materia	X	
37	Suscribir transitoriamente primeras emisiones de valores con garantías parcial o total de su colocación		X
38	Prestar servicios de asesoría financiera sin que ello implique manejo de dinero de sus clientes o de portafolios de inversiones por cuenta de estos	X	
39	Actuar como fiduciarios en fideicomisos		X
40	Comprar, mantener y vender oro		X
41	Otorgar créditos pignoratícios con alhajas u otros objetos de oro y plata		X
42	Actuar como originadores en procesos de titulización mediante la transferencia de bienes muebles, inmuebles, créditos y/o dinero, estando facultadas a constituir sociedades de propósito especial		X
43	Todas las demás operaciones y servicios, siempre que cumplan con los requisitos establecidos por la Superintendencia mediante normas de carácter general, con opinión previa del Banco Central. Para el efecto, la empresa comunicará a la Superintendencia las características del nuevo instrumento, producto o servicio financiero. La Superintendencia emitirá su pronunciamiento dentro de los treinta (30) días de presentada la solicitud por la empresa		X

Como lo demuestra el cuadro precedente, la mayoría de las operaciones seleccionadas se encuentran relacionadas con la obtención y movimiento de cuentas de ahorro o tarjetas de débito.

Estas cuentas bancarias son especiales y deben estar destinadas exclusivamente para el depósito y retiro del dinero que recibe el menor de sus padres o de terceros en calidad de propinas o pequeñas recompensas, es decir de dinero de inmediata circulación. Un punto a tener en cuenta es que las entidades bancarias deben considerar que la apertura y disposición de los fondos dependerán de ciertos límites a efectos de evitar abusos o excesos.

Consideramos que la disposición del dinero en estas cuentas bancarias especiales está justificada al tratarse de actos ordinarios de la economía del menor y que, en mérito a la facultad de administración de los padres respecto de los bienes de sus hijos, artículo 423, inciso 7 del Código Civil, también podrían realizar transacciones bancarias con el dinero que en las cuentas existe, tomando como premisa que se trata de dinero que será utilizado para satisfacer las necesidades personales, directas e inmediatas, del menor de edad.

32.1.5.3. Conclusiones finales

Consideramos que a pesar de que no haya un desarrollo completo y expreso por parte de las disposiciones emitidas por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP - SBS, respecto a la contratación con menores, debemos recurrir a las disposiciones civiles en materia de contratación y a las especiales referidas al trato de menores de edad, Código de los Niños y Adolescentes, sin olvidar que la norma fundante, la Constitución Política del Estado, tiene como uno de sus deberes la promoción del ahorro, regulación que interpretada de manera conjunta no prohíbe y, por el contrario, permite e incentiva el acceso de los menores al sistema financiero de cierto modo restringido por su capacidad limitada o restringida en materia civil.

Las entidades financieras y bancarias deben implementar sus sistemas de acceso de manera tal que los menores puedan conjuntamente con sus padres o solos, aperturar, mover o cancelar además de los otros usos, apuntados en el cuadro del punto anterior, todo tipo de cuentas bancarias.

Finalmente, así como los padres pueden disponer libremente de los bienes de sus hijos, en mérito de su facultad de administración (art. 423, inc. 7 del Código), también podrían realizar transacciones bancarias con el dinero que en las cuentas existe, tomando como premisa que se trata de dinero que será utilizado para satisfacer las necesidades personales, directas e inmediatas, del menor de edad.

33. Representación y matrimonio

El artículo 285 de nuestro anterior Código Civil de 1852 autorizaba al padre el ejercicio de la patria potestad cuando los hijos eran legítimos, legitimados, naturales, reconocidos y adoptivos, y solo en su carencia a la madre. El texto original en esta materia contenido en nuestro vigente Código Civil fue una reproducción del artículo 391 del ahora derogado Código Civil de 1936, con la salvedad que este último planteaba que, en caso de disentimiento, prevalecerá la opinión del padre, puesto que él era considerado representante legal del hijo y administrador de sus bienes.

Actualmente, nuestro Código Civil prescribe: “La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo” (art. 419). El supuesto de la norma analizada, que es el principio de ejercicio conjunto de la patria potestad⁽⁶²⁴⁾, solo es aplicable a los hijos matrimoniales cuyos padres tengan vigente el vínculo matrimonial, situación en la que ambos ejercerán conjunta y simultáneamente su autoridad paternal, no siendo necesario que compartan el mismo hogar; en caso no exista acuerdo entre los cónyuges en el ejercicio de la patria potestad, la ley faculta al juez para que resuelva tal discrepancia.

En razón del interés superior del niño⁽⁶²⁵⁾ y por ser la patria potestad una relación jurídica de protección para el menor, es que proponemos que, en una reforma del Libro de Familia de nuestro Código Civil, se aclare que el ejercicio de la patria potestad es pleno y amplio, por lo que le corresponde a los padres de manera general (independientemente de que estén casados o no), lo cual consagraría el principio de igualdad ya reconocido a nivel constitucional (art. 2 inc. 2 Carta Política del Estado) y legal (art. 4 CC).

Asimismo, es de necesidad asumir una posición legal en el sentido que en los actos realizados por uno de los padres debe presumirse el consentimiento del otro, salvo i) en aquellos casos en que se requiere expresa autorización judicial, ii) cuando los actos deban ser realizados conjuntamente por ambos padres o iii) si existe disentimiento entre los padres. En dichos supuestos resolverá el Juez de Familia, conforme al Código de los Niños y Adolescentes.

34. Representación sin matrimonio o con separación de los padres

El Código prescribe: “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio” (art. 420). Esta norma es aplicable expresamente a los casos de decaimiento, invalidez o disolución del matrimonio, procediéndose a restringir la patria potestad; sin embargo, creemos que el supuesto de la norma debiera ser, en realidad, más amplio para que la patria potestad sea ejercida exclusivamente por uno de los padres cuando el otro se halle impedido de hecho para ejercerla o ha sido privado

(624) CCS998.95: “Cuando la patria potestad corresponde de consuno a los dos padres, la representación legal del hijo corresponde a ambos; tal argumento es válido únicamente cuando estos se encuentren unidos por el vínculo matrimonial, no cuando este está disuelto” (sic). En: *Revista de Derecho Civil*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, enero-noviembre 1995, N° 1, pp. 43-49.

(625) Melhor interesse da criança (Brasil), The best interest of the child (Common Law) o Kindeswohl (Alemania).

(total o parcialmente) de su ejercicio por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a dicha patria potestad.

Cabe mencionar que el artículo citado no regula expresamente el caso de la separación de hecho de los padres, en la que si bien existe un ejercicio conjunto de la patria potestad, la tenencia (estadía o permanencia) del hijo debe ser con uno de los padres, la cual se determinará de común acuerdo o, en caso contrario, por el juez. Este vacío deberá ser corregido en una futura reforma legislativa.

V. RESPONSABILIDAD

35. Responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos

Si bien es cierto que los padres son responsables por los actos de sus hijos, esta responsabilidad no es absoluta o plena, puesto que los hijos, incluso menores de edad, asumen las consecuencias de sus actos cuando la legislación así lo determina.

En el caso de la responsabilidad de los padres, esta es *in vigilando*, por lo que los padres están obligados a indemnizar a terceros por los actos realizados por sus hijos⁽⁶²⁶⁾. Considérese lo siguiente:

- a) Si el hijo convive con los padres, siendo ambos los que ejercen la patria potestad, son responsables solidarios el padre y la madre.
- b) En caso de que los padres no convivan, la responsabilidad será del padre que ejerce la patria potestad. No obstante, el otro responderá por los actos cometidos por el hijo en el tiempo en que estuviere a su cuidado.
- c) La responsabilidad de los padres se deriva a un tercero cuando el hijo es puesto en un establecimiento que ejerza la guarda del mismo (por ejemplo: el colegio), siempre que los actos se realicen estando bajo dicho control.

Sin embargo, existe la responsabilidad del hijo de responder por sus actos ilícitos (art. 458).

Baroffio y García Santas presentan una síntesis de la responsabilidad de los padres frente a los actos de los hijos y dicen que en principio los padres solo

(626) En febrero de 2002, en Francia, la Cour de Cassation declaró que la responsabilidad que establece el artículo 1384 del Code para los padres por los hechos dañosos causados por los hijos menores que con ellos conviven es una responsabilidad de carácter objetivo. Para la exigencia de responsabilidad de los padres es suficiente que el daño que invoca la víctima haya sido directamente causado por el hijo menor, no exigiéndose siquiera culpa de este en su comisión; tan solo la fuerza mayor o la culpa de la víctima puede exonerar a los padres de esta responsabilidad. Vide “La responsabilidad de los padres por hechos de sus hijos es una responsabilidad objetiva”. Web site: <www.codigo-civil.net>, 05/02/2003.

responden por sus hijos menores que se hallen bajo su patria potestad; es requisito ineludible para el nacimiento de esta responsabilidad, que los hijos menores habiten con ellos; no es necesario que se trate de un acto ilícito, basta con la comisión de un daño a un tercero; la responsabilidad en estos casos es subjetiva por la “culpa” de los padres al infringir los deberes emergentes de la patria potestad que ejercen; esta responsabilidad es indirecta, aunque supone una culpa de los padres al infringir los deberes emergentes de la patria potestad que ejercen; esta responsabilidad es indirecta, aunque supone una culpa del padre, en ocasiones es personal –cuando el menor es menor de 10 diez años– y cuando el menor es mayor de 10 años es refleja o subsidiaria; en principio ambos padres son solidariamente responsables; las causales de eximencia de los padres comprenden: la falta de culpa en la “vigilancia activa”, la transferencia de la guarda, el caso del hijo trabajador⁽⁶²⁷⁾.

En su tratado de daños familiares la profesora argentina Graciela Medina⁽⁶²⁸⁾ concluye de una manera muy práctica y esquemática respecto de la responsabilidad de los padres con las siguientes ideas (presentadas aquí resumidas) que en principio los padres responden por sus hijos menores que se hallen bajo su patria potestad, siendo requisito indispensable para el nacimiento de esta responsabilidad que los hijos mayores habiten con ellos; no es necesario que se trate de un acto ilícito, basta con la comisión de un daño a un tercero; la responsabilidad en estos casos es subjetiva por “culpa” de los padres al infringir los deberes emergentes de la patria potestad; se trata de una responsabilidad indirecta, aunque supone una culpa del padre, y presuntiva de manera que para desvirtuarla el padre debe probar acabadamente su ausencia de culpa; en principio, ambos padres son solidariamente responsables.

VI. ADMINISTRACIÓN

36. Administración del patrimonio

La minoría de edad no implica que el menor no pueda ser titular de derechos y de obligaciones. Su propia situación de ser humano lo califica como un sujeto de derecho por lo que puede ser agente activo o pasivo de relaciones patrimoniales. Puede comprar, vender y/o arrendar bienes, así como obligarse frente a terceros, pero ello no lo realiza per se, sino a través de sus padres, quienes administran sus bienes protegiendo sus intereses patrimoniales. Esta parte de la potestad de los padres de ser administradores legales de los bienes de sus hijos menores implica un desempeño real y eficiente, por lo que “se establece una obligación de

(627) BAROFFIO, Natalia y GARCÍA SANTAS, Carlos. “Responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos”. En: *Revista de derecho de daños, Daños en las relaciones de familia*. Rubinzal-Culzoni Editores, 2001-2, pp. 282 y 283.

(628) MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 241 y 242.

diligencia en el desempeño de la función, que en este caso entraña un canon de diligencia subjetiva (*quam in suis*): administrarán con la misma diligencia que utilizan para administrar sus propios bienes”⁽⁶²⁹⁾, conforme lo detalla el artículo 164 del Código civil español y el artículo 1664 - 1 del Código alemán.

La clasificación de los actos de administración patrimonial se ha dado en tres categorías: i) Actos conservatorios o de conservación, ii) Actos de administración, de simple administración o administración ordinaria y, iii) Actos de disposición, actos que exceden la simple administración o actos de administración extraordinaria. En cuanto a los actos de simple administración y los actos que exceden de ella, nos explica Aguilar Gorrondona⁽⁶³⁰⁾, que estas dos categorías de actos no pueden ser definidas aisladamente y para distinguirlos deben tomarse en cuenta los siguientes criterios:

- Criterio de la naturaleza jurídica objetiva del acto. Basta examinar la naturaleza jurídica que tiene el acto para determinar si son de simple administración o si exceden de la simple administración. Quienes comparten esta teoría clasifican los actos de simple administración en tres categorías: 1) las enajenaciones (donaciones, ventas, permutas), 2) las renuncias (de herencias, legados) y 3) las disposiciones propiamente dichas (hipoteca, fianza, prendas).
- Criterios económicos. Estos criterios se sustentan en: 1) El criterio económico más rudimentario, consiste en calificar de actos de simple administración aquellos que solo afectan o pueden afectar la renta, y los actos de disposición a los que afectan o pueden afectar el capital. 2) El criterio económico usual, son actos de simple administración aquellos que sin ser conservatorios tienden a la conservación o mejoramiento del patrimonio, mientras que los actos que exceden de la simple administración son aquellos que comprometen la existencia del patrimonio.
- Criterio de la consideración de la institución. La calificación del acto de simple administración o de disposición depende también de la institución que se considera (ejemplo un acto realizado por el padre o la madre que constituye uno de simple administración podría constituir un acto de disposición si lo realiza el tutor).

El patrimonio de los hijos, también llamado *peculio* se clasifica así⁽⁶³¹⁾:

(629) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 294.

(630) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Personas. Derecho Civil I*. 15ª edición revisada y puesta al día, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp. 283-285.

(631) NAYMARK, M. S. y CAÑADAS, F. Adan. *Diccionario Jurídico Fórum*. Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1948, p. 108.

CLASE	CONCEPTO
Peculio profecticio	Son los bienes adquiridos por el hijo por intermedio de los bienes del padre o por haber sido dados por este.
Peculio adventicio	Son los bienes adquiridos por el hijo mediante su trabajo, herencia o donación.
Peculio castrense	Son los bienes adquiridos por el hijo por el ejercicio de las armas.
Peculio cuasi castrense	Son los bienes adquiridos por el hijo a través del ejercicio de las ciencias, empleos públicos o dignidad eclesiástica.

En el orden económico, la patria potestad presenta tres aspectos esenciales: i) la administración, ii) el usufructo y iii) la disposición sobre el patrimonio de los hijos.

37. Administración propiamente dicha

Los padres deben actuar como mandatarios generales, a efectos de cautelar efectivamente el patrimonio de sus hijos. Le corresponde la administración al padre que se encuentre en ejercicio de la patria potestad, a pesar de que los actos conservatorios pueden ser realizados indistintamente por cualquiera de los progenitores. El *Code* indica que el que la administración legal se ejercerá conjuntamente por el padre y la madre, cuando ejerza en conjunto la patria potestad, salvo la decisión judicial (art. 383). Pero tengamos presente que esta facultad se desarrolla dentro de los siguientes parámetros:

- Los padres ejercen un mandato de representación legal.
- Deben practicarse actos de administración y conservación.
- Se prohíben los actos de disposición, salvo autorización judicial.
- Los bienes muebles tienen un estatuto legal distinto a los inmuebles.
- Existen actos que deben ser autorizados por el juez.

De esta manera tenemos que los padres están limitados en su actuar, por lo que es imprescindible considerar que existen: i) actos prohibidos a los padres, ii) actos para los que requieren autorización y iii) actos que se pueden ejecutar libremente.

Son actos prohibidos a los padres:

- Contratar con el hijo.
- Celebrar convenios con sus hijos menores de edad (art. 429).
- Enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración (art. 447).

d) Constitución de derechos reales sobre inmuebles (art. 448).

De por sí entendemos que la ejecución de estos actos están sancionados con nulidad y no producen efecto legal alguno.

Por otro lado, si bien los padres están prohibidos de realizar determinados actos patrimoniales con los bienes de sus hijos, la legislación permite su ejecución previa autorización judicial (art. 448), cuando se demuestre la necesidad y utilidad del acto a celebrarse. Estos casos son los siguientes:

- a) Disponer de sus bienes, refiriéndose a actos que implican disminución o aumento del patrimonio, tales como compraventa o gravámenes.
- b) Arrendar sus bienes por más de tres (3) años.
- c) Hacer partición extrajudicial.
- d) Transigir o estipular sometimiento a arbitraje.
- e) Renunciar a herencias, legados o donaciones.
- f) Celebrar contratos de sociedad o continuar en la establecida.
- g) Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.
- h) Dar o tomar dinero en préstamo.
- i) Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.
- j) Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.
- k) Convenir en la demanda.

Por último, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el asentimiento del otro; en su defecto, este puede oponerse. Así, los actos que pueden ejecutarse libremente son:

- a) Administración general, pudiendo los padres realizar todo acto de administración y de conservación a efectos de preservar el patrimonio y hacer producir beneficios. Los casos más comunes dentro de la administración general son: efectuar gastos de conservación, contratar seguro, pagar tributos, percibir alquileres, tomar y despedir personal.
- b) Actos de conservación, esto es, aquellos actos urgentes o ineludibles para mantener la integridad de los bienes que conforman el patrimonio.
- c) Representación en juicio.

El sustento radica en que serán válidos los actos que efectúe uno de los padres conforme a la costumbre y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (art. 320 del Código de Familia panameño)⁽⁶³²⁾.

La administración concluye:

- a) Por concluir la patria potestad.
- b) Por pérdida de la patria potestad.
- c) Por decisión del consejo de familia cuando el padre o madre contraiga nuevo matrimonio (arts. 433 y 434).
- d) Por declaración de quiebra (art. 443).
- e) Cuando el padre o madre contrae matrimonio sin solicitar la decisión del consejo de familia antes indicada (art. 444).
- f) Cuando se entrega la administración a un curador (art. 435 incs. 1 y 2).
- g) Por mala administración (art. 446).
- h) Por quiebra (art. 443).

Finalmente, es de señalar que la administración de los bienes de los hijos es un deber de los padres quienes no pueden renunciar sin expresión de causa. Pero nada impide que los padres puedan perder la administración de los bienes cuando ella es ruinosa o se muestra una ineptitud (Proyecto de Código Civil argentino considera, art. 594. Remoción, Código Civil de Nicaragua, art. 256). Los padres pierden la administración de los bienes de sus hijos cuando ella sea ruinosa al haber de estos, o se pruebe su ineptitud para administrarlos. Removido uno de los progenitores de la administración, esta corresponde al otro; si ambos son removidos, el juez la debe encargar a un tutor especial).

(632) Además, la jurisprudencia brasilera ha señalado: “O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do menor. Não podem, assim, praticar atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados no artigo 386 do CC, mediante as formalidades legais exigidas. A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos. O Ministério Público atua para proteger interesses indisponíveis. No rol destes estão os relacionados à patria potestas. É de interesse do Estado assegurar a proteção da relação que envolve pais e filhos. Neste diapasão, quaisquer questões relativas aos direitos de ordem patrimonial dos filhos, assim como aqueles que concernem ao usufruto e administração pelos pais sobre seus bens, transcendem a órbita do direito privado e justificam a atuação do Ministério Público na causa concernente, com arrimo artigo 82, inciso II, do CPC. Com vistas a impedir atos fraudulentos ou propiciar perdas desvantajosas para o menor, competirá ao Ministério Público, nestes casos, coadjuvar seu representante na defesa dos interesses que estão afetos ao incapaz, bem como fiscalizar os negócios por ele praticados que impliquem vedada disposição de bens. Tal participação é obrigatória, sob pena de nulidade”. En: Consultor jurídico, diciembre de 2002.

37.1. Garantía

La labor patrimonial es la que genera mayor responsabilidad para los padres.

La regla es que no presten garantía, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia lo determine. En estos casos los padres prestarán garantía respecto de su administración a fin de asegurar el importe de los bienes muebles, las rentas que durante un año rindieron los bienes y las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor (art. 426).

37.2. Rendir cuentas

Las cuentas deben rendirse al terminar la administración. Durante la misma no existe obligación al respecto, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia lo determine (art. 427).

38. Usufructo

Dice Eduardo Zannoni que: “el Derecho moderno reputa que la función paterna es *lucrativa* y, por consiguiente, se atribuye al padre (o, en su caso, a la madre) el disfrute de los bienes de los hijos que están sometidos a su administración *ministerio legis*”⁽⁶³³⁾. Por su parte, dice Augusto Belluscio que el usufructo “es el derecho que tienen los padres de usar y gozar de los bienes de sus hijos sujetos a patria potestad y de percibir sus rentas y frutos sin obligación de rendir cuentas, pero con cargo a invertirlos en primer lugar en el cumplimiento de los deberes legales que le son inherentes”⁽⁶³⁴⁾.

Este derecho sobre los bienes del hijo se denomina “el derecho de goce legal”⁽⁶³⁵⁾, de tal manera que los padres (usufructuarios legales) tienen el derecho de percibir las rentas de los bienes de sus hijos (nudos propietarios).

Aquí se pregunta Guillermo Borda cuál es el fundamento de este derecho, reconocido ya en Grecia y Roma, y generalizado hoy en día por la legislación comparada. Y él mismo se responde explicando que es una justa compensación de los desvelos y cuidados del padre, así como un resarcimiento de los gastos que irroga la educación del menor⁽⁶³⁶⁾.

El fundamento del usufructo en el Derecho de Familia está basado en dos criterios: i) en que los padres deben resarcirse de los gastos de educación y mantenimiento de los hijos y ii) en que, basándose en la solidaridad familiar, los hijos deben contribuir con las ganancias de sus bienes al mantenimiento del hogar. La administración de los ingresos y patrimonio de los hijos permite al padre mejorar

(633) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 790.

(634) BELLUSCIO, Augusto. Ob. cit., p. 319.

(635) MAZEAUD. Ob. cit., p. 100 y ss.

(636) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 337.

la situación integral de la familia; en otras palabras, los bienes del hijo enriquecen a la familia permitiéndole un bienestar general. Asimismo, el usufructo se presenta como una institución *igualitaria* y tiene la ventaja de legalizar una situación de hecho: la ausencia de rendición de cuentas por parte de los padres⁽⁶³⁷⁾.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el usufructo como tal es una típica institución de los Derechos Reales, pues tiene como fin el uso y disfrute de un bien ajeno.

Tratándose del usufructo sobre los bienes de los hijos, algunos autores refieren que se trata de un usufructo legal, es decir, una figura típica de los Derechos Reales aplicada por ley a las instituciones del Derecho de Familia. Sin embargo, considerando los fines de la familia, determinamos que en nuestro ordenamiento legal este tipo de usufructo tiene una naturaleza jurídica mixta porque constituye un usufructo especial que se rige por las normas tanto del Derecho de Familia, como de los Derechos Reales, según sea el caso (art. 423 inc. 8 del C y art. 74 incs. h, e y i del Código de los Niños y Adolescentes, ambos peruanos). Indiscutiblemente, se trata de un usufructo de naturaleza especial.

El usufructo legal de los padres es propio de la patria potestad y su administración corresponde al ejercicio de la misma. Como institución legal cuenta con las siguientes características:

CARACTERÍSTICA	FUNDAMENTO
Universal	Abarca todos los bienes de los hijos, con algunas excepciones legales (art. 436).
Legal	Se establece por las disposiciones del Código Civil, según las reglas generales del Derecho de Familia y, de manera especial, por las normas de los Derechos Reales.
Temporal	Su duración no puede exceder del ejercicio de la patria potestad.
Personal	Corresponde exclusivamente al padre o la madre que ejerce la patria potestad.
Intransferible	No es enajenable, ni gravable; solo se puede renunciar a él (art. 440). El Derecho comparado indica que este criterio obedece a que, de por medio, se encuentra el interés de la familia y no solo del padre ⁽⁶³⁸⁾ .

Ahora bien, la regla general es que los padres tienen el usufructo legal de todos los bienes de los hijos; sin embargo, atendiendo a la doctrina y la legislación (art. 436), están exceptuados del usufructo legal los siguientes bienes:

(637) MAZEAUD. Ob. cit., p. 101.

(638) BELLUSCIO. Ob. cit., p. 320.

- a) Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres.
- b) Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos para que sus frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado.
- c) La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido estos desheredados.
- d) Los bienes de los hijos que les sean entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria.
- e) Los que los hijos adquieran por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres.
- f) Las sumas depositadas por terceros en cuentas de ahorros a nombre de los hijos.

Por otro lado, las cargas del usufructo legal son (art. 437):

- a) Las obligaciones que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de prestar garantía.
- b) Los gastos de los hijos por concepto de alimentos (art. 472).

El usufructo legal puede embargarse por hechos o por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones alimentarias (art. 439). Interesante es el postulado del Código Civil italiano cuando se refiere sobre la inalienabilidad del usufructo legal: “el usufructo legal no puede ser objeto de enajenación, de prenda o hipoteca, ni ejecución por parte de acreedores” (art. 326), sobre este punto Fassi y Petriella⁽⁶³⁹⁾ dicen que por la situación el usufructo es un derecho que forma parte la patria potestad, nace y se extingue con ella, no pudiendo ser separado.

Finalmente, cabe mencionar que el usufructo cesa por extinción de la patria potestad; ello ocurre normalmente cuando el hijo alcanza la mayoría de edad y, dentro de los casos especiales, tenemos:

- a) Por mala administración de los bienes de los hijos (art. 446).
- b) Por nuevo matrimonio sin previa consulta al juez (art. 444).
- c) Por quiebra del progenitor que ejerce la patria potestad (art. 443).

(639) FASSI, Santiago y PETRIELLA, Dionisio. *Código Civil italiano*. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1960, p. 189.

- d) El viudo(a), divorciado(a) o quien su matrimonio haya sido invalidado, así como quien tiene la patria potestad de un hijo extramatrimonial y se casa sin inventariar los bienes que administra de sus hijos (art. 243).

En el sistema español, antes de la reforma de 1981, existía el usufructo del titular de la patria potestad sobre los bienes integrantes del patrimonio de los hijos sometidos a ella y, como refiere Díez-Picazo y Gullón⁽⁶⁴⁰⁾, “su justificación nunca había sido clara, aunque verosímelmente se fundaba en la idea de ‘frutos para alimentos’ es decir, como compensación a la obligación de alimentarlos que pesaba sobre aquel titular”, actualmente el Código Civil español ha suprimido el usufructo legal “por lo que los frutos y rentas le corresponden siempre a los hijos”, mediante el siguiente tratamiento “artículo 165. Pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones. Con este fin se entregarán a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que ellos no administren. Se exceptúan los frutos de los bienes a que se refieren los números 1 y 2 del artículo anterior y los de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera, pero si los padres carecieren de medios podrán pedir al juez que se les entregue la parte que en equidad proceda”.

39. Enajenación y gravamen

El hecho de que los padres tengan la facultad de administrar los bienes de sus hijos no implica que puedan disponer de ellos. La administración tiene límites e implica, esencialmente, la capacidad y la atribución para cautelar efectivamente el patrimonio. Respecto de los bienes de sus hijos los padres no pueden (art. 447):

- Enajenarlos, ni
- Gravarlos

Tampoco pueden contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración.

Para ello necesitan autorización judicial dictada en proceso previo en el que haya comprobado las causas justificadas de necesidad o utilidad. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo.

(640) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 295.

El término enajenar (Del lat. *in, en, y alienāre*) significa: 1. tr. Pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello⁽⁶⁴¹⁾. Siguiendo la lógica de análisis del artículo 315 diremos que el término *enajenar* es omni-comprendivo. No se limita solo a la venta sino a más.

Sin que la enumeración sea restrictiva sino meramente enunciativa podemos decir que por como acto de enajenación se entiende:

- Aporte,
- Venta,
- Donación,
- Permuta,
- Adjudicación, y;

En general, queda claro que será enajenación cualquier acto que importe transferencia de bienes o derechos, así como también el:

- Usufructo,
- Superficie,
- Servidumbre, y;

Así como cualquier otro acto de naturaleza patrimonial que importe restricción a la titularidad de un bien o derecho.

Con el término gravamen no tenemos mayor problema, pues implica dar en garantía (hipoteca, prenda, anticresis).

En este sentido, no puede disponerse de los bienes de los hijos (es decir, enajenar o gravar) ni contraer obligaciones que excedan de sus facultades, salvo motivos justificados debidamente autorizados por el juez (art. 447). Se trata de una regla genérica, esto es que incluye a todos los bienes de los hijos, sin excepción. En algunas legislaciones, como el caso de Puerto Rico (art. 159 del CC) la limitación de disposición está referida al monto de los bienes del hijo (por ejemplo: US\$ 2,000.00), situación que parece positiva de acuerdo al tráfico comercial de los bienes, pero es negativo porque puede darse el caso de que sean muchos los bienes con dicho valor o ser el único que tenga. En España se indica (art. 166 del Código) que los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y

(641) *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición.

previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Por su parte establece que no será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Actos de disposición especial

Asimismo, se requiere autorización judicial para actos que, sin llegar a ser de disposición, implican actos de efectos *cuasi* determinantes para el patrimonio, como son (art. 448):

- a) Arrendar bienes por más de tres (3) años.
- b) Realizar partición extrajudicial de bienes.
- c) Transigir o someter a arbitraje.
- d) Renunciar a herencias, legados o donaciones, así como aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.
- e) Celebrar contratos de sociedad.
- f) Liquidar empresas.
- g) Dar o tomar dinero en préstamo.
- h) Convenir en la demanda.

La infracción en estos actos implica la nulidad de los mismos (art. 450).

Por sus semejanzas, y reciente utilidad práctica, el arrendamiento, superficie y usufructo (Ver Anexo 1) requieren un especial cuidado y cautela en su ejecución, así como en la autorización que dicte el juez.

39.1. Disposición de fondos de cuentas bancarias de menores de edad

Como hemos referido, respecto de la apertura de una cuenta bancaria a nombre de un menor de edad amerita comentar la limitación legal referida a que la enajenación o disposición de sus bienes, cuando se trata de actos que exceden de los límites de la administración, solo podría realizarse con autorización judicial (arts. 447, CC y 109 y 110 del Código de los Niños y Adolescentes). La regulación en referencia no establece excepciones y es una norma de orden público. La disposición unilateral o sin autorización judicial podría traer contingencias en el sentido de pedirse la nulidad de los actos, en este caso especial de la disposición de los fondos bancarios (art. 450). El problema se daría en el caso de que sus padres, en calidad de representantes, decidan demandar al banco siendo esta la razón por la que actualmente muchas entidades bancarias han optado por prestar el servicio

de cuenta de ahorro a los menores pero siempre y cuando solo se aperture dicha cuenta de forma mancomunada con alguno de los padres.

Las cuentas bancarias de los menores de edad son cuentas especiales y deben estar destinadas exclusivamente para el depósito y retiro del dinero que recibe el menor de sus padres o de terceros en calidad de propinas o pequeñas recompensas, es decir de dinero de inmediata circulación. Un punto a tener en cuenta es que las entidades bancarias deben considerar que la apertura y disposición de los fondos dependerán de ciertos límites a efectos de evitar abusos o excesos.

Consideramos que la disposición del dinero en estas cuentas bancarias especiales está justificada al tratarse de actos ordinarios de la economía del menor y que, en mérito a la facultad de administración de los padres respecto de los bienes de sus hijos, artículo 423, inciso 7 del Código Civil, también podrían realizar transacciones bancarias con el dinero que en las cuentas existe, tomando como premisa que se trata de dinero que será utilizado para satisfacer las necesidades personales, directas e inmediatas, del menor de edad.

VII. DECADENCIA Y TERMINACIÓN

40. Generalidades

Dice Mazeaud⁽⁶⁴²⁾ que la función esencial y natural de la familia es proteger al hijo, pero sucede que algunos padres abusan de su autoridad o la descuidan, por lo que resulta necesario organizar la protección del menor fuera de su familia y hasta contra su familia. Indica, además, que el éxodo de los campos, la concentración de la población en las ciudades industriales, la extrema miseria de la clase obrera y los abusos contra los niños se multiplicaron de allí que la institución de la privación de ampliara y robusteciera. Por eso, la jurisprudencia francesa se esforzó por establecer un control de la patria potestad. Los tribunales no podían retirarla, puesto que era impuesta por ley; entonces se determinó por la privación de ciertos atributos de la patria potestad. Sustentando el contenido de la institución de la suspensión y destitución de la patria potestad Sílvio Rodrigues⁽⁶⁴³⁾ nos enseña que dentro de la vida familiar el cuidado, la crianza y la educación de la prole se presenta como una cuestión relevante por que los niños de hoy son los hombres del mañana, las generaciones futuras en las que se asienta la esperanza y el porvenir. De allí la razón por la que el Estado moderno se siente legitimado para entrar en el receso de la familia a fin de defender a los menores que en ella viven. Una

(642) MAZEAUD. Ob. cit., pp. 110 y 111.

(643) El Código peca gravemente a más de preocuparse en reiterar la expresión de la palabra "patrio" relacionada impropiaemente con el padre (cuando recientemente ya fue atribuido y que no es exclusividad del genitor), antes de poder se presenta como una obligación de los padres y no de la familia. Cfr. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 411.

de las maneras por las cuales esa interferencia se manifiesta es la fiscalización de la patria poder, con la finalidad de evitar que su ejercicio sea nocivo a los hijos.

La decadencia de la patria potestad implica la restricción de determinadas atribuciones a los padres por actos inadecuados contra el menor. Por su parte, la terminación puede ser parcial o total; la primera implica una grave falta del padre por lo que se restringe su ejercicio, mientras que la segunda supone la desaparición de los elementos que la hicieron necesaria.

41. Restricciones

El Código Civil refiere varias formas para restringir el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, esto no libera a los padres de sus deberes como tales (art. 470), siempre que los mismos sean compatibles con las causas que hayan conducido a tal situación. Como afirma Cornejo Chávez diversas circunstancias pueden determinar el recortamiento de las atribuciones de la patria potestad, de manera tal que a los padres se les quita atribuciones respecto de sus hijos⁽⁶⁴⁴⁾. Los tipos de restricciones de acuerdo a sus efectos y consecuencias son los siguientes:

41.1. Pérdida

Son actos de *extrema gravedad* cometidos por los padres. Es anormal y culposa produciendo un corte prematuro en la patria potestad por causas imputables generalmente a quienes la ejercen.

A decir de Luis Fernández Clérigo, las causas de pérdida de la patria potestad se dividen en cuatro grupos⁽⁶⁴⁵⁾:

CAUSA	FUNDAMENTO
Delictivas	Quien ejerce la patria potestad incurre en un delito que lo incapacita para ejercerla (condena a pena que la produzca) ⁽⁶⁴⁶⁾ .
Culposas	Actos que implican un incumplimiento de los deberes como padre (abandono del menor).
Causales no culposas	Situación de orden especial que implica una incapacidad para el ejercicio (verbigracia: segundas nupcias o demencia).
Legales o de pleno derecho	Aquellos casos de extrema gravedad reconocidos expresamente por la ley (corrupción, prostitución).

(644) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pp. 208 y 209.

(645) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., pp. 328 y 329.

(646) “El Tribunal Supremo ha echado abajo la pretensión de una madre de privar a su exmarido de la patria potestad sobre el hijo de ambos, alegando que el hombre está en la cárcel, en concreto por un robo con homicidio. La Sala de lo Civil del Alto Tribunal, que revoca una sentencia estimatoria de la Audiencia de

Es de señalar que la patria potestad se pierde en su totalidad (es decir, sobre todos los hijos) aunque el motivo se refiera a solo uno de ellos. Los casos establecidos en nuestra legislación están en el artículo 462 del Código.

41.2. Privación

Son actos *graves* por los cuales el padre no es despojado de sus facultades, pero queda en la imposibilidad de hacer uso de ellas. No es una mera suspensión, sino que se pierde el ejercicio sobre ella; dicho de otro modo, no queda privado absolutamente de la misma, pero sí impedido de desempeñarla. Se aplica tomando en cuenta el interés del hijo, de manera tal que los padres no podrán seguir detentado su autoridad, debiéndose nombrar un tutor.

La privación se presenta i) por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos, ii) por tratarlos con dureza excesiva o iii) por negarse a prestarles alimentos (art. 463).

41.3. Limitación

Son actos *leves* cometidos en contra del menor. La figura de la limitación de la patria potestad implica aquella situación mediante la cual el juez despoja al padre de determinadas atribuciones del ejercicio de esa patria potestad, pues si bien

Oviedo, establece que nada tiene que ver la condena a prisión con los derechos de paternidad. La resolución tiene en cuenta la imposibilidad material de que el penado pueda ejercer esa patria potestad. El padre, a quien el Supremo da ahora la razón, ingresó en la cárcel pocos días después de nacer su hijo, hace siete años. Allí sigue y seguirá un buen tiempo, pues a la pena de 30 años que cumple ahora, y que quedaría extinguida el 16 de abril de 2020, deben sumarse después las correspondientes a otras causas, las cuales suman 23 años. Los magistrados afirman que, como acertadamente dijo el Juez de Primera Instancia, autor de la primera y desestimatoria resolución al respecto –resolución que la Audiencia de Cádiz anuló–, no se puede saber si el demandado es o no un buen padre. Y ello debido a la inexistencia de relación con el hijo; no a una voluntaria inhibición. La Sala señala que la legislación aplicable (Código Civil) deja en manos de los jueces de instancia los asuntos de patria potestad, pero matiza que el uso de esa facultad está sujeto a corrección –vía recurso de casación– cuando la resolución pugna abierta e incontrovertiblemente con la lógica. Añade que este es uno de esos casos de sentencia ilógica que conviene rectificar, pues su confirmación añadiría a la pena impuesta a todo recluso la de poder privarle de la patria potestad, a pesar del silencio que sobre este punto se guarde en la sentencia penal. El Alto Tribunal precisa que, además, la medida de privación de la patria potestad se revela aquí innecesaria. Y es que la ley deja claro que, tanto en los casos de imposibilidad de ejercicio del derecho por una de las partes como en aquellos en que los cónyuges viven separados, la práctica de la patria potestad corresponde al miembro de la pareja con el que el menor conviva. Y ese ejercicio efectivo deja reducida la titularidad del derecho, dice la Sala, a un mero rótulo”. Vid. García, Fernando. “Una condena por homicidio no es causa de pérdida de la patria potestad”, 6/6/2000. Web site: <<http://www.lavanguardia.es>>. Asimismo, en otro caso, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado de la siguiente manera: “La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia jurídica de la aplicación automática tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual. El precepto refiere con el término ‘podrá’ el carácter facultativo de su imposición, facultad sujeta a la razonabilidad de su decisión exigiéndose, como no podía ser de otra manera, la motivación de la decisión”. Tribunal Supremo, Sala Segunda, sentencia del 07/11/2000. En: *Revista de Derecho de Familia*. N° 14, Editorial Lex Nova, Valladolid, enero de 2002, pp. 99-101.

su conducta para con el menor ha sido dañina o perjudicial, no es suficiente para declarar la pérdida de ella (art. 462) o la privación de la misma (art. 463), sino solo una limitación. Como alega Héctor Cornejo Chávez, se deja a prudente arbitrio del juez tal decisión⁽⁶⁴⁷⁾.

Esta figura fue derogada expresamente por el antiguo Código de los Niños y Adolescentes⁽⁶⁴⁸⁾, quedando el artículo 464 del Código en blanco. En la práctica, la limitación de la patria potestad implicaba una situación jurídica mediadora en la que, comprobada la existencia de una conducta inadecuada de los padres en contra de los hijos, la autoridad judicial se encargaba de establecer una protección del hijo a través de la restricción parcial de la patria potestad sin dañar la relación familiar.

41.4. Suspensión

No es necesariamente una sanción porque puede derivarse de causales que no implican culpa del padre (por ejemplo: enfermedad, deficiencia o minusvalía). Es una situación transitoria que suprime temporalmente el ejercicio de la patria potestad con el propósito de restablecerla.

La suspensión ha sido robustecida por nuestro Código de los Niños y Adolescentes, pues es la única figura que establece el decaimiento de la patria potestad, es decir, engloba dentro de sí las causales consideradas por el Código Civil peruano para la pérdida y la privación. El referido CNA unificó el criterio plural de restricción que asumía la legislación civil y lo limitó a un criterio único: el de la suspensión.

El artículo 75 del CNA nos refiere que la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;
- f) Por negarse a prestarles alimentos;
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil.

(647) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 212.

(648) Ley N° 26102.

- h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173-A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal⁽⁶⁴⁹⁾.

Tal como se le detalla en nuestro Código Civil (art. 446), la suspensión de la patria potestad no implica una sanción, puesto que se deriva de causas que no importan la culpa del padre (verbigracia: interdicción, ausencia judicialmente declarada, cuando se compruebe que se hallan impedidos de hecho para ejercerla y por separación de cuerpos o divorcio por causal), sino una medida destinada a tutelar los intereses de los menores. En este último sentido, si existe un conflicto entre el padre y el hijo deberá decretarse una medida efectiva en resguardo del menor⁽⁶⁵⁰⁾. Ahora bien, la suspensión puede referirse apenas a un hijo victimado y no a toda la prole, así si el padre cuida mal el patrimonio de un hijo que recibe por testamento, mas por otro lado educa a este y a los otros con mucha eficiencia, puede el juez suspender la patria potestad respecto de la administración de los bienes de ese hijo, permitiendo que se conserve la patria potestad en lo concerniente a los poderes con los otros hijos⁽⁶⁵¹⁾. Situación distinta a la que sucede con la pérdida o extinción de la patria potestad la que se extiende íntegramente, en este sentido el Código de Familia de Bolivia que determina que “los efectos de la pérdida de la autoridad de los padres se extienden a los hijos nacidos después de que ha sido pronunciada (art. 280, Efectos de la pérdida de la autoridad de los padres).

Luis Moisset de Espanés⁽⁶⁵²⁾ hace una importante distinción respecto a los efectos jurídicos de la ausencia simple (falta de presencia) y la ausencia calificada (falta prolongada de noticias que hace presumir que el sujeto ha fallecido), estableciendo que en la primera no es necesaria la suspensión de la patria potestad, mientras que en la segunda sí procedería. Sin embargo, el CNA del Perú ha refundido las causales en el sentido que algunas implican sanción, mientras que otras

(649) Literal incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 29194, DOEP., 25/01/2008.

(650) Decisiones judiciales españolas así lo han decretado. “La representación legal de los padres en relación con sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo, el juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él (arts. 162.2 y 163 del CC). En el caso, se ejercitó una acción de reclamación de paternidad e impugnación de filiación contra la madre y contra el hijo menor de edad, oponiéndose esta a dicha acción en su propio nombre y en representación de su hijo. Siendo, por lo tanto, contrarios los intereses de la madre, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil, lo procedente, en atención a lo previsto en el artículo 300 del Código Civil, es el nombramiento de oficio por el Tribunal de un defensor judicial, decretándose la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación del mismo en el proceso”. Cfr. Tribunal Supremo, Primera Sala, 10/3/1994. Vide “Nombramiento de defensor judicial para un menor en un proceso sobre filiación”, Exp. N° 134, Tribunal Supremo, Primera Sala, 07/11/2002. En: *Diario La Ley*. Año XXIII, N° 5685, 27/12/2002. En: <www.laley.net>.

(651) RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil, Direito de Família*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 411.

(652) “La ausencia y la patria potestad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 5, N° 11, Gaceta Jurídica Editores, Lima, agosto de 1999, p. 111 y ss.

no. Los efectos de la restricción de la patria potestad se extienden, incluso, a los hijos nacidos después de decretada la misma.

42. Extinción

La extinción es la desaparición total, definitiva y normal de la patria potestad. Se produce ipso iure, no a título de pena, pues desaparecen los presupuestos que determinan su titularidad. Se presenta en los siguientes casos:

CASO	EXPLICACIÓN
Por muerte.	Sea del último progenitor que la ejercía o del hijo. Este es un supuesto natural y, por demás, lógico.
Capacidad legal natural o mayoría de edad.	Es curioso reseñar lo que establecía el Código Civil peruano de 1852: el hijo(a) mayor, que cae en incapacidad, vuelve a la patria potestad, si no tiene cónyuge (art. 290). Situación sui generis pues la institución dependía no solo de la edad sino también de la capacidad y del matrimonio del hijo.
Capacidad legal adquirida o emancipación tácita.	Existe un vacío legal en cuanto a la del mayor de 14 años que estando facultado para reconocer no adquiere la capacidad plena, sino restringida (puede accionar judicialmente gastos de embarazo y parto y procesos de tenencia y alimentos), por lo que carece de patria potestad (art. 46 l Código, modificado mediante la Ley N° 27201).

La adopción, en algunos sistemas legales se considera como un modo de acabamiento de la patria potestad (como es el caso de Brasil, art. 1635-IV, Puerto Rico, art. 163, España, art. 169-3 de sus Códigos civiles y 158 B del Código de Familia de Cataluña y 92-4 de Cuba, Código de menor de Colombia, art. 233- 2); en igual sentido *Silvio Rodrigues*⁽⁶⁵³⁾ nos dice que la adopción, en rigor, no pone término a la patria poder, pues el menor apenas sale de la esfera de la injerencia del padre natural para transferírsela al padre adoptivo. Sin embargo, indica Luis Fernández Clérigo, más que una verdadera causa extintiva de la patria potestad, significa un cambio o tránsito en el ejercicio de la misma, ya que la institución no cesa de funcionar y pasa, sencillamente, de las manos del padre natural a las del padre adoptivo⁽⁶⁵⁴⁾.

Casos extremos contrarios a la moral y a las buenas costumbres (es decir que vayan más allá del art. 75, inc.) podrían implicar perfectamente la extinción de la patria potestad. El Código de Familia de Bolivia dice que los padres pierden la autoridad cuando por sus costumbres depravadas o por los malos tratamientos, por los ejemplos perniciosos o la incitación a actos reprobables, por el abandono en el cumplimiento de sus deberes o por otra forma de inconducta notoria,

(653) RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 416.

(654) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. Ob. cit., p. 327.

comprometen o pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del hijo, aunque esos hechos no aparejen sanción penal (art. 277). El Código de Brasil nos dice expresamente en su artículo 1.638 que: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”. Como sostiene la profesora brasilera *Diniz*, al referirse a las prácticas y actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres que ameritarían una destitución serían: Si el (la) menor vive en compañía de una madre prostituta o de aquel padre que lo entrega a un lenocinio sufriendo vejámenes sexuales o al uso de estupefacientes. Asimismo, debe diferenciarse aquellos casos en los que el cónyuge a quien se le fijó la guarda del menor vive en una unión estable (concubinato), disfrutando de un estado de casado, este caso no constituye un hecho de destitución de la patria potestad (RT, 527:72, 413:169)⁽⁶⁵⁵⁾.

Como señaláramos en el punto referido a las características de la patria potestad, esta es irrenunciable; no obstante, en ciertas legislaciones (por ejemplo: el art. 448 del CC de México), este principio tiene una excepción y es la posibilidad de que se le da al progenitor que se excuse de su ejercicio en los siguientes casos: i) cuando cumpla 60 años de edad y ii) por su estado de salud. La extinción de la patria potestad, pero la necesidad de protección que requiere el hijo, determina la apertura de la tutela. Caso contrario, el Code que indica que no podrá surtir efecto ninguna renuncia ni ninguna cesión de la patria potestad, sino en virtud de una sentencia y en aquellos casos expresamente considerados (art. 376).

Aparte de la suspensión y de la extinción en la legislación comparada existen casos especiales:

Exclusión: La Ley de paternidad responsable de Costa Rica, Ley N° 8101, considera un caso especial de exclusión o limitación de la patria potestad, en el sentido que no ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos (art. 156 del Código de Familia modificado). Una disposición similar la tiene el Código de Familia de Bolivia cuando dice que la autoridad del padre o de la madre se excluye cuando la filiación se ha establecido por declaración judicial de paternidad o maternidad (...) (art. 256). Pero detengámonos un instante, esta norma funciona como sanción al progenitor que no cumple con el reconocimiento voluntario, de manera que si por *motu proprio* no desea asumir su progenitura menos aún lo hará cuando se declare judicialmente su relación paterno-filial. Pero pueden presentarse varios casos, que merecerán un análisis singular. Como menciona Decker, analizando el citado artículo del Código boliviano: “Interpuesta la acción y citada ella

(655) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 450.

al demandado pueden producirse las siguientes hipótesis: 1) Que el demandado deja transcurrir el término sin contestar la demanda; 2) Que reconoce como justa la pretensión del actor; 3) Que el demandado puede oponer excepciones previas promoviendo un incidente de previo y especial pronunciamiento; 4) Puede contestar la demanda, negando los hechos o solamente el derecho y 5) puede reconvenir (...)”⁽⁶⁵⁶⁾, consideramos que la norma deberá ser aplicada con un fino criterio discrecional⁽⁶⁵⁷⁾, a pesar de ser imperativa, pues no es lo mismo una declaración judicial de paternidad con base en los dos primeros supuestos, que una establecida con base en los tres últimos.

En el mismo sentido, de exclusión de la patria potestad existe un proyecto de Ley de paternidad responsable⁽⁶⁵⁸⁾ que propone que no ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación o la acción de pensión de alimentos, salvo que, posteriormente, el órgano jurisdiccional decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos.

43. Restitución

Implica aquella situación mediante la cual, desaparecidas las causas que determinaron la privación o limitación del ejercicio de la patria potestad, esta es devuelta cuando se comprueba dicha desaparición. De esta manera, se tiende a la integración de la familia, ya que por causas establecidas por la legislación, uno de sus miembros incumplió con sus deberes paterno-filiales. La regla general que establece el artículo 471 es que en los casos de privación o limitación de la patria potestad puede pedirse judicialmente su restitución cuando cesan las causas que lo determinaron. Debe entenderse, entonces, que en los casos de pérdida o suspensión la restitución opera de forma automática.

La restitución no es un premio por la rehabilitación del padre restringido del ejercicio de la patria potestad, sino una consecuencia propia e inherente de las relaciones familiares, puesto que debe comprometerse y exigirse el cumplimiento de sus obligaciones a aquel que en un momento se le limitó su ejercicio pero que a la fecha se encuentra nuevamente apto.

(656) DECKER MORALES, José. *Código de Familia*. 3ª edición revisada y ampliada, Editorial Los amigos del libro, Bolivia, 2000, p. 316.

(657) En una sentencia de Audiencia provisional en España se ha fijado este criterio. “A pesar de que se haya dictado sentencia estimando la reclamación de paternidad no procede fijar un régimen de visitas restrictivo habida cuenta que las cartas intercambiadas entre ambos progenitores cuando su relación existía denotan interés del padre en estar y atender a la hija”. AP, Sec. 2ª, Sentencia del 26 de enero de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, enero de 2002, N° 14, pp. 179 y 180.

(658) Proyecto de ley 6683, Congreso de la República del Perú, Ley de paternidad responsable (7/5/2003).

Por causa subjetiva (privación), la patria potestad puede ser restituida a solicitud de parte transcurridos tres años de cumplida la sentencia del caso, pudiendo el juez restituirla de manera integral o parcial tomando en cuenta el interés del menor. Tratándose de causas objetivas (pérdida y suspensión), la restitución opera de manera inmediata cuando desaparezcan los hechos que la motivaron.

Según el último párrafo del artículo 471 se indica expresamente que en los casos de pérdida y suspensión de la patria potestad, los padres volverán a ejercerla cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo en los casos que la declaración de pérdida de la patria potestad haya estado sustentada en sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo⁽⁶⁵⁹⁾. Téngase en cuenta que por Ley N° 29275⁽⁶⁶⁰⁾ se indica que los alcances de la suspensión o pérdida de la patria potestad se hace extensivo a todos los hijos menores de edad de aquella persona que se encuentre procesado o con sentencia condenatoria, conforme a lo señalado en el artículo 4 de la ley citada.

VIII. DELITO DE ATENTADO CONTRA LA PATRIA POTESTAD

44. Tipos penales

La defensa y garantía de la institución de la patria potestad no está limitada a una regulación en el Código Civil y el Código de los niños adolescentes. Se han considerado tipos penales a efectos de sancionar a todos aquellos que atenten contra los principios de esta institución. En tal medida, el Código penal peruano tiene consagrado un Capítulo, dentro del Títulos de los delitos contra la familia, referido a los atentados contra la patria potestad, en el que se tratan sobre los delitos siguientes:

- *Sustracción del menor* (art. 147) “El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad”.

La patria potestad como relación jurídica de los padres con respecto de sus hijos, y viceversa, requiere para su realización y efectividad que sea llevada a cabo por la persona legitimada para ello, es decir por el (o los) padres responsable(s),

(659) Ley N° 29194, (DOEP, 25/01/2008).

Artículo 5.- Alcances de la suspensión o pérdida de la patria potestad

La suspensión o pérdida de la patria potestad, a que se refiere la presente Ley, se hace extensiva a todos los hijos menores de edad de aquella persona que se encuentre procesada o con sentencia condenatoria, conforme a lo señalado en el artículo 4.

(660) Ley N° 29275, Ley que incorpora el artículo 5 a la Ley N° 29194, Ley que precisa los casos de pérdida de patria potestad (DOEP., 01/11/2008).

sea ambos o de manera individual por uno de ellos. El agente activo del delito puede ser el progenitor a quien se ha suspendido el ejercicio de la patria potestad o cualquier otro pariente (abuelos, hermanos, tíos, primos, etc.) siendo la parte agraviada el padre/madre que la detenta legalmente.

- *Inducción a la fuga del menor* (art. 148) “El que induce a un menor de edad a que se fugue de la casa de sus padres o de la de su tutor o persona encargada de su custodia será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas”.

Una de las obligaciones del hijo es habitar en la casa de sus padres, o en su caso de la persona que lo custodia, permitiendo el cuidado y vigilancia de su desarrollo como ser humano. El hecho de que un tercero instigue o motive a un menor a huir de su hogar familiar implica atentar contra una de las funciones esenciales de la patria potestad cual es el atender de la persona del menor de manera directa y oportuna.

- *Instigación o participación en pandillaje pernicioso* (148 A), “El que participa en pandillas perniciosas, instiga o induce a menores de edad a participar en ellas, para cometer las infracciones previstas en el Capítulo IV del Título II de Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes, así como para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados, obstaculizar vías de comunicación u ocasionar cualquier tipo de desmanes que alteren el orden interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

La pena será no menor de veinte años cuando el agente:

1. Actúa como cabecilla, líder, dirigente o jefe.
2. Es docente en un centro de educación privado o público.
3. Es funcionario o servidor público.
4. Induzca a los menores a actuar bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas.
5. Suministre a los menores, armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes”.

La patria potestad como institución rectora de las relaciones paterno-filiales tiene como finalidad la formación integral del individuo menor de edad, por lo que todo aquello que sea contrario a este principio merece una sanción normativa, más aún tratándose de aquellos casos en que se participa en pandillas perniciosas, instiga o induce a menores de edad a participar en ellas. Este artículo

debe concordarse con los artículos 206 al 212 (Capítulo IV del Título II del Libro Cuarto) del TUO del Código de los Niños y Adolescentes.

IX. DOBLE REGULACIÓN

45. Estructura normativa de la patria potestad

En el Perú, tanto el Código Civil como el Código de los Niños y Adolescentes se encargan de regular el tema de la patria potestad.

Las normas generales están contenidas en el Código Civil, tales como los deberes y derechos de los padres e hijos, el régimen patrimonial (administración, usufructo, disposición), la responsabilidad, la representación, el sistema amplio de restricción de la patria potestad (pérdida, privación y limitación) y la extinción (o, como la denomina, el acabamiento).

Por su parte, el CNA trata el tema de la patria potestad en el Libro Tercero: *Instituciones familiares*, Título I: *De la familia natural y de los adultos responsables de los niños y adolescentes*, Capítulo I y presenta como característica esencial el hecho de contener normas especiales y de trato inmediato que regulan esta institución, tales como los deberes y derechos de los padres y el sistema de decaimiento y extinción de la patria potestad.

En este último caso, establece como innovación un sistema estricto de decaimiento de la patria potestad al regular solo la figura de la suspensión en la que se integran las diversas causales contenidas en nuestro Código Civil referidas a la pérdida, la privación y la suspensión. Ofrece cabida especial a la figura de la reincidencia, de manera tal que la reiteración de ciertas causales de suspensión puede implicar la extinción de la patria potestad.

En cuanto a la extinción, si bien indica que la reincidencia en ciertas causales implica el acabamiento de la misma, no ha considerado el caso de la emancipación tácita, establecida en el artículo 46 de nuestro Código Civil.

Es importante resaltar que, en el Perú, la dación del CNA implicó la modificación parcial del Código Civil. Esta reforma fue, en algunos casos, expresa y, en otros, tácita, pues el Código Civil recién dictado no propuso textos modificatorios (tal es el caso de los arts. 423, 462, 463, 466 y 470) lo que implica una mala técnica legislativa. Además, nuestro CNA refunde las causales subjetivas con las objetivas, criterio contrario al establecido en el Código Civil que presenta detalladamente cada caso de decaimiento de la patria potestad. Como refiere Alex Plácido, “deben comprenderse las causales imputables a los padres en el concepto único de *privación de la patria potestad* y las causales no imputables a los padres en el

concepto de *suspensión del ejercicio de la patria potestad*⁽⁶⁶¹⁾, lo que facilitaría la defensa de esta institución.

X. COPARENTALIDAD

46. Generalidades

La patria potestad como tal implica el atributo que tienen los padres de proteger y cuidar la persona y bienes de sus hijos; por regla general se ejerce en conjunto por ambos padres y, de manera especial, en forma individual por el padre o la madre a quien se otorga la tenencia.

La coparentalidad es una novedosa institución del Derecho de Familia aplicada en el sistema anglosajón mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo.

La característica de esta institución es que ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola a través de la coparentalidad. En tal orientación, la custodia compartida es aquella en que los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable; los problemas más graves en estos casos son de tipo práctico: establecer la periodicidad más adecuada en la variación de la convivencia normal y visitas. Esta modalidad tiene éxito cuando hay buena comunicación y relación entre los padres y cuando el número de traslados es menor y aumenta el tiempo de convivencia continuada con cada progenitor.

Surge y se va robusteciendo por las razones siguientes:

- El acceso de la mujer al trabajo.
- Cambios en la educación.
- Necesidad de la participación conjunta.
- Lobby de las asociaciones de los padres discriminados y oprimidos.

Es un derecho de los hijos y progenitores a seguir manteniendo una sana y seria relación paterno-filial, igualitaria y digna.

(661) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Editorial Rhodas, Lima, 1997, p. 95.

47. Denominación

Llamada guarda compartida, *garda conjoite*, *affidamento condiviso*, *guarda compartida*, *join custody*, *shared parental*.

48. Antecedentes

Tiene como antecedentes Inglaterra y Gales (1989) *Children Act*, Francia (2002), España (2005), Italia (2006), Australia (2007) y Brasil (2008).

49. Fundamento

Familia es compartir. Compartir cada vez más y mejor, estrechando los lazos familiares. La coparentalidad debe cumplir dicha finalidad. Dirigirse a consagrar el proyecto de vida fundado en el vínculo parental; la bigenitorialidad, aquella relación con ambos padres manteniendo los vínculos conjuntos con base en el interés superior del niño, dejando de lado la individualidad.

Se dice que hoy en día la regla es la guarda compartida (de dos) y la guarda exclusiva (de uno) es la excepción. La guarda unilateral se da solo en casos especiales, excepcionales, la compartida afianza y permite la responsabilidad conjunta. Puede ser requerida entrambos o decretada por el juez de parte u oficio, debiendo informar su razón con base en su función pedagógica y fijando adecuadamente los periodos de convivencia.

Este sistema de guarda compartida impacta sobre instituciones como la patria potestad, alimentos y régimen de visitas. La patria potestad queda tal como está para cada cónyuges, sin privilegios para ninguno de ellos, los alimentos se verán dosificados de acuerdo a los momentos en los que el hijo esté con el padre (aquí él asume el sustento de este) y, las visitas, prácticamente, carecerían de sentido.

El sustento de la coparentalidad es preservar de manera especial las relaciones paterno-filiales y, en general, las relaciones familiares. Implica el estricto ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres, sea cual fuera la situación de convivencia en la cual estos se encuentren. Así, se legitima un hogar a tiempo compartido en el que el hijo convive un tiempo con el padre y otro con la madre, permitiendo que la formación y contacto con sus progenitores sea pleno y no restringido como ocurre con el régimen tradicional de tenencia. En este último caso, quien goza la tenencia tiene la patria potestad sobre el hijo, en tanto que el otro progenitor queda suspendido de la misma, a pesar de tener que cumplir con todos sus deberes otorgándosele, solo, la facultad a un régimen de visitas, a efectos de mantener las relaciones familiares indispensables con el menor.

El Tribunal Constitucional español decretó, en 1997, “(...) la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de forma que el menor *habitará con cada uno de los progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la*

madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año, fijando un régimen de visitas a favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la guarda y custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales”⁽⁶⁶²⁾. Esta es una posición asumida por el moderno criterio jurisprudencial europeo. Por otro lado, se ha tomado en cuenta casos especiales como “la imposibilidad de atribuir la guarda y custodia compartida, ya que se trata de una medida excepcional que se concede exclusivamente cuando se dan uno de los determinados requisitos que no se reúnen en el presente caso, entre otros motivos, porque los padres viven en países distintos”⁽⁶⁶³⁾. Distinta tendencia teórica puede apreciarse en Brasil⁽⁶⁶⁴⁾.

(662) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 4/2001 del 15/01/1998. En: *Revista de Derecho de Familia*. N° 13, Editorial Lex Nova, Valladolid, octubre 2001, pp. 83-87.

(663) Baleares, Sección Quinta, sentencia del 28/09/2000. En: *Revista de Derecho de Familia*. N° 13, Editorial Lex Nova, Valladolid, octubre 2001, p. 170.

(664) “Sendo assim, torna-se a guarda compartilhada o modelo ideal para os nossos dias, proclamando-se a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e impondo aos pais obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados por seus dois pais. A falência da relação conjugal bem como a ruptura dessa sociedade não precisa, necessariamente, vir acompanhada de frustração e incompatibilidade”. Vide Silveira Akel Pantaleao, Ana Carolina. “Crianças em jogo (guarda compartilhada é o modelo ideal em separação)”. En: *Revista Consultor Jurídico*, 24/11/2002.

Asimismo, “a guarda compartilhada sempre será possível quando os genitores colocarem como prioridade o interesse da criança acima de tudo, num mútuo consentimento, a exemplo da separação consensual, pois se ambos não estiverem de acordo, não haverá instituto capaz de obrigá-los a compartilhar uma guarda compulsoriamente. A sociedade vem passando por profundas transformações e com grandes avanços tecnológicos. Com a revolução das comunicações, o processo de globalização tornou-se mais rápido, impulsionando a emancipação da mulher, que disputa em igualdade de condições profissões antes reservadas apenas aos homens, demonstrando assim que, capacidade e inteligência, nada têm a ver com sexo. No rastro dessas transformações que atravessaram o século XX, as relações homem-mulher sofreram profundas mudanças, alterando o sistema familiar. A mulher sai de sua redoma, abdicando do papel de rainha do lar de outrora, e ingressa no mercado de trabalho, alcançando sua autonomia e independência financeira e conquistando naturalmente a igualdade plena de direitos em relação ao homem. Quase que simultaneamente, o homem também entra num processo de transformação, libertando-se da tradição patriarcal e machista, revelando-se mais sensível e dedicado, assumindo um importante papel na vida dos filhos, passando a se preocupar com atribuições que eram antes cumpridas pela mulher. Essa nova mulher com autonomia financeira, garantida por empregos melhor remunerados, de uma forma geral, acaba tendo dificuldade de manter a relação estável, por diversos motivos, acarretando um crescente número de rupturas da vida em comum, acabando por refletir nos filhos, fruto dessa relação desgastada. Mas, da mesma forma como ela busca ter seus direitos respeitados, como mulher independente, profissional e como mãe, ela também deve respeitar o direito do seu companheiro de exercer a paternidade responsável, que envolve, não apenas a obrigação no sustento do filho, mas o verdadeiro direito de participar ativamente na formação da sua personalidade, podendo e devendo transmitir ao filho, a exemplo da mãe, seus valores, seu traço cultural, sua crença e seus princípios. Ambos não devem se permitir perder preciosos momentos do convívio parental com as crianças, sob qualquer pretexto, que são imprescindíveis principalmente nos primeiros anos de vida dos filhos. Em face dessas transformações cada vez mais celeres no nosso cotidiano, o Novo Código Civil que entrou em vigor em 11/01/2003, ainda que tardia e timidamente, sinaliza para uma compreensão voltada ao interesse do menor, rompendo com princípios ultrapassados de ceder a guarda dos filhos automaticamente à mãe com o término do matrimônio, mas sim a quem tiver ‘melhores condições de exercê-la’, como se extrai do ‘caput’ do artigo 1.584 do Novo Código Civil, não mais prevalecendo a preferência materna, consolidando assim o entendimento do artigo 21 do ECA. Certamente, este princípio vai facilitar para que os genitores, com o fim da relação, optem

50. Características

Las principales características son:

- Es una institución del Derecho de Familia.
- La patria potestad queda incólume.
- Busca preservar la integridad real y natural de la familia.
- Se origina por cuanto los padres ya no conviven, esto es por la separación de hecho, invalidez o disolución de matrimonio.
- Consolida la relación paterno-filial en el sentido que la patria potestad no pierde consistencia por la separación de los padres.

pela guarda compartilhada para não correrem o risco da guarda ficar com aquele que comprovar melhores condições. A presença da figura paterna na vida dos filhos é tão saudável quanto da materna. Por isso, a guarda compartilhada preserva a criança do trauma dos conflitos dos pais, fazendo com que ela continue se sentindo aceita e amada pelos dois. Só assim criaremos uma geração de pessoas ajustadas e sem culpas, capazes de compreender as limitações dos adultos”. Vide “Vida em família. Guarda compartilhada preserva a criança do trauma”. En: *Revista Consultor Jurídico*, 24/03/2003. En: <www.conjur.com.br>.

Cabe indicar que la jurisprudencia brasilera viene otorgando la guarda compartida a los padres, tal es el caso reciente que la Corte de Bahía determinó que los padres compartieran la guarda de un bebé de ocho meses (“Relações familiares Justiça baiana determina guarda compartilhada de bebê”. En: *Revista Consultor Jurídico*, www.conjur.com.br, 24 de março de 2003).

Es más existe un proyecto de ley que busca incorporar este tema a la legislación familiar. Veamos. “Atualmente, a pesar da inexistência de preceito legal que regulamente a guarda de modo diverso da guarda exclusiva (de um dos pais), alguns juizes vêm fixando a divisão igualitária de direitos e deveres de pai e mãe com relação aos filhos menores, em casos especiais. No entanto, para o bem da sociedade, está tramitando pelo Congresso Nacional o projeto de lei do deputado federal Tilden Santiago (PL 6.350/2002), por meio do qual se prevê a possibilidade de fixação da guarda compartilhada dos filhos menores entre o pai e a mãe. No regime de guarda compartilhada, um dos pais permanece com a guarda física do menor, ou seja, o menor reside com um dos pais. Contudo, o pai que não detém a guarda participa ativamente da vida do filho. Sua opinião tem o mesmo peso da opinião do detentor da guarda com relação à educação, saúde, lazer, religião, etc. Com a adoção da guarda compartilhada, o pai ou mãe que não detém a guarda do filho não tem dias e horários rígidos para visitas. O que se objetiva é valorizar o papel do pai e da mãe, de modo igualitário, o que evidentemente só será possível nos casos em que pai e mãe não estejam em meio a uma imensa disputa jurídica sobre guarda, partilha de bens e alimentos, já que esse regime pressupõe diálogo e bom senso dos pais. O deputado Tilden Santiago propõe que em ações judiciais envolvendo definição da guarda, os juizes explicitem aos pais as vantagens da guarda compartilhada e, havendo acordo entre as partes, estabeleçam esse sistema. Ocorre que a desinformação de muitos sobre esse regime de guarda proposto iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneceriam por um período na casa da mãe e por outro período na casa do pai, o que, dentre outros malefícios, dificultaria a consolidação de hábitos na criança, provocando instabilidade emocional. Esse receio não tem qualquer fundamento, já que, conforme explicitado, a guarda compartilhada pressupõe a permanência do menor com um dos pais. Contudo, a guarda compartilhada torna mais efetiva a participação do não detentor da guarda na vida do filho, já que o tira da figura de mero coadjuvante, e, por vezes, de simples provedor financeiro. Há grande possibilidade de que o aludido projeto seja aprovado, regulamentando a adoção da guarda compartilhada que já vem sendo feita por alguns juizes, o que significará um avanço das normas legais de direito de família, passando-se definitivamente a enxergar os interesses do menor como os que de fato devem ser protegidos”. Vide BAPTISTA LOPES, Cláudia. “Mudanças sociais (Guarda compartilhada valoriza papel do pai e da mãe)”. En: *Revista Consultor Jurídico*, 28/11/2002.

51. Regulación normativa

La coparentalidad tiene una regulación específica en nuestra legislación. Su tratamiento es preciso. Las normas que regulan esta materia son:

NORMA JURÍDICA	EXPLICACIÓN
Código Procesal Civil	Indica que, en los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal, es procedente la medida cautelar de tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos o por un tutor o curador provisional (art. 485). En este caso, podemos decir que se hace una referencia fortuita o casual a la coparentalidad ya que el término por ambos implicaría que los dos podrían ejercer la tenencia; sin embargo el Código adjetivo no quiso referirse a una tenencia compartida sino a que la solicitud pueda ser presentada por ambos.
Código Civil	Esta normativa es la que, de manera indirecta, rechaza la tenencia compartida, pues tanto el artículo 340 como el artículo 420 indican que los hijos se confían (se dan en tenencia) a uno de los cónyuges (el inocente, el culpable a criterio del juez o a tercera persona), quien ejercerá la patria potestad en tanto que el otro queda suspendido de su ejercicio.
Código de los Niños y adolescentes ⁽⁶⁶⁵⁾	<p>Ley N° 29269, Ley que reconoce la tenencia compartida</p> <p>Artículo 1.- Modificación del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes. Modificase el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera: “Artículo 81.- Tenencia. Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”.</p> <p>Artículo 2.- Modificación del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Modificase el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual queda redactado de la siguiente manera:</p>

(665) En su versión original el CNA fue una normativa mucho más abierta al tema de la coparentalidad, ya da una fuerza especial al acuerdo entre los padres en el sentido de que serán ellos los que, de creerlo conveniente, puedan ejercer una tenencia compartida (art. 81), teniéndose cuenta, por lógica, el parecer del niño o adolescente. Por su parte, restringe la posibilidad de que la tenencia pueda ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés (art. 83), que el antiguo Código de los Niños y Adolescentes permitía (art. 87 segundo párrafo), disipando la guarda de los hijos a personas que sin ser sus padres puedan brindarles un cuidado y atención. Se permite que las visitas puedan ser realizadas como régimen familiar por parientes o no parientes, cuando el interés del menor lo justifique.

	<p>“Artículo 84.- Facultad del juez. En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <p>a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;</p> <p>b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y</p> <p>c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.</p> <p>En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”.</p>
--	--

52. Modalidades

Existen varias modalidades de tenencia compartida.

Cada caso es particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, horario escolar, carga laboral de los padres, número de hijos, en fin. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras:

- Guarda compartida, ambos padres comparten el cuidado de los hijos en forma permanente.
- Guarda alternativa, los hijos permanecen temporalmente en la casa de cada uno de sus padres.
- Sistema de anidación, son los padres los que se trasladan a la casa del hijo.

53. Realidad

La coparentalidad se viene aplicando de hecho y de derecho. La práctica de las relaciones familiares la reconocen como un medio efectivo para consolidar o desarrollar los vínculos de familia. Como institución legal debe tender a crear una seguridad en su aplicación a efectos de evitar un desfase social y legal. A todo esto podemos sumarnos al criterio de Berbere y Haissiner⁽⁶⁶⁶⁾ quienes sostienen que debe favorecerse a la participación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos, de la siguiente manera:

- Igualar a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza.
- Nivelar situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos.

(666) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos y HAISSINER, Liliana. “El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental”. En: *La Ley*, 17/08/2011, p. 1.

- Posibilitar la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del menor, tomando en cuenta los periodos de convivencia parental.
- Distribuir equitativamente los gastos de sostén del hijo.
- Disminuir el sentimiento de abandono o pérdida del niño en razón de la separación.

Un criterio plenamente válido es el argumentado por Chávez Bustamante⁽⁶⁶⁷⁾, quien menciona que la tenencia compartida es resultado del desequilibrio de los derechos parentales. La preferencia reconocida a la madre para la tenencia vino siendo, desde hace buen tiempo, criticada como abusiva y contraria a la igualdad de género. A fin de que opere la coparentalidad se precisa un acuerdo mutuo entre los padres de forma tal que si el conflicto generado por la separación no se soluciona resulta imposible su aplicación.

XI. INSTITUCIONES AFINES

54. Semejanzas entre las instituciones cautelares familiares

La patria potestad como institución central y tuitiva del Derecho de Familia tiene semejanza con algunas figuras legales contempladas en la legislación y el Derecho comparado, tales como:

54.1. Tutela

La tutela es una institución supletoria de amparo familiar que tiene como finalidad nombrar a una persona, denominada “tutor”, a efectos de que cuide de la persona y los bienes del menor que carece de padres, es decir, que no goza de la autoridad paterna y, por lo tanto, de los beneficios de la patria potestad. La tutela suple a la patria potestad⁽⁶⁶⁸⁾.

54.2. Curatela

La curatela es una institución supletoria de amparo familiar que tiene como finalidad nombrar a una persona, denominada “curador”, a efectos de que cuide de la persona y de los bienes de un mayor de edad incapaz. La tutela suple a la patria potestad, mientras que la curatela la continúa⁽⁶⁶⁹⁾.

(667) CHÁVEZ BUSTAMANTE, Anita Susana. “Un reparto equitativo de la autoridad paterna. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley N° 29269”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 160, enero 2012, p. 119 y ss.

(668) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 335.

(669) *Ibidem*, p. 409.

54.3. Custodia

La custodia es el ejercicio físico inmediato de un padre o madre hacia su hijo y los bienes de este⁽⁶⁷⁰⁾. Desde un punto de vista práctico, es la relación inmediata que tienen los padres del cuidado y atención de sus hijos. Es también conocida como tenencia.

54.4. Guarda

Nuestro CNA ha derogado la institución de la guarda por su inaplicación en la práctica judicial y se ha preferido robustecer la institución de la colocación familiar.

En nuestro medio legislativo fue una institución de carácter transitorio para la protección del menor en estado de abandono por la que, mediante una resolución judicial, una persona se hace responsable de ejercer las funciones de tutela (art. 106 del derogado Código de los Niños y Adolescentes peruano). Si la madre es menor de edad, el juez puede confiar la guarda de la persona y los bienes del hijo a un curador (art. 421 de nuestro CC). Entre las características que presentaba de la guarda teníamos:

- El guardador tenía los mismos deberes y derechos que los padres.
- Institución similar a la tutela, pero de carácter transitorio.
- El guardador era nombrado por el juez, quien supervisaba sus funciones.

En términos genéricos, la guarda implicaba aquella función otorgada a los padres a efectos de cumplir con el deber de educar a sus hijos. Como tal presupone:

- El reconocimiento de la autoridad de los padres.
- El derecho de los padres de vivir con sus hijos y de estos de estar con sus padres.

54.5. Colocación familiar

También se le conoce como “acogimiento familiar”. Mediante esta institución un niño o adolescente es acogido por una persona, familia o centro especializado que se hará responsable de él en forma transitoria (art. 104 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes).

En la determinación de la colocación familiar se toma en cuenta el grado de parentesco y la relación de afinidad y afectiva con la persona, la familia o la institución que asumirá su cuidado, así como su ubicación en su entorno local (art. 105 de la norma jurídica antes referida). Es una situación tutelar de los menores

(670) SILVA SERNAQUE, Santos. *Código Civil de Puerto Rico*. 2ª edición, Editorial Barco de Papel, Mayagüez, 1998, p. 51, nota 76 *in fine*.

que se realizará únicamente en familias residentes en el Perú (art. 106 del mismo texto legal). Entre sus características tenemos:

- Es decretada por instancia administrativa (Mides, Notario) o por el juez.
- Puede ser remunerada o gratuita.
- En los procesos de adopción se aplica como medida de aclimatación.
- Brinda una protección a los niños desamparados o que corren peligro en su integridad.
- Su finalidad es integrarlo a la vida familiar.
- Sus objetivos se cumplen exclusivamente en el territorio nacional.
- Se toma en cuenta la opinión del menor para su reubicación.
- Antes de otorgar en colocación familiar, las familias son capacitadas para cumplir cabalmente con su encargo.

54.6. Prohijamiento

Es una situación familiar de hecho en la que una persona funge de padre o madre, sin serlo legalmente, cumpliendo con los deberes propios de una relación paterno-filial.

Vivir, criar y mantener integralmente a un niño sin tener la obligación de hacerlo determina el denominado prohijamiento y se demuestra con la posesión constante de estado de familia. Esta institución tiene una importancia fundamental en la adopción por excepción (art. 128, CNA).

54.7. Acogimiento residencial

Por causas especiales el menor puede ser separado *provisionalmente* de su ambiente familiar en tanto se valoran las circunstancias personales, familiares y sociales o, de forma *definitiva*, si se determina la imposibilidad de recuperación de su núcleo familiar o, como forma de prevención, por los malos tratos o la imposible o inadecuada atención por parte de sus padres. Es una institución que funciona en el Derecho comparado.

54.8. Patronato de menores

A través de esta institución, el Estado se encarga de asegurar la educación y preparación de los incapaces, reforzando o sustituyendo a sus representantes legales. Este patronato se ejerce sobre los menores abandonados, moral o materialmente o en aquellos supuestos donde mediere la pérdida de la patria potestad. El juez, el fiscal y el Ministerio del sector se encargan de velar por la seguridad de los niños; también es una institución que funciona en el Derecho comparado.

54.9. Autoridad doméstica

La autoridad doméstica es independiente de la patria potestad y se atribuye al jefe del hogar con independencia de que dentro del mismo existan personas que ejerzan dicha patria potestad sobre sus hijos menores y que, a su vez, se hallen sujetas a la autoridad superior del que actúa como jefe de familia y del hogar.

Se trata de una autoridad superior, parecida a la del *pater familia* del Derecho Romano, pero con distintas atribuciones. Surge de la ley (patria potestad: autoridad marital), costumbre (lugares o familias que la realizan) o contrato (dependientes, criados u obreros).

XII. SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

55. Concepto

El síndrome de alienación parental (SAP) es el desorden generado como consecuencia de las disputas entre los padres por la tenencia de los hijos. Se presenta cuando uno de los padres obstruye el vínculo de relación de su hijo con el progenitor, generalmente, no conviviente.

Este tema fue tratado por primera vez en 1999 por un Tribunal de Familia de Nueva York.

56. Definición

La primera definición es la de Richard Gardner⁽⁶⁷¹⁾ quien en 1985 lo precisa como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado.

Es un trastorno que se caracteriza por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos mediante variadas formas con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

57. Casuística

Existen varios medios utilizados:

Impedimento de contacto (sustracción del menor del domicilio conocido por el padre no conviviente), turbación de las visitas.

(671) Profesor clínico de psiquiatría en la división psiquiátrica infantil de la Universidad de Columbia (20/04/1931 - 25/05/2003).

El método más perverso y exitoso para excluir de la vida del menor al padre no conviviente han resultado ser las falsas denuncias. Este medio produce varios efectos: por un lado genera una actuación jurisdiccional y/o preventiva innecesaria, compromete penalmente al progenitor no conviviente quien deberá dar explicaciones de actos inexistentes y soportar el clásico estado de sospecha y, los dos efectos más graves: aumenta el síndrome y daña psicológicamente al menor.

La sintomatología más usual es:

- Impedimento de uno de los progenitores a que el otro ejerza el derecho de relacionamiento con sus hijos.
- Depreciar e insultar al otro progenitor en presencia del hijo.
- Denigrar la imagen del progenitor.
- Interferir en el régimen de visitas.
- Implicar al propio entorno familiar y a los amigos en los ataques al excónyuge.
- Subestimar los sentimientos de los hijos hacia el otro progenitor.
- Incentivar o premiar el rechazo hacia el otro progenitor.
- Influir en los niños con mentiras sobre el otro progenitor.
- No comunicación de hechos importantes en la vida del menor (escuela, médico, celebraciones).
- Toma de decisiones importantes sobre la vida del menor sin previa consulta del cónyuge.
- Crítica a la profesión o situación financiera del progenitor.
- Obligar al hijo a optar entre el padre o madre.

Los padres deben responder frente a estos actos que implican daños causados por el SAP que origina directamente contra los hijos que traen como consecuencia, disturbios psicológicos, ansiedad, pánico, uso de drogas, alcohol para aliviar la culpa de la alienación, suicidio, baja autoestima, falta de relacionamiento social, embarazo precoz.

58. Criterios psicológicos del SAP

Según María Paz Sáenz, Psicóloga Clínica, nos informa que como primer elemento, debe tomarse en cuenta que el SAP es un fenómeno que no ha sido aceptado ni reconocido por la Organización Mundial de la Salud (OMS), ni por la Asociación Americana de Psicología (APA) organizaciones estas de mayor reconocimiento en temas de salud mental, las que mantienen publicaciones actualizadas que clasifican los trastornos mentales vigentes, el DSM IV-TR y el CIE-10 respectivamente.

Queda claro, desde ya que el uso del SAP como fundamento para determinar la suerte de un niño en un proceso judicial de tenencia, puede resultar arriesgado.

El SAP ha sido y continúa siendo investigado por muchos científicos de la salud y, actualmente, es reconocido como un trastorno por muchos psicólogos. Al encontrarnos ante un caso de supuesto SAP (con sus síntomas) es importante tener en cuenta las recomendaciones y pautas de los especialistas, más aún al momento de resolver un proceso judicial que afectará la relación de un niño con sus padres, relación que marcará al niño en su desarrollo social futuro.

Actualmente, los profesionales que respaldan el reconocimiento del SAP como trastorno mental lo definen como un estado mental en el que un niño forma una fuerte alianza con uno de los padres (padre alienante) y rechaza una relación con el otro (padre alienado) sin causas legítimas, típicamente a causa de la influencia activa del alienante. Para señalar un SAP deben estar presentes algunas o todas las siguientes características en el comportamiento del niño:

- Realizar una campaña de denigración sobre padre alienado (usualmente verbal);
- Racionalizar de modo absurdo sus críticas y desprecio al padre alienado;
- Falta de ambivalencia en su discurso;
- Expresar que todo lo que piensan es de iniciativa propia y sin influencia (fenómeno del “pensador independiente”), apoyo reflexivo al padre alienante;
- Carencia de sentimientos de culpa por sus maltratos al padre alienado o empatía hacia él;
- Utilización de ejemplos que no le corresponden para apoyar su denigración al padre alienado o de palabras que no son propias de su vocabulario; y,
- Extender el rechazo o denigración hacia los familiares del padre alienado.

El SAP es un fenómeno que tiene consecuencias nocivas y de largo plazo. Estas van desde el establecimiento de una relación negativa y sostenida por el temor y denigración hacia uno de los padres hasta el establecimiento de relaciones interpersonales nocivas con terceros ajenos a la familia, llámese amigos, colegas, superiores, la sociedad en general y el Estado. El SAP es un problema preocupante y que debe ser atendido como prioritario cuando se da en desmedro de un progenitor que, a su vez, sea o haya sido en la primera infancia una de las principales figuras cuidadoras del niño en cuestión (padre o madre que lo crió).

El establecimiento de una relación personal con el progenitor encargado de su cuidado (cuidador) es llamado apego. El tipo de apego que desarrolle un niño con su cuidador será sumamente importante e influyente en todos los tipos de relaciones

que posteriormente, como adolescente y adulto, desarrolle y mantenga con los demás. Esto es trascendental para el Estado, pues un apego inseguro o ambivalente, como el que puede resultar de un SAP, fomentará que todas las relaciones de esa persona se caractericen por la desconfianza, desinterés y ansiedad. Asimismo, la falta de empatía en las relaciones es uno de los síntomas de este fenómeno.

La construcción de este tipo de relaciones debe constituir una preocupación para el Estado, en tanto una persona que desconfíe de los demás, desconfiará también de la sociedad en general, del Estado, del sistema jurídico, etc. y, por lo tanto, será más propensa a tomar justicia por su cuenta. Una persona desinteresada en los demás y con baja capacidad de ponerse en el lugar del otro (empatía) será más proclive a cometer faltas contra las demás personas, incluso crímenes. En ese sentido, la intervención del Estado, a través del Poder Judicial, para proteger al niño y al padre alienado es fundamental y en general lo será en los casos de SAP.

Debe señalarse que los tipos de apego inseguro y ambivalente no son exclusivos de las familias donde se da un SAP, ni tampoco de familias donde hay situaciones conflictivas de tenencia, ni siquiera son exclusivos de familias donde hay divorcios o separación de los padres. Lo que debe existir para que un SAP se presente en una familia es un padre alienante que sistemáticamente distorsione el apego seguro formado entre el niño o adolescente y el padre alienado. Incluso, puede haber una fuerte alianza de parte de un niño con uno de sus padres y el rechazo al otro sin que haya un SAP ni la intención de ninguno de sus padres por quebrar su relación con el otro.

Tomando esto en consideración, ¿cuál sería el criterio para que el Estado intervenga y favorezca el apego seguro de un niño o adolescente? Este debe tender a que todos los padres de familia creen un vínculo seguro con sus hijos que, en caso de separaciones o divorcios, escoja siempre al padre más capacitado para otorgarle la tenencia, que garantice un régimen de visitas favorable, y que penalice los comentarios negativos que un padre hace sobre el otro.

59. Casuística nacional

Dos son los primeros fallos que en esta materia se ha dictado:

- *El síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna incide negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los niños. Por lo cual, sus declaraciones en el sentido de que prefieren vivir con su padre, deben ser tomadas con reserva, siendo necesario que se restablezcan los vínculos materno-filiales⁽⁶⁷²⁾, Ver Anexo 2.*

(672) Cas. N° 2067-2010-Lima, *El Peruano*, 01/09/2011.

Análisis:

En lo que respecta a este caso específico, es difícil sentar una posición al no haber accedido a suficiente información como para determinar si efectivamente existía un caso de SAP. Por lo señalado en los informes del Equipo Multidisciplinario y del Hospital Cayetano Heredia citados en la sentencia, definitivamente existían síntomas de SAP. Los niños mostraban una alianza muy fuerte con el padre. Se lo señala como el único progenitor significativo y al que percibían como autoridad. Asimismo, los niños manifestaban rechazo a la madre y su vínculo estaba debilitado siendo, principalmente los sentimientos que exhibían hacia ella, de denigración y rechazo, mostraban una campaña de denigración verbal hacia ella. No queda claro si el padre fomentaba de modo intencionado esta campaña pero la falsa acusación de maltrato por parte de la madre podría darnos alguna pista de ello, consolidándose un síntoma básico de SAP, sin embargo, este último queda en el terreno de la especulación.

Los considerandos Vigésimo y Vigésimo Primero indican claramente que la relación con la madre ha sido disminuida y debe ser restablecida. Los comentarios humillantes que se señalan son muestra del apego inseguro de estos niños con su madre y los sentimientos nocivos hacia ella. Ello conlleva consecuencias negativas para los niños en su desenvolvimiento social actual y, si no se remedia rápidamente, también en su desenvolvimiento social de largo plazo. Asimismo, puede traerles consecuencias negativas en otras áreas de desempeño, tales como sus actividades académicas. Si las acusaciones de maltrato a la madre son reales, *i.e.* que si la madre sí maltrataba a los niños, no se podría hablar de síntomas de SAP, pues habrían causas legítimas para rechazarla.

El restablecimiento de las relaciones entre los menores y el progenitor alienado debe ser paulatino. Como es evidente, al no ser considerado por ellos como un buen cuidador, de exponerlos a estar con este sin otra alternativa, puede favorecer la imagen negativa que los menores mantienen sobre este progenitor. En este caso específico debe tomarse estos elementos en cuenta pero considerar que el potencial riesgo para los menores es el permanecer más tiempo con el padre, a quien se lo acusa de violación a menores.

Por último, debe discutirse la validez del diagnóstico de SAP y su uso como sustento para determinar este caso de tenencia. En la práctica privada muchos especialistas ya señalan un SAP y siguen las recomendaciones que los estudiosos del tema y las instituciones que los respaldan han sugerido. Sin embargo, es arriesgado que el Estado utilice este fenómeno aún en polémica para determinar la solución definitiva de casos tan delicados. No obstante, con o sin trastorno diagnosticado, hay hechos que existen y coinciden con los síntomas de SAP, por lo que es necesario que, a modo preventivo, no se tome en cuenta la opinión de los menores respecto de con quién de sus padres desean permanecer, pues podría tratarse de una opinión alienada. Siempre que ambos padres sean lo suficientemente saludables,

no perfectos, pero suficientemente buenos para ellos, es importante que se busque favorecer los vínculos de los hijos menores con ambos.

- *De los informes psicológicos se verifica que la menor en un principio se identificaba con ambos padres, pero luego de que la madre obtuvo provisionalmente la tenencia, se advirtió una reacción y conducta distinta con el padre, por la influencia negativa que habría ejercido la madre, denominada alienación parental, creándose una imagen distorsionada del padre, lo que desmerece el ejercicio cabal de una posible tenencia a favor de la madre⁽⁶⁷³⁾ Ver Anexo 3.*

Análisis:

En este caso, es de resaltar lo que se aprecia a fojas treinta y uno del expediente principal donde la demandante, la madre, interpone demanda de tenencia y custodia de sus menores hijas refiriendo la existencia de maltratos físicos y psicológicos hacia ella y las niñas por parte del padre. Esta acusación impide hablar de la existencia del SAP pues es condición básica para su existencia que el rechazo al padre alienado sea infundado, es decir que no exista un motivo o fundamento, mientras que cuando hay maltrato, el rechazo es una consecuencia de un fundamento.

Es de precisar que aunque no se trate de un SAP es posible que un padre influya activamente y de forma voluntaria en la modificación del esquema que un hijo tiene sobre el otro padre. En este caso, que la madre colabore con el rechazo que su hija menor mostró hacia el padre. Que haya alienación parental o intentos de un progenitor de que su hijo rechace al otro no determina de forma automática la calidad de mejor padre para obtener la tenencia, tal como se explica en los fundamentos de la sentencia. Deberán tomarse en cuenta todos los factores que hacen que un padre sea el más apto para ejercer la tenencia. En este caso específico, que la madre haya influido en pocos días al rechazo de la hija al padre, no la hace la menos adecuada. Quizá sí la haga la menos adecuada el que incumpla lo que dictan los jueces o los rasgos histriónicos que el padre alega. De la misma forma, el padre no se convierte en el mejor para ejercer la tenencia porque haya sido blanco de un intento de alienación parental. Debe tomarse en cuenta que se lo acusa de abuso, por ejemplo, y quizás eso lo haga el menos indicado.

60. Consideraciones generales

El SAP es un abuso que se comete contra los hijos. Podemos considerarla perfectamente como una forma de violencia familiar, un maltrato infantil, en el que se utiliza la inocencia de los hijos para hacerles creer una situación familiar en contra de su progenitor. La inocencia de la infancia una vez robada jamás podrá

(673) Cas. N° 5138-2010-Lima.

ser restituida⁽⁶⁷⁴⁾ de allí la importancia en restringir y penalizar estos que interfieren en la formación psicológica de los hijos, violando sus derechos fundamentales dentro de los que se encuentra el derecho a la convivencia familiar.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ARIAS SCHREIBER PESTE, Max. *Exégesis*. Tomo I, 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Personas. Derecho Civil I*. 15ª edición revisada y puesta al día, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
- BAROFFIO, Natalia y GARCÍA SANTAS, Carlos. “Responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos”. En: *Revista de derecho de daños, Daños en las relaciones de familia*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001-2.
- BELLUSCIO, Augusto. “Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre”. En: *La Ley*, 2002-D.
- BERBERE DELGADO, Jorge Carlos y HAISSINER, Liliana. “El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental”. En: *La Ley*, 17/08/2011.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- BORDA, Alejandro. “La capacidad”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “Determinación de los alcances del principio del interés superior del niño en los procesos de tenencia”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 221, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- BRUGUI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. México, 1946.
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “Cómo obtener la tenencia sin ser el progenitor”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 17, N° 163, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- CARRANZA CASARES, Carlos. “La guarda como institución civil con soporte constitucional”. En: *La Ley*, 2003-F, p. 106.

(674) BERENICE DIAS, María (Coord): Incesto e alienação parental. Realidades que a justiça insiste em não ver, Ed. Revista dos tribunais. IBDFAM, 2008, p. 109.

- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I. 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Editorial Studium, Lima, 1987.
- DE BARROS MONTERO, Washington. *Curso de Derecho Civil*, 36ª edición actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Ed. Saraiva, Sao Paulo, 2001.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo I y III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1998.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 132.
- DÍAZ ALABART, Silvia. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)”. En: *Revista de derecho privado*, mayo - junio de 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 5ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- DECKER MORALES, José. *Código de familia*. 3ª edición revisada y ampliada, Editorial Los amigos del libro, Bolivia, 2000.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Presunción de capacidad de ejercicio”. En: *Código Civil comentado*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2003.
- FASSI, Santiago y PETRIELLA, Dionisio. *Código Civil italiano*. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1960.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Lima, Grijley, 2001.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Editorial Uthea, México, 1947.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001.

- GONÇALVES STRENGER, Guilherme. “Poder familiar - Guarda e regulamentação de visitas”. En: Ives Granda da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto (Coordinadores): *O novo Código civil: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, Editora LTR, Sao Paulo, 2003.
- GORDILLO, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001.
- JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del menor*, Editora Presencia, Bolivia, 2002.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”. En: *Revista de derecho de daños, Daños en las relaciones de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores, 2001-2.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “El derecho del menor a su propio cuerpo”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho de Familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930.
- LEAL DE LIMA OLIVEIRA, Marcelo. “A Aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno”. En: *Revista de direito privado*. Nº 15, Ed. Revista dos Tribunais, julho-setembro, Sao Paulo, 2003.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*, 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- MEDINA, Graciela. *Visión jurisprudencial de la violencia familiar*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de familia*. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- NAYMARK, M.S. y CAÑADAS, F. Adan. *Diccionario jurídico Forum*, Tomo II, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1947.
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil anotado e Legislação extravagante*, 2ª edição revista e ampliada, editora Revista dos tribunais, 2003.

- PACTET, Christiane. *Le droit de visite des grands-parentes et l'art. 371-4 du Code Civil*. París, 1972.
- PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de Familia y sus instituciones*, 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002.
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1980.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Derecho de Familia, Segunda parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Editorial Rhodas, Lima, 1997.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Derecho Civil*. Biblioteca clásicos de derecho, Oxford University Press, Primera serie, volumen 8, 1999.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Editorial Eunsa, Pamplona, 1982.
- RODRIGUES, Sílvio: *Direito Civil. Direito de Família*. 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
- SILVA SERNAQUE, Santos. *Código Civil de Puerto Rico*. Editorial Barco de Papel, Mayagüez, 1998.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*, Esbôço, tomo I, Ministerio da Justiça e negocios interiores, 1952.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados”. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, abril de 2002.
- WINOGARD, Carolina. “La acción de daños derivados de la violencia y el divorcio en la jurisprudencia norteamericana”. En: *Revista de derecho de daños*, Daños en las relaciones de familia. Rubinzal - Culzoni Editores, 2001-2.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

ANEXO 1

Diferencias y semejanzas entre el Arrendamiento, Superficie y Usufructo		
Arrendamiento	Superficie	Usufructo–Nuda propiedad
Del latín, ar por ad, acción; reddere, volver a dar; de re, segunda vez y dere, tema frecuentativo de dar. Acción de volver a dar.	Del latín super, sobre y facie, cara. Es una de las caras de un plano, aquella que vemos; la que no vemos se llama inferficie.	Del latín usus fructus, uso de los frutos.
Arrendador Arrendatario	Superficiante o dominus soli Superficiario	Usufructuante o nudo propietario Usufructuario
Uso y disfrute temporal	Construir en terreno ajeno o aprovechamiento de una parte del suelo. Tener y mantener en terreno ajeno –sobre o bajo el suelo– una edificación de propiedad separada, pudiéndole disponer y gravarla Implica dos derechos - Der. de construir o aprovechar - Derecho a la propiedad superficial	Uso y disfrute temporal Explotar de forma normal y acostumbrada.
El arrendamiento es oneroso y conmutativo (intercambio de atribuciones patrimoniales). Es bilateral y sinalagmático (las obligaciones son recíprocas para las partes). Es de tracto sucesivo (engendra una relación obligatoria).	Es un derecho real que permite edificar o plantar en terreno ajeno y hacer suyo lo edificado y plantado y también es el derecho de comprar edificaciones o plantaciones con independencia del suelo.	Es un derecho real usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro con tal que no se altere su substancia.
10 años Para arrendar bien de menor por más de 3 años se requiere autorización judicial	99 años En caso el bien sea de menor de edad se requiere autorización judicial	- Hasta la muerte del usufructuario - 30 años si es persona jurídica
Oneroso En caso ser gratuito se regula por las normas de uso o derecho de habitación	Oneroso o gratuito	Oneroso o gratuito
Der. Personal	Der. Real Es un derecho que el titular tiene directamente sobre la cosa sin intermediación del propietario	
Contrato bilateral	Acto jurídico inter vivos o mortis causa	Acto jurídico, uni o bilateral, mandato o por ley
Transferible a herederos	Transferible a herederos	No transferible a herederos

	El <i>dominus soli</i> adquiere propiedad del superficiario pagando su valor, salvo pacto en contrario.	
Subarrendamiento	Subsuperficie o superficie de 2	
Recae sobre cualquier bien	Recae sobre tierras edificables	Recae sobre cualquier bien
Uso	Uso - Construir	Uso
Bien mueble o inmueble, presente o futuro, sujeto a condición.	Edificación o aprovechamiento del suelo (Derecho de superficie forestal o de silvicultura, hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones existentes pudiendo gravarlas).	<ul style="list-style-type: none"> - Usufructuario debe respetar forma y sustancia de la cosa, no puede cambiarla - El usufructo de un edificio alcanza el suelo.
	Puede ser transferido a título oneroso o gratuito o gravado	
<p>El arrendador paga el Impuesto Predial, Impuesto a la Renta y los tributos que afecten al propietario del Inmueble en forma exclusiva.</p> <p>El arrendatario paga servicios públicos, privados y arbitrios municipales creados o por crearse, así como cualquier otro gasto correspondiente al Inmueble.</p>		El usufructuario debe pagar los tributos, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes.
<p>Concluye:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Al vencimiento del plazo 1699. - Cuando el arrendador es vencido en juicio sobre el derecho que tenía 1705, 1. - Si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo, 1705, 2. - Por la destrucción total o pérdida del bien arrendado, 1705, 3. - En caso de expropiación, 1705, 4. - Si dentro de los 90 días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán el contrato, 1705, 5. 	<p>Extingue (sin base legal)</p> <p>Transcurso del plazo, resolución, abandono, renuncia del superficiario, confusión, mutuo disenso, expropiación, por no uso.</p> <p>El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido (1033).</p>	<p>Extingue (1021)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cumplimiento de los plazos máximos o el indicado en el acto constitutivo. 2. Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años. 3. Consolidación. 4. Muerte o renuncia del usufructuario. 5. Destrucción o pérdida total del bien. 6. Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara su extinción.

<p>De un todo puedo alquilar una parte. La inscripción del arrendamiento parcial se hace detallando de las áreas materia de arrendamiento, a efectos de brindar una publicidad legal adecuada</p>		
<p>Inscripción</p>		
<p>Artículo 1708.- En caso de enajenación del bien arrendado se procederá así:</p> <p>1. Si el arrendamiento está inscrito, el adquirente debe respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en la posición del arrendador.</p> <p>2. Si no fue inscrito, el adquirente puede darlo por concluido.</p> <p>Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación (2019-6).</p>		
<p>Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Artículo 100.- “Para la inscripción del arrendamiento, derecho de uso, derecho de habitación, servidumbre, usufructo, o cesión en uso que afecten parte del predio, no se requerirá la independización previa. Cuando la determinación del área sobre la que recae el derecho no aparezca claramente en el título, se requerirá la presentación de planos”.</p>		

ANEXO 2

CAS. N° 2067-2010-LIMA

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE: Gerardo Antonio Rosales Rodríguez**DEMANDADA:** María Elena Meier Gallegos**MATERIA:** Tenencia y custodia de menor**FECHA:** 26 de abril de 2011

En tanto se imputan al padre actos contra la libertad sexual de una menor de edad hermana de sus hijos y, la relación materno-filial se resquebraja cada vez más, queda demostrado que el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna sigue incidiendo negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los niños. Por lo cual, las declaraciones de estos últimos en el sentido de que prefieren vivir con su padre deben ser tomadas con reserva, siendo necesario que se restablezcan los vínculos materno-filiales. Asimismo, los criterios del Código de los Niños y Adolescentes son orientadores mas no determinantes, siendo el parámetro lo más beneficioso para los niños, lo que determina que la madre ejerza la tenencia.

CAS. N° 2067-2010-LIMA.

Lima, veintiséis de abril de dos mil once.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

con los acompañados; de conformidad con el dictamen Fiscal Supremo; vista la causa dos mil sesenta y siete guión dos mil diez, en audiencia pública llevada a cabo el día de la fecha, oído el informe oral y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia: **I. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Gerardo Antonio Rosales Rodríguez contra la sentencia de vista, su fecha cinco de abril de dos mil diez, la cual confirma la apelada que declaró infundada la demanda interpuesta por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez y fundada en parte la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos, con lo demás que contiene. **II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante Ejecutoria Suprema del veintisiete de setiembre de dos mil diez, se declaró procedente el recurso de casación por infracción normativa de naturaleza procesal de los artículos VII, VIII del Título Preliminar, 82, 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, así como de los artículos 50 inciso 6); 122 inciso 3), 188, 197, 189, 200 y 335 del Código Procesal Civil, y, artículo 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado. Respecto de lo cual el recurrente denunció: **a) infracción normativa de los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes,** señala que la Sala Superior no menciona el fundamento jurídico por el cual establece que la finalidad del proceso de tenencia sirve para restablecer vínculos y trato directo con una de las partes (en este caso la madre) en desmedro de la otra, en este caso el padre, ciertamente cuando se discute la tenencia, indefectiblemente uno de los padres no tendrá el vínculo directo, pero la finalidad de esta institución (la tenencia) no es la que pretende darle la Sala Superior, sino que los niños estén con el padre que favorezca su desarrollo integral. Bajo los argumentos de la Sala Superior, si los niños expresan sus deseos de estar con el padre, como no hacen para con la madre, entonces la tenencia debe ser otorgada a la madre, para restablecer el vínculo con ella. Bajo este absurdo criterio, bastaría que uno de los padres demostrara en todo proceso de tenencia que es el peor que se lleva con los hijos, para pedir luego le entreguen la tenencia para restablecer sus vínculos, en desmedro del otro con el cual los niños se llevan mejor. Esto no resiste el más mínimo razonamiento lógico jurídico. **b) Infracción normativa del artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes,** argumenta que cuando se dispone en todo caso la variación de la tenencia como ocurriría en el presente caso, esta no puede ser sino paulatina o progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño. Una separación abrupta o inmediata de un entorno familiar continuo sería grave y perjudicial para cual-

quier niño, lo que se subsume también en el principio de interés superior del niño, que así también ha sido vulnerado. Sin embargo, la Sala Superior ha inaplicado esta norma, sin motivar en nada su omisión, por lo tanto su inaplicación constituye una infracción normativa vulnerando además la tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y debida motivación, por lo que deviene en nula la sentencia. **c) Infracción normativa del artículo 84 inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes;** manifiesta que la Sala Superior no se ha pronunciado respecto a que los niños han estado con el padre y los hermanos de este todo el tiempo, sin lapso de interrupción, lo cual constituye inaplicación al caso concreto de la norma denunciada, en tanto no aplica al caso concreto (sin motivar su inaplicación) la norma que establece deberá tenerse en cuenta que los hijos permanecerán con el progenitor con quien convivió mayor tiempo. Esta es una norma que obliga al juez a motivar su resolución en relación concreta también –entre otros– a dicho criterio, ya sea para negar o no su aplicabilidad al caso concreto. Sin embargo, lo que no se puede es callar respecto de dichas circunstancias, no referirse a ellas en el caso concreto e inaplicar la norma descrita. **d) Infracción normativa del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes,** aduce que las opiniones de los niños son explícitas y realizadas ante psicólogos que no establecen que existe síndrome alguno, no evidencia que dañe o se dude de la libre voluntad y opinión que toman de los niños, que desvirtuar dichas opiniones recibidas, es infracción a la norma invocada. Además, resulta totalmente arbitrario que luego se pretenda desvirtuar dichos medios de prueba por vicios no probados e imputados mucho tiempo después de que se expresaron dichas opiniones. **e) Infracción normativa del inciso 6) del artículo 50 del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado,** señala que la Sala Superior en su noveno considerando establece que la sentencia de mérito respecto a los actos de violencia de la madre hacia sus hijos, se tiene que “en dicha fecha, la madre se encontraba alejada de sus hijos, y por lo tanto resulta imposible que ella fuera la autora, tanto más si se concluye que se trata de lesiones recientes. Aún más se evidencia incongruencias de la denuncia del padre” y por lo tanto –concluye– no está probado el maltrato físico y psicológico hacia los hijos que alega el padre. A pesar que la misma Sala Superior ya estableció en el considerando octavo de la sentencia de vista, que no se puede pronunciar sobre procesos en trámite; sin embargo, aquí sí es notoriamente concluyente en contra del proceso mismo de violencia familiar de la madre contra sus hijos, proceso de conocimiento del Tercer Juzgado Transitorio de Familia de Lima Exp. N° 183512- 232-2007. La Sala se pronuncia desvirtuando dicha denuncia con lo que evidencia una total parcialidad e incongruencia de la sentencia, vulnerándose las normas procesales invocadas o infracción normativa del inciso 3) del artículo 122 del Código Procesal Civil, argumenta que la Sala Superior no menciona sustento jurídico o norma para establecer que el muy discutible (para la jurisprudencia y aun para la doctrina) síndrome de alineación parental es una prueba determinante para casos de tenencia. Ciertamente, esto es infracción a la norma procesal invocada, en tanto que la misma establece que deberá mencionarse el fundamento de derecho aplicable en cada punto, estando que la Sala Superior no indica el fundamento de derecho para establecer cómo es que un supuesto síndrome de alienación parental constituye prueba determinante para casos de tenencia. **f) Infracción normativa del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado,** manifiesta que para el caso concreto no se ha tenido en cuenta las pericias psicológicas de la Madre que la describen como una persona necesitada de tratamiento; que está acreditado en autos que se ha pedido e instado, aun con informes periciales, que la madre debe llevar un tratamiento para modificar sus propios malos hábitos y comportamiento para cumplir su rol de madre; tampoco han sido referidos en la sentencia a pesar que fue materia de apelación y aquí se ha vulnerado flagrantemente la norma denunciada. Ciertamente la Sala Superior debe motivar su sentencia, en el sentido de la exigencia constitucional que se entiende contiene que además el juez deberá señalar y articular motivadamente, en la argumentación de lo decidido los hechos fundantes de los cuales se tiene conocimiento imparcialmente, no remitiéndose a la fundamentación de una mínima apreciación de todos los hechos manifiestamente pertinentes. **g) Infracción normativa de los artículos 188, 189, 197, 200 y 355 del Código Procesal Civil,** argumenta que antijurídicamente la Sala

Superior al establecer que el síndrome de alienación parental constituye prueba determinante en la decisión sobre tenencia, prescindiendo arbitrariamente de la prueba especial que ordenó realice el Programa Mamis del Hospital Cayetano Heredia, para determinar si existe síndrome en el caso concreto, e inmotivadamente en su reemplazo dar mérito probatorio a un informe de carácter general psicológico del equipo multidisciplinario, pues en el duodécimo y décimo tercer considerando, establece la sentencia que los psicólogos han determinado, en el informe de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, suscrito por ocho profesionales especializados en problemas de familia, que existe el síndrome de alienación parental que constituye prueba determinante en la decisión que se adopta, razón por la cual se prescindió de la evaluación psicológica dispuesta a fojas mil seiscientos veintiséis. **III. CONSIDERANDO: Primero.-** Que, en atención a lo alegado por el recurrente, debe resaltarse, en principio, que las normas procesales de carácter general denunciadas como vulneradas están referidas, en estricto, a la observancia del debido proceso, la tutela procesal efectiva y el deber de motivación de las resoluciones judiciales –en el que está inmerso el principio de congruencia procesal–, vale decir, principios y garantías de la administración de justicia consagrados por los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. **Segundo.-** Que, el debido proceso, comprende “(...) un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, la actividad probatoria, la motivación de las resoluciones judiciales, la economía y celeridad procesales, entre otros (...)”⁽¹⁾ existiendo por lo tanto infracción normativa cuando en el desarrollo del proceso no se respetan los derechos procesales de las partes, se obvian o alteran actos de procedimiento o la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva. **Tercero.-** Que, en relación al tema, como bien señala el Tribunal Constitucional: “(...) el debido proceso parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú”⁽²⁾; de allí que el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil ratifique que “toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. Entre las garantías procesales aludidas se encuentran el acceso a la justicia, el derecho a probar, el derecho de defensa y la igualdad procesal; empero, debe resaltarse que la tutela judicial efectiva no supone per se la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que toda demanda deba finalmente ser declarada fundada, por cuanto la decisión judicial está supeditada al caudal probatorio aportado por las partes, conforme lo estipulado por el artículo 196 del Código Adjetivo⁽³⁾ y su valoración. **Cuarto.-** Que, conforme define el Tribunal Constitucional la tutela judicial efectiva, es “(...) un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el lineamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión sino que se busca garantizar que tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”⁽⁴⁾. **Quinto.-** Que, ahora bien, uno de los contenidos del derecho al debido proceso

(1) Cas. N° 2106-2005-CUSCO.

(2) Fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en el Exp. N° 3392-2004-HC/TC.

(3) Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

(4) Fundamento Jurídico 6 de la sentencia recaída en el Exp. N° 763-2005-PA/TC.

es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente planteadas por las partes en cualquier clase de procesos, lo que garantiza que los jueces justifiquen sus decisiones asegurando la sujeción de la potestad de administrar justicia a la Constitución y a la Ley, así como un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. **Sexto.-** Que, la motivación de las resoluciones judiciales tiene una doble connotación, pues, de un lado es un deber de quienes administran justicia, y de otro, es un derecho de los justiciables y de la sociedad en su conjunto. Desde la óptica del deber, exige que los jueces expresen en la resolución, en forma lógica y razonada, el proceso mental desarrollado a fin de resolver la litis sometida a conocimiento. En relación a este aspecto, resulta importante anotar que no es relevante la extensión de la motivación siempre y cuando la resolución se encuentre aparejada de fundamentación fáctica y jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma exprese suficiente justificación de la decisión adoptada. Dada la trascendencia del deber de motivación de las resoluciones judiciales, a su vez recogido por el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽⁵⁾, el ordenamiento procesal civil por los artículos 50 inciso 6) y 122⁽⁶⁾ sanciona con nulidad aquellas resoluciones que contravienen el referido precepto constitucional. **Sétimo.-** Que, en relación a cómo determinar si estamos frente a una resolución carente de motivación, el Tribunal Constitucional resulta enfático al establecer que: “(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrarrestar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis (...); el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino, en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriva del caso (...)”⁽⁷⁾. **Octavo.-** Que, precisado el marco conceptual corresponde entonces analizar las infracciones normativas denunciadas por el recurso extraordinario. En ese sentido, **en relación a la presunta infracción normativa del inciso 6) del artículo 50 del Código Procesal Civil, así como de los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado**, no se corrobora la alegada vulneración al principio de congruencia procesal y, por ende, al deber de motivación de las resoluciones judiciales y al debido proceso, por cuanto en los considerandos octavo y noveno el ad quem justifica la decisión de otorgar la tenencia y custodia de los niños xxx y zzz a doña María Elena Meier Gallegos en mérito a la contrastación de los fundamentos de las demandas de tenencia acumuladas y el caudal probatorio aportado al proceso, lo que conlleva a la Sala Superior a determinar, de un lado, que el origen y

(5) Artículo 12.- Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.

(6) Artículo 50.- Son deberes de los Jueces en el proceso: (...) 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

Artículo 122.- Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. (...) La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requerirán de los signados en los incisos 3, 5 y 6, y los autos del expresado en el inciso 6. La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive (...).

(7) Fundamentos jurídicos 6 y 7 de la sentencia recaída en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC-Lima.

naturaleza de los problemas familiares que condujeron a la separación física de los cónyuges y la actitud del padre de separar a la madre de sus hijos son las diversas agresiones físicas y psicológicas sufridas por la cónyuge; y; de otro, que no está probado el maltrato físico y psicológico alegado por el padre, ergo, no es que se emite pronunciamiento sobre procesos en trámite, sino que se valoran pruebas admitidas en la continuación de la audiencia única de fojas seiscientos ochenta y uno y seiscientos ochenta y dos, en relación a la demanda interpuesta por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez (Exp. N° 183516-2007-22) y la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos (Exp. N° 183507-2007-78). **Noveno.-** Que, resulta importante enfatizar, que dada la naturaleza específica del recurso extraordinario de casación no corresponde la revaloración de los medios probatorios; por lo tanto, no resulta atendible pretender el reexamen de las pericias médicas practicadas a doña María Elena Meier Gallegos. Asimismo, es de resaltar que acorde a lo estipulado por el artículo 366 del Código Procesal Civil, corresponde al apelante indicar el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución impugnada, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria; en dicho contexto, si bien el recurrente sostiene que la sentencia de vista ha omitido pronunciamiento respecto de que no se tuvieron en cuenta las pericias psicológicas de la madre que presuntamente determinan que debe someterse a un tratamiento para modificar sus hábitos y comportamiento, lo cierto es que del recurso de apelación de fojas mil seiscientos doce a mil seiscientos veintiuno, subsanado a fojas mil seiscientos veintiocho, se desprende que si bien se establece como agravio que: “No se ha acreditado que la demandante haya modificado sus propios malos hábitos de conducta, con la finalidad de convertirse en el mejor referente, guía y modelo para sus hijos, como arrojan las conclusiones de los informes”, este agravio no ha sido sustentado ni acreditado por el recurrente, pues a lo largo de su recurso de apelación no establece el sustento probatorio que acredite la conducta y/o hábitos inadecuados que atribuye a la demandante, lo cual relevó a la Sala Superior a emitir pronunciamiento sobre este extremo. Más aún cuando en el considerando Décimo Noveno de la sentencia de primera instancia se expresa que: “El codemandante (Gerardo Antonio Rosales Rodríguez) no ha probado los cargos de violencia, abandono y conducta inadecuada atribuidos a la madre, disponiéndose que, para el restablecimiento de la relación de la madre y los niños y la facilitación de un régimen de visitas favorable con el padre, todos los miembros de la familia se sometan a una terapia psicológica en el Programa Mamis del Hospital del Niño, donde se ha advertido la afectación que los niños presentan por encontrarse inmersos en el conflicto familiar, conforme se ha señalado en sus evaluaciones psicológicas”. Siendo así, la conducta o hábitos negativos atribuidos a la demandante es un aspecto que ya fue analizado por la sentencia de primera instancia, y que si bien su reexamen constituyó uno de los agravios del recurso de apelación, el recurrente no cumplió con sustentar su pretensión impugnatoria como lo ordena el citado artículo 366 del Código Procesal Civil, con lo cual la Sala Superior no tenía la obligación de emitir nuevo pronunciamiento sobre este aspecto. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que de la lectura de la sentencia de vista en la misma se realiza un análisis exhaustivo respecto al supuesto abandono de hogar por parte de la demandante y los supuestos actos de violencia física y psicológica de la madre demandante contra sus hijos menores de edad, conductas negativas que el demandante atribuye a la demandada, sobre lo cual la Sala Superior concluye en el octavo considerando que la demandada se vio obligada a retirarse del hogar conyugal por los continuos maltratos físicos y psicológicos que padeció por causa del demandante, que la demandada intentó retornar y recuperar la tenencia de sus hijos menores de edad en diversas oportunidades, siendo impedida de hacerlo; además, la Sala Superior en su noveno considerando concluye que no se encuentra probado el maltrato físico y psicológico hacia los hijos por parte de la demandada, como alegó el padre demandado. En consecuencia, estos aspectos, que forman parte de las conductas negativas atribuidas a la demandante han sido analizadas y descartadas en la sentencia de vista, por lo que no se advierte infracción normativa al deber de motivación de las resoluciones judiciales alegadas por el recurrente. Por otro lado, se advierte de fojas mil novecientos ochenta y seis a mil novecientos noventa y uno, la sentencia de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, emitida por el Tercer Juzgado Transitorio de

Familia de Lima, en el proceso de violencia familiar seguido contra María Elena Meier Gallegos por maltrato físico en agravio de los menores zzz y xxx, la misma que declara fundada la demanda, sobre la base del Certificado Médico Legal N° 001465-VFL, practicado a la menor xxx el nueve de enero de dos mil siete, y el Certificado Médico Legal N° 001467-CFL practicado al menor zzz el nueve de enero de dos mil siete, que dan cuenta que los referidos menores presentan lesiones leves recientes. Confrontando estos hechos con lo reseñado en la sentencia de vista, se advierte que los actos de violencia determinados por el Tercer Juzgado de Familia de Lima, son los mismos hechos alegados por el demandante referidos a los actos de violencia de madre hacia sus hijos acaecidos después del tres y cinco de enero de dos mil siete, actos que en este presente proceso el demandante ha pretendido acreditar con los mismos certificados médicos citados por la sentencia del Tercer Juzgado de Familia de Lima, certificados médicos que en el presente proceso se encuentran a fojas doscientos noventa y ocho a trescientos del expediente acumulado N° 183507-2007-00078-0 sobre tenencia y régimen de visitas interpuesto por María Elena Maier Gallegos con Gerardo Antonio Rosales Rodríguez. Al respecto, en la sentencia de vista se llega a la siguiente conclusión: “En cuanto a los actos de violencia de la madre hacia sus hijos, que el apelante alega se tiene que después de los hechos del tres y cinco de enero del año dos mil siete, el padre la denunció por violencia familiar; por lesiones que se recogen en los certificados médicos de hojas doscientos noventa y ocho a trescientos del acumulado, fechados el nueve de enero del año dos mil siete. Sin embargo, resulta que en dicha fecha, la madre se encontraba alejada de sus hijos, y por lo tanto resulta imposible que ella fuera la autora, tanto más si se concluye que se trata de lesiones recientes”. En consecuencia, los actos de violencia a que se refiere la sentencia de fojas mil novecientos ochenta y seis a mil novecientos noventa y uno, han sido analizados y descartados por la sentencia de vista recurrida. **Décimo.-** Que, en relación a la infracción normativa de los artículos 122 inciso 3), 188, 189, 197, 200 y 355 del Código Procesal Civil, debe meritarse que conforme se desprende del considerando décimo segundo de la resolución recurrida la Sala justifica la prescindencia de la evaluación psicológica a los niños xxx y zzz ordenada por resolución de fojas mil setecientos veintiséis en razón al resultado del informe emitido por el Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, el cual es valorado por la Sala Superior como prueba determinante de la decisión adoptada; vale decir, la Sala no consideró al síndrome de alienación parental como prueba determinante para resolver los casos de tenencia, sino que en el contexto de valoración de la prueba y atendiendo a que el presente proceso versa sobre un problema humano en el que están involucrados niños, cuya solución no puede dilatarse, deben privilegiarse los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referidos, de un lado, a la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el Código de los Niños y Adolescentes y la Convención sobre los Derechos del Niño, y de otro, al principio del interés superior del niño, conforme se aprecia de la motivación de la resolución de fojas mil ochocientos cincuenta y nueve, donde se determinó que: “Por recibido en la fecha, el informe remitido por el Equipo Multidisciplinario adscrito a la Corte Superior de Justicia de Lima y estando a los términos expuestos, a efectos de no dilatar el proceso en tanto que requieren una pronta administración de justicia, de conformidad con los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; Dispusieron: Prescindir del medio probatorio ordenado mediante resolución número once (...);” por consiguiente, queda desvirtuada la alegada vulneración del artículo 122 inciso 3) del Código Adjetivo. **Undécimo.-** Que, respecto a la valoración de la prueba, conviene precisar que el artículo 197 del Código Procesal Civil consagra el sistema de la libre apreciación de las pruebas, según el cual corresponde al Juzgador meritadas en forma conjunta utilizando su apreciación razonada. En orden a lo expresado, es derecho del justiciable, en el marco del derecho constitucional probar, que las pruebas –cuya finalidad a tenor de lo establecido por el artículo 188 del mismo cuerpo de leyes es acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos– sean valoradas en la sentencia en forma adecuada y con la motivación debida, sin embargo, debe tenerse presente que en la resolución solo deben ser expresadas

las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión. **Duodécimo.-** Que, en los considerandos décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto la Sala valora el informe del Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho en consonancia con lo advertido por sus profesionales miembros que lo suscriben, recogiendo la conclusión de los psicólogos en el sentido que los niños evaluados “sufren del síndrome de alienación parental”. De igual forma, se glosan los adjetivos calificativos utilizados por los niños y los aspectos más saltantes del citado informe, todo lo cual conlleva a la autoridad jurisdiccional a concluir que los niños necesitan restablecer el vínculo con la madre y tener un trato directo con aquella, a fin de reencauzar una mejor relación filiomaternal. **Décimo Tercero.-** Que, en dicho contexto, no se advierte infracción del derecho a probar, previsto en los artículos 188, 189, 197 y 200 del Código Procesal Civil, como tampoco del artículo 355 del mismo cuerpo de leyes, toda vez que la Sala justifica lógicamente y razonadamente tanto el motivo de la prescindencia del informe psicológico previamente ordenado en autos, como la valoración del caudal probatorio aportado al proceso, expresando a lo largo de los considerandos la *ratio decidendi* de la conclusión. Al respecto, se advierte además que el Informe Psicológico N° 030-HNCH-MAMIS-2010, su fecha abril de dos mil diez, obrante a fojas dos mil trescientos setenta y cinco, consistente en la evaluación psicológica de los menores zzz y xxx, emitida por la licenciada Belú Acuña Mayhue del Hospital Cayetano Heredia, que concluye que los referidos menores no presentan el síndrome de alienación parental, fue remitido por el Director del referido Hospital cuando la Sala Superior ya había prescindido de este medio probatorio conforme se advierte de la resolución veintiuno de once de noviembre de dos mil nueve, la cual obra a fojas mil ochocientos cincuenta y nueve, la misma que no fue impugnada. Asimismo, se constata que el referido informe psicológico del Hospital Cayetano Heredia fue presentado a la Sala Superior mediante oficio recibido el cuatro de mayo de dos mil diez, casi un mes después de haberse emitido la sentencia de vista, por consiguiente, no fue posible someterlo a un análisis pues anteladamente se prescindió de dicho medio probatorio, además de haber sido recibido extemporáneamente. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que en todo caso el citado Informe Psicológico N° 030-HNCH-MAMIS-2010 emitido por el Hospital Cayetano Heredia, no enerva las conclusiones arribadas en el informe del Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, pues existe contradicción entre los resultados del análisis practicado y la conclusión, por un lado, en relación del menor zzz se dice: “Emocionalmente evidencia poco control de sus impulsos, rasgos de ansiedad, dificultad para establecer contactos sociales e inestabilidad emocional, en relación a su dinámica familiar percibe al padre como figura significativa, en cuanto a la figura materna no es percibida como parte de la familia, evidenciando distanciamiento emocional”; y, respecto a la menor xxx, en la parte de resultados del informe se establece que: “En el área emotiva evidencia rasgos de impulsividad, necesidad de aprobación y afecto. (...) En relación al padre lo percibe como figura de autoridad, en cuanto a la figura materna se encuentra exceptuada, mostrando rechazo hacia la misma”. En consecuencia, para la psicóloga Belu Acuña Mayhua, que suscribe el referido informe, los menores presentan rasgos emocionales inestables y distanciamiento emocional hacia la madre, empero, sin mayor fundamento y en contradicción a lo anteriormente referido, se concluye que los menores no evidencian síndrome de alineación parental, sin embargo, en la sentencia de vista extensamente se hace referencia extensamente al informe del Equipo Multidisciplinario de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho: “(...) existe un régimen de visitas provisional que se ha supervisado a través de Psicólogos del Registro de Peritos Judiciales y del Equipo Multidisciplinario conformado por profesionales psicólogos adscritos al área de familia de esta Corte Superior de Justicia de Lima. En un primer momento llevado a cabo al interior del domicilio del padre, y luego, por las dificultades existentes que tampoco fueron superadas, en los ambientes en donde funciona dicho equipo. Con relación a la primera etapa corren de folios sesenta a sesenta y seis, los informes psicológicos (...) en los cuales consta el comportamiento y actitud asumida por xxx y zzz respecto a su madre. Así, en todas las visitas demostraron una falta de respeto, a través de frases humillantes

y carentes de afecto, que en más de una ocasión fueron proferidas delante del padre sin que este asumiera ningún tipo de actitud constructiva de la relación materno filial”. Debido a lo cual se ordena que las visitas se realicen en ambientes privados del área psicológica del Equipo Multidisciplinario. Así, conforme al informe de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro a mil ochocientos cincuenta y ocho, precisan que la conducta de los menores no ha variado. Concluyendo que esa conducta no es acorde con la inculcación correcta de los valores que les sirvan en su formación como personas, las sesiones se han caracterizado por una actitud hostil e irrespetuosa de los niños hacia su madre. Refiere además la sentencia de vista: “Todo ello demuestra la existencia de trastornos en su personalidad así como la falta de educación y formación en valores que permitan un desarrollo integral, normal y adecuado a su condición de personas menores de edad (...) los hechos así descritos, llevan a los psicólogos a considerar que se trata de niños alienados, es decir, que sufren del síndrome de alienación parental, es un proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores que se genera primordialmente en el contexto de las disputas por tenencia”. Por lo que el Equipo Multidisciplinario llega a la conclusión de que los niños necesitan restablecer el vínculo con la madre, tener un trato directo con la progenitora a fin de reencauzar una mejor relación maternal que resulta determinante para su desarrollo personal, tanto más si no se encuentra impedida de ejercer su rol maternal. Con lo cual, en la sentencia de vista ha quedado acreditado que los menores zzz y xxx sufren del síndrome de alienación parental, que es un proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores que se genera primordialmente en el contexto de las disputas por tenencia y que este síndrome ha sido ocasionado por el demandado y su entorno familiar. Esta conclusión a la que arriba la Sala Superior no solo se deriva del citado informe del Equipo Multidisciplinario, sino de las evaluaciones psicológicas de fojas sesenta a sesenta y seis del expediente acompañado N° 183516-2007-00022-71, sobre proceso cautelar sobre variación del régimen de visitas en los seguidos por María Elena Meier Gallegos con Gerardo Antonio Rosales Rodríguez. **Décimo Cuarto.-** Que, de otro lado, **en relación a la infracción normativa de los artículos 82, 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes**, se debe tener en cuenta que las referidas normas establecen las pautas a observar en caso de variación de la tenencia; los criterios orientadores para la determinación de la tenencia y custodia, así como la obligación del juez de hacer prevalecer la opinión del niño en procesos de esta naturaleza. La tenencia y custodia de los hijos, es un atributo derivado del ejercicio de la patria potestad, conforme se desprende del inciso e) del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, que favorece, además de la crianza del hijo, el desarrollo y fortalecimiento de la relación paterno-filial, corresponde a ambos padres; no obstante, de mediar una separación, los padres son los inmediatamente legitimados a determinarla de común acuerdo, caso contrario, o de resultar perjudicial la acordada, será el Juez Especializado el que lo decida en atención a lo que resulte más beneficioso para el hijo, esto es, desde la perspectiva de la aplicación del principio del interés superior del niño. **Décimo Quinto.-** Que, el principio del interés superior del niño forma parte del bloque de constitucionalidad que recoge el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, constituyendo uno de los pilares, además de criterio rector, de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, cuyo fundamento esencial es que toda decisión se justifique en el bienestar del niño, niña o adolescente involucrado en una controversia, cualquiera que fuera su naturaleza. En orden a lo expresado, resulta evidente que en los procesos de tenencia y custodia, donde los padres pugnan por ejercer en forma exclusiva y excluyente, el cuidado y responsabilidad del hijo, dicho principio con mayor motivo debe ser la fuente inspiradora de la decisión. **Décimo Sexto.-** Que, el Tribunal Constitucional respecto a la tenencia y custodia ha señalado: “(...) el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad integridad y salud. En este sentido, el

niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirse o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia. (Cfr. Exp. N° 1817-2009-HC, fundamentos 14-157) (...). Asimismo, el Tribunal Constitucional, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”, ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. Así, la eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado. En este sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tienen el deber de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Al respecto es necesario precisar que el deber de respeto referido no solo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad. (Cfr. Exp. N° 1817-2009-HC, fundamentos 18-20)⁽⁸⁾. **Décimo Séptimo.-** Que, como es de advertir, se recalca el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, especialmente bajo el cuidado de sus padres, en un ambiente en el que prime el afecto y su tranquilidad emocional; sin embargo, si por causas diversas deben vivir en forma separada a uno de sus padres, tienen el derecho de mantener con dicho progenitor el contacto necesario que asegure su desarrollo integral. **Décimo Octavo.-** Que, el artículo 84 del mismo cuerpo de leyes delimita algunos criterios orientadores, mas no determinantes, a ser tenidos en cuenta por el Juzgador a fin de dilucidar cuál de los padres ejercerá en forma exclusiva y excluyente la tenencia y custodia del hijo. De esta forma, establece criterios como: a) El tiempo de convivencia del hijo con los padres; b) La edad del hijo; están supeditados a su vez a que la tenencia y custodia del hijo recaiga en el progenitor que mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. Un aspecto que cabe resaltar, es la obligación del juez, en procesos como este, de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente a efectos de formar convicción de la decisión a adoptar, lo que resulta coherente con lo establecido por el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes. En ese sentido, debe meritarse que la premisa de la variación de la tenencia es que no produzca daño o trastorno al niño, de allí que por mandato legal, en principio, debe ser progresiva; sin embargo, la excepción prevista por la misma norma es la concurrencia de determinadas circunstancias, que impliquen peligro a la integridad de los hijos, en cuyo caso la decisión debe cumplirse inmediatamente. **Décimo Noveno.-** Que, al respecto, la Sala Superior en su considerado décimo sexto, glosa las conclusiones del informe de los psicólogos del Equipo Multidisciplinario, en el sentido de que: “no se aprecia un interés genuino del padre ni la familia paterna por mejorar la relación emocional entre los niños y su madre, las características apreciadas se corresponden con los rasgos esperados en un Síndrome de Alienación Parental, siendo el entorno paterno quien está colaborando con mantener negativa la imagen materna; se aprecia a unos niños

(8) Fundamentos Jurídicos 6, 7 y 8 de la sentencia recaída en el Exp. N° 02892-2010-PHC/TC.

con poco respeto por las normas y figuras de autoridad, cuyos valores morales también se ven mercados, lo que, sumado a la actitud hostil y ausencia de culpa por las ofensas hacia su madre, podrían ocasionar a largo plazo dificultades emocionales profundas en los niños”, para luego concluir que: “los niños involucrados necesitan restablecer el vínculo con la madre, tener un trato directo con su progenitora a fin de reencauzar una mejor relación maternal que resulta determinante para su desarrollo personal, tanto más si no se encuentra impedida de ejercer su rol maternal”. **Vigésimo.-** Que, la conclusión antedicha alude a que los niños evaluados presentan el denominado “Síndrome de Alienación Parental”, que según los estudios aportados por la doctrina, en especial por Richard Gardner⁽⁹⁾ y Aguilar Cuenca⁽¹⁰⁾, puede ser definido como: 1) El establecimiento de barreras contra el progenitor que no detenta la custodia del hijo; 2) La manipulación ejercida por un padre sobre su hijo a fin de que rechace la figura del otro progenitor; y, 3) Programación del hijo para que sin justificación odie al otro progenitor. El síndrome de alienación parental es catalogado por C. Segura y otros⁽¹¹⁾ como un tipo de violencia o maltrato emocional de los padres a sus hijos, cuyo origen es la separación y consiguiente disputa de los padres por la tenencia y custodia de aquellos. **Vigésimo Primero.-** Que, la Sala acorde a la referida conclusión pondera la necesidad de que los niños restablezcan inmediatamente vínculos afectivos con su progenitora, tanto más de la alerta ante el peligro de que sufran daños emocionales profundos como consecuencia del “síndrome de alienación parental” propiciado por el padre biológico y la familia paterna; como tal, no se contraviene el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes, sino que, por el contrario, se prioriza en forma implícita el principio del interés superior del niño. En este extremo, debemos señalar que la autoridad parental, como manifestación del ejercicio de la patria potestad, y, por ende, de la tenencia y custodia, no supone, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional por la sentencia precedentemente invocada, la crianza o el control arbitrario del niño, peor aún si esto implica atentar contra una diversidad de derechos fundamentales, como el derecho a la integridad, el derecho al desarrollo de la personalidad, el derecho a vivir en un ambiente sano y crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material. **Vigésimo Segundo.-** Que, es necesario añadir a lo precedentemente señalado que el Ad quem resalta hechos que constituyen consideraciones especiales que justifican que la variación de la tenencia no sea progresiva, sino, inmediata, como: 1) La declaración testimonial de María Luisa Uribe Escalante, profesora de la niña xxx, en el Colegio de la Cruz de Ica, quien relató que en una oportunidad la niña le refirió que “(...) cuando su señora madre salía a estudiar a ella y a su hermanito los mandan a dormir en el cuarto y les apagaban las luces y que en una oportunidad la menor cuando salió del cuarto por temor a la oscuridad vio a su padre y a su hermanita yyy desnudos y en una cama (...)” (considerando octavo); 2) La testimonial de Olimpia Ñaupas Auris, empleada del hogar cuando la familia residía en Luren, Ica, quien refirió que: “(...) una vez me

(9) GARDNER, Richard, “Recent trends in divorce and custody litigation”. En: *Academy Forum*. N° 29, Año 1985, pp. 3-7.

(10) AGUILAR CUENCA, José Manuel. *Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Editorial Almuraza, Córdoba, 2004. Este autor considera que: “El Síndrome de Alienación Parental (SAP) se define como un desorden que surge en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos, siendo su primera manifestación, la campaña de difamación injustificada contra una figura parental por parte del hijo, fenómeno que resulta del sistemático adoctrinamiento de uno de los progenitores y de la propia contribución del hijo a la denigración del progenitor rechazado”. (Cf., p. 65).

(11) SEGURA C, GIL, M.J., y SEPÚLVEDA. “El Síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”. En: *Cuaderno de Medicina Forense*. N° 43-44, abril 2009, pp. 117-128. Estos autores concluyen que: “No garantizar y obstaculizar el derecho fundamental del menor de mantener sus afectos y vínculos emocionales con sus progenitores y familiares, es una forma de maltrato que le provoca un daño a su bienestar y desarrollo emocional”. (Cf., p. 127).

encontraba limpiando el cuarto de las niñas, es que escuchó a la menor yyy le estaba pegando el señor y le decía ‘desde cuándo, desde cuándo y al terminar salgo de la habitación y seguir limpiando (...) me encontraba limpiando la cocina, veo que la menor sale del cuarto y se dirige al baño de visita y al poco rato sale el señor y también se dirige al mismo baño y se demoraron largo rato, en eso sale el señor (...) como a los diez minutos sale la menor del baño (...) me percató que la parte de atrás de la menor tenía una mancha blanca y esto se notaba porque la menor estaba con buzo negro y estaba mojado y era semen (...)’ (considerando octavo); y, 3) que, del análisis y valoración del informe emitido por el Equipo Multidisciplinario se desprende que “(...) sorprende que la conducta de los menores de edad no haya variado en lo absoluto, antes bien se observa que ha recrudecido respecto al trato denigrante y humillante hacia la madre” (considerando décimo tercero). **Vigésimo Tercero.-** Que, en tal contexto, se advierten circunstancias referenciales que suponen grave peligro para la integridad de los niños xxx y zzz: 1) La imputación de que el padre, ahora demandante, habría incurrido en actos contra la libertad sexual en agravio de una menor de edad –hermana de sus hijos por la línea materna– lo que pone en tela de juicio el cumplimiento de su rol paterno y su comportamiento en relación a la indemnidad sexual de sus hijos; y, 2) A pesar de los esfuerzos realizados para que con motivo del régimen de visitas la relación entre madre e hijos mejore, los hechos demuestran lo contrario, la relación materno-filial se resquebraja cada vez más, lo que demuestra indiscutiblemente que el síndrome de alienación parental provocado por el padre y la familia paterna sigue incidiendo negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los niños. Aspecto que se pone de manifiesto en el considerando décimo séptimo de la sentencia de vista, donde analizando el dictamen del Fiscal Superior de fojas mil setecientos, pondera que: “(...) si bien fundamenta su posición en los informes psicológicos corrientes en hojas setecientos cincuenta y ocho a setecientos cincuenta y nueve, que señala que la menor xxx ‘prefiere vivir con su padre’ (...), asimismo en el informe psicológico de folios setecientos sesenta a setecientos sesenta y uno, practicado al niño zzz, (...) ‘prefiriendo la del padre’. Dichas declaraciones en el contexto de alienación parental deben ser tomadas con reserva. En este sentido, además, se hace una ponderación del derecho de opinión previsto en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes con el derecho a no ser separados de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo adecuado con ellos, tal como lo consagra los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De tal manera que este colegiado no puede priorizar el otorgamiento de la tenencia y custodia a quien no ha observado y garantizado dicho derecho de los niños (...)”. Con lo cual, las declaraciones realizadas por los menores respecto a que prefieren vivir con su padre, deben ser ponderadas en el contexto de alienación parental, por lo que deben ser tomadas con reserva, pues como se ha precisado en los considerandos vigésimo y vigésimo primero, la figura materna frente a los menores ha sido mermada, siendo necesario que se restablezcan los vínculos materno-filiales. Asimismo, como también se ha precisado, los criterios previstos por el del Código de los Niños y Adolescentes, son orientadores, mas no determinantes, de la decisión; en consecuencia, la recurrida no infringe el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, por el contrario, la interpreta y aplica teniendo como parámetro qué es lo más beneficioso para los niños. **Vigésimo Cuarto.-** Que, en relación a la infracción del artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, debe tenerse en cuenta que si bien lo expresado por los niños y adolescentes en un proceso de tenencia y custodia debe ser especialmente apreciado por el juzgador, no menos cierto es que la decisión final debe tener como sustento, además de la opinión de estos, qué es lo más beneficioso para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente; de allí la importancia de la correcta valoración del causal probatorio aportado al proceso en aras de determinar: a) Cuál de los padres es el mejor capacitado para ejercer la tenencia y custodia de sus hijos; y, b) Cuál de los padres es el que garantizará el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. En lo que a este extremo se refiere, el ad quem mediante el considerando décimo séptimo efectúa una ponderación del derecho de opinión de los niños con el derecho a no ser separados de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, llegando a la conclusión que no se puede “priorizar el otorgamiento de

la tenencia y custodia a quien no ha observado ni garantizado dicho derecho de los niños (...)", lo que resulta congruente con lo establecido por el último párrafo del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes y que en modo alguno puede catalogarse como vulneración del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. **Vigésimo Quinto.-** Que, igualmente, se alega **infracción normativa de los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes**, referentes a la obligación de los operadores de justicia de interpretar y aplicar dicho cuerpo o conforme a los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú; así como al deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, de promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el Código de los Niños y Adolescentes y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre el particular, del análisis de la sentencia cuestionada se colige que dichas normas no han sido vulneradas por cuanto la justificación de la decisión adoptada, conforme a los fundamentos tácticos y jurídicos esbozados, es la trascendencia del problema humano y familiar en el que se encuentran inmersos los niños en correlación con el caudal probatorio obrante en autos y la primacía del principio del interés superior del niño, que acorde a lo expresado por el Tribunal Constitucional: "(...) impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares (...) para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales a decir de la Corte IDH es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino, también las características particulares de la situación en la que se halla el niño"⁽¹²⁾.

(12) Fundamentos Jurídicos 12 y 13 de la sentencia recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC.

Código de los Niños y Adolescentes

Artículo VIII.- Obligatoriedad de la ejecución

Es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base, promover la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidos en el presente Código y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Código de los Niños y Adolescentes

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 82.- Variación de la Tenencia

Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el juez ordenará con la asesoría del Equipo Multidisciplinario, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Solo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 84.- Facultad del juez

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y

Criterio que ha seguido la sentencia de vista, cuando concluye: “Al momento de resolver se debe tener presente además, que un derecho fundamental de los hijos es el consagrado en el artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; por lo que, a los padres les incumbe la responsabilidad primordial dentro de sus posibilidades y medios económicos, de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, lo cual se encuentra salvaguardado con la vivienda con que cuenta la madre para el cuidado de sus niños, conforme a la evaluación social de folios mil trescientos cincuenta y siete, lo que refuerza que la progenitora debe ejercer la tenencia de sus menores hijos”. Argumentos por los cuales concluimos que el recurso de casación debe desestimarse.

IV. DECISIÓN: Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil: **a)** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas dos mil cuatrocientos setenta y nueve, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas dos mil trescientos uno, su fecha cinco de abril de dos mil diez, la cual confirma la apelada que declaró infundada la demanda interpuesta por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez y fundada en parte la demanda interpuesta por María Elena Meier Gallegos, con lo demás que contiene. **b) DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, conforme a ley; en los seguidos por Gerardo Antonio Rosales Rodríguez, con María Elena Meier Gallegos, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo señor Vinatea Medina.

SS. ALMENARA BRYSON, DE VALDIVIA CANO, WALDE JÁUREGUI, VINATEA MEDINA (*El Peruano*, 01/09/2011, pp. 31265-31269).

c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 85.- Opinión

El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: (...) e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.

Constitución Política del Perú

Artículo 4.- Protección del Niño, Madre, Anciano y la Familia. El Matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 9.- A la libertad de opinión

El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión, libremente, en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

ANEXO 3

CAS. N° 5138-2010-LIMA

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE : Valeria Andrea Fumo Ferro
DEMANDADO : Renzo Miguel Beteta Valderrama
MATERIA : Tenencia y Custodia de Menor
FECHA : 31/08/2011

CRITERIO DEL TRIBUNAL:

De los informes psicológicos se verifica que la menor en un principio se identificaba con ambos padres, pero luego de que la madre obtuvo provisionalmente la tenencia, se advirtió una reacción y conducta distinta con el padre, por la influencia negativa que habría ejercido la madre, denominada alienación parental, creándose una imagen distorsionada del padre, lo que desmerece el ejercicio cabal de una posible tenencia a favor de la madre.

CAS. N° 5138-2010-LIMA.

Tenencia y Custodia de Menor. Lima, treinta y uno de agosto del año dos mil once.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número cinco mil ciento treinta y ocho del año dos mil diez; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; de conformidad con lo opinado por la Fiscal Adjunta Suprema en lo Civil, en su dictamen obrante a fojas cincuenta y nueve del cuadernillo de casación, luego de verificada la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia. **RECURSO DE CASACION:** Se trata del recurso de casación obrante a fojas setecientos setenta y siete del expediente principal, interpuesto por Luis Felipe Elías Huapaya, en representación de Valeria Andrea Fumo Ferro, contra la sentencia de vista de fojas setecientos sesenta y dos, su fecha dieciocho de octubre del año dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada de fojas seiscientos uno, su fecha veinticinco de junio del año dos mil diez que declara fundada la demanda de Tenencia y Custodia interpuesta por el demandante e infundada la demanda sobre Tenencia de Menores solicitada por Valeria Andrea Fumo Ferro. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha nueve de mayo del año dos mil once, obrante a fojas cincuenta y cuatro del cuadernillo de casación formado en este Supremo Tribunal, por la causal prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia la **infracción normativa procesal**, pues según refiere: **a)** De los informes psicológicos así como de las denuncias policiales presentadas por las partes se advierte un comportamiento agresivo por parte del demandado, el mismo que resulta poco propicio para el desarrollo emocional de las menores de edad; **b)** No se ha valorado el comportamiento del demandado al cortar en forma voluntaria el régimen de visitas otorgado a su favor; **c)** No se han evaluado las declaraciones vertidas por CCC a efectos de determinar la tenencia de las menores; **d)** No se ha tomado en cuenta la conducta del demandado con relación al incumplimiento de la obligación alimentaria con sus menores hijas; y, **e)** Existe vulneración al Principio de Motivación Escrita de las Resoluciones Judiciales, contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado al no haberse efectuado una explicación razonada del porqué se llega a la decisión adoptada ni realizado un análisis jurídico de las normas aplicadas a los hechos. **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal. **Segundo.-** Que, es menes-

ter precisar previamente que el presente caso versa sobre un proceso acumulado de Tenencia y Custodia de Menor en el que ambas partes han presentado su demanda solicitando la tenencia y custodia de sus menores hijas NNN y CCC. En ese sentido, conforme se aprecia a fojas treinta y uno del expediente principal, doña Valeria Andrea Fumo Ferro interpone demanda de Tenencia y Custodia de sus menores hijas NNN y CCCC de uno y cuatro años de edad respectivamente. Refiere que contrajo matrimonio con el demandado Renzo Miguel Beteta Valderrama con quien procreó las dos hijas antes mencionadas; que dos meses después de contraer matrimonio comenzaron los actos de violencia familiar física y psicológica en agravio suyo y de sus dos hijas; que el demandado hizo abandono injustificado del hogar conyugal, para luego regresar y llevarse todos los bienes sociales y propios de la demandante; que en otra oportunidad el demandado procedió a sustraer a sus menores hijas de su centro educativo; solicita además el pago de pensiones alimenticias. Por su parte, según se aprecia de la demanda acumulada que obra a fojas ciento veintidós del expediente principal, Renzo Miguel Beteta Valderrama, solicita igualmente la tenencia y custodia de sus menores hijas, refiriendo básicamente en relación a la madre, que dicha persona laboraba en el mismo colegio donde estudiaban sus hijas, siendo invitada a renunciar por la personalidad conflictiva que exhibía y lo escandaloso que eran los líos conyugales que fomentaba en su agravio, agrega que la personalidad histriónica y conflictiva de la madre de sus hijas le ha permitido exponer una visión parcial sesgada de los hechos, pretendiendo con ello arrebatarle la tenencia de sus hijas, existiendo una intensa actividad mediática de la demandante en los medios periodísticos, los mismos que lo han obligado a ser cesado *de* su trabajo como abogado contratado de la Oficina de Anticorrupción; agrega que todos los líos con la demandante tienen un sustento financiero debido al control que ejercía sobre las tarjetas de crédito que en forma exagerada, indebida y sin control usaba la demandante; en cuanto a la pensión alimenticia solicitada, refiere que a la demandada no le corresponde por su conducta dolosa e indigna desplegada en su contra, llegando al extremo de perder su trabajo.

Tercero.- Que, tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el Juez de la causa mediante sentencia de primera instancia de fecha veinticinco de junio del año dos mil diez ha declarado fundada la demanda de Tenencia y Custodia solicitada por Renzo Miguel Beteta Valderrama e infundada la misma pretensión solicitada por Valeria Andrea Fumo Ferro, concediendo la tenencia de las menores a favor del padre y ordenando que la demandada cumpla en el plazo de veinticuatro horas con entregar en el hogar paterno a las citadas menores, concediéndole además un régimen de visitas a la madre y ordenando que las partes continúen terapias que les ayuden en su personalidad a fin de recuperar la confianza y en procura de que las niñas tengan una buena interrelación familiar. De los fundamentos de dicha sentencia se extrae básicamente que el a quo sobre la base de los informes psicológicos y psiquiátricos realizados a ambas partes así como a las menores y de los informes sociales de los padres, ha determinado la custodia y tenencia de las menores a favor del padre, llegando a establecer que la madre no se encuentra prestando colaboración para que la interrelación del padre con sus hijas se efectivice, además de no estar contribuyendo ni estar garantizando el vínculo con el padre, existiendo por el contrario indicadores que la hija mayor se encontraría afectada del síndrome de alienación parental ejercida por la madre en contra del padre, situación que resulta totalmente nocivo para la mente y emociones de una niña en estado de formación, pues a inicios del proceso cuando aún vivía con el padre existía un lazo afectivo normal el cual se ha perdido a la fecha pues al haber obtenido la madre la tenencia provisional de sus menores hijas a través de una medida cautelar, resulta ilógico que a los pocos días de vivir en su casa, la niña mayor rechace a su padre, elemento que desmerece a cualquier madre para que pueda ejercer cabalmente la tenencia. **Cuarto.-** Que, habiendo sido apelada la sentencia dictada en primera instancia, la Sala Superior mediante resolución de fecha dieciocho de octubre del año dos mil diez la confirma, tomando como base los fundamentos de la recurrida, esto es, las pericias psicológicas de ambas partes y de las menores así como los informes sociales de los padres, los mismos que fueron meritados para ordenar la custodia y tenencia de las menores a favor del padre, además de establecerse la poca colaboración de la demandada en el sentido de prestar poca disposición para que el padre vuelva a

visitar a sus hijas y la conducta procesal de la demandada después que se le otorgó la tenencia provisional de sus hijas, habiendo variado de domicilio sin informar al juzgado, además, se verifica la existencia de un proceso en contra de Valeria Andrea Fumo Ferro sobre Restitución Internacional de su menor hijo EEE interpuesto por el padre del citado menor, apreciándose, asimismo que se ha ordenado oficiar a la Policía Nacional del Perú para la búsqueda y ubicación de la referida demandada. **Quinto.-** Que, en el contexto descrito y analizando los cargos de la denuncia por la causal de infracción normativa procesal declarada procedente, en cuanto al apartado **a)**, se advierte que el cuestionamiento a los informes psicológicos y denuncias policiales efectuados en la persona de Renzo Miguel Beteta Valderrama carecen de veracidad, toda vez que conforme se advierte de autos, el Informe Psicológico ha sido debidamente analizado y meritulado por los órganos de Instancia, por lo que que pretender una revaloración sobre el mismo resulta impertinente por ser una labor ajena al recurso de casación, tanto más, si de la evaluación psicológica que obra a fojas ciento cincuenta y ocho no se advierte ningún indicio de comportamiento agresivo por parte del padre, que pudiera poner en peligro la integridad física o emocional de las menores, por lo demás, las denuncias policiales que refiere no constatan per se el agravio denunciado al no encontrarse respaldadas con otros medios probatorios; por lo que dicho extremo de la denuncia debe declararse infundada por improbadado. En cuanto a los fundamentos de la causal procesal denunciada en el apartado **b)**, dicho agravio se encuentra referido al régimen de visitas otorgado a favor del padre vía medida cautelar, el mismo que conforme se evidencia de los actuados no se ha efectivizado, en tanto no se aprecia la disposición pertinente y adecuada de la demandada a los efectos que el padre pueda visitar e interrelacionarse con sus menores hijas, por lo que el padre ha solicitado dispensa en el cumplimiento de dicho régimen de visitas ordenado por el Juez, por lo que dicha denuncia debe también desestimarse al no evidenciarse infracción procesal alguna; en relación al agravio denunciado en el apartado **c)**, de los informes psicológicos de la menor CCC, los mismos que han sido meritulados por las Instancias de Mérito se llega a verificar, en un principio, que la citada menor se identificaba con ambos padres, no obstante, y en la medida que con posterioridad la madre obtuvo provisionalmente su tenencia, se advirtió según un informe psicológico posterior que dicha menor tenía una reacción y conducta distinta para con el padre, la que obedecería a la influencia negativa que habría ejercido la madre, lo que en términos médicos se denomina “alienación parental”. Dicha situación en efecto, ha permitido que la citada menor tenga una imagen distorsionada del padre, lo que para las Instancias de Mérito y estando a la propia naturaleza del presente proceso, resultan impropias y desmerece el ejercicio cabal de una posible tenencia a favor de la madre, además que dicha situación resulta dañina para la salud emocional de las menores; por consiguiente, este extremo también debe desestimarse por improbadado; asimismo, en cuanto a la causal procesal denunciada en el apartado **d)**, relacionada a las obligaciones alimentarias por parte del padre, al margen que ello resulta ser un tema ajeno a los fines del presente proceso, se advierte que el referido proceso sobre alimentos seguido ante el Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja, se encuentra en etapa de ejecución, apreciándose que el demandado ha efectuado un depósito por la suma de dos mil seiscientos nuevos soles, suma de dinero que según refiere, se efectúa en tanto no tendría un ingreso económico fijo ni estabilidad laboral, por lo que, por el momento no se aprecia el incumplimiento de dichas obligaciones alimentarias; por último, en relación al agravio denunciado en el apartado **e)**, se advierte que las sentencias recurridas contienen los fundamentos de hecho y los correspondientes de derecho en que sustentan su decisión, existiendo conformidad entre la decisión tomada y las pretensiones propuestas, no advirtiéndose transgresión al Principio de Motivación de las Resoluciones, habiéndose cumplido con dicho Principio contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado. **Sexto.-** Que, asimismo, no pasa desapercibido para este Supremo Colegiado la conducta procesal de la demandada, quien pese a que la sentencia de primera instancia le ordena que en el plazo de veinticuatro horas cumpla con entregar en el hogar paterno a las citadas menores, esta ha incumplido dicho mandato, situación que incluso ha permitido que se emita en su contra una orden de búsqueda, ubicación y captura. **Sétimo.-** Que, estando a las consideraciones precedentes y

no verificándose la causal de infracción normativa alegada; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Luis Felipe Elías Huapaya, en representación de Valeria Andrea Fumo Ferro; en consecuencia. **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas setecientos sesenta y dos del expediente principal, su fecha dieciocho de octubre del año dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad: en los seguidos por Valeria Andrea Fumo Ferro contra Renzo Miguel Beteta Valderrama, sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron. Ponente Señor Palomino García, Juez Supremo.

SS. TICONA POSTIGO, ARANDA RODRÍGUEZ, PALOMINO GARCÍA, VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA

(*El Peruano*, 02/01/2012, pp. 32586-32587).

**CAPÍTULO
SEXTO**

ALIMENTOS

CAPÍTULO SEXTO

ALIMENTOS

I. Introducción. **II.** Etimología. **III.** Concepto y definición. **1.** Concepto. **2.** Definición. **IV.** Finalidad y presupuestos. **3.** Vínculo legal. **4.** Necesidad del alimentista. **5.** Posibilidad del alimentante. **6.** Proporcionalidad en su fijación. **V.** Fuentes de los alimentos. **7.** Ley. **8.** Autonomía de la voluntad. **VI.** Base legal. **VII.** Evolución histórica. **VIII.** Evolución histórica en el Perú. **IX.** Naturaleza jurídica. **9.** Relación jurídica. **10.** Patrimonialidad o extrapatrimonialidad. **10.1.** Tesis patrimonial. **10.2.** Tesis extrapatrimonial. **X.** Clasificación de los derechos alimentarios. **11.** Por su origen. **11.1.** Voluntarios. **11.2.** Legales. **11.3.** Resarcitorios. **12.** Por su amplitud. **12.1.** Necesarios. **12.2.** Congruos. **13.** Por su forma. **13.1.** Temporales. **13.2.** Provisionales. **13.3.** Definitivos. **XI.** Características del derecho alimentario. **14.** Personalísimo. **15.** Intransmisible. **16.** Irrenunciable. **17.** Intransigible. **18.** Incompensable. **19.** Inembargable. **20.** Imprescriptible. **21.** Recíproco. **22.** Circunstancial y variable. **XII.** Características de la obligación alimentaria. **23.** Personalísimo. **24.** Variable. **25.** Recíproca. **26.** Intransmisible. **27.** Irrenunciable. **28.** Incompensable. **29.** Divisible y mancomunada. **30.** Extinguible. **XIII.** Estructura. **31.** Elemento personal. **31.1.** Alimentista. **31.2.** Alimentante. **32.** Elemento material. **XIV.** Tratamiento legal de los alimentos en el Código. **33.** Excónyuge. **34.** Descendiente mayor de edad incapaz. **35.** Descendiente como estudiante exitoso. **36.** Alimentos pre y posnatal. **37.** Prestación alimentaria - Hijo alimentista. **37.1.** Base legal. **37.2.** Usos. **37.3.** Legitimación. **37.4.** Transmisión hereditaria de la obligación alimentaria. **37.5.** Eximencia. **37.6.** Evolución normativa en el Código. **38.** Concebido heredero. **39.** Treintena. **40.** Beneficio de competencia. **XV.** Proceso de alimentos en el Código de los Niños y Adolescentes. **XVI.** Orden de prelación de los obligados. **XVII.** Reajuste de la pensión alimentaria. Aumento y reducción. **41.** Aumento. **42.** Reducción. **XVIII.** Prorrato, exoneración y extinción de la obligación alimentaria. **43.** Prorrato. **44.** Exoneración. **44.1.** Exoneración por disminución de sus ingresos. **44.2.** Exoneración por cesación del estado de necesidad efectiva. **44.3.** Exoneración por presunta cesación del estado de necesidad. **45.** Extinción. **45.1.** Muerte del alimentista. **45.2.** Muerte del alimentante. **45.3.** Muerte del deudor alimentario - Hijo alimentista. **45.3.1.** Acción contra el presunto padre. **45.3.2.** Acción contra los herederos. **45.4.** Otras formas de extinción. **45.4.1.** Por divorcio. **XIX.** Cumplimiento de la obligación de alimentos. **46.** Prestación en dinero. **47.** Prestación en especie. **48.** Prestaciones mixtas. **49.** Medidas cautelares. **49.1.** Prohibición de ausentarse. **49.2.** Informe al centro de trabajo del demandado. **49.3.** Medida cautelar de la asignación anticipada de alimentos. **49.3.1.** Generalidades. **49.3.2.** De la asignación alimenticia provisional. **49.3.3.** Primera modificación. **49.3.4.** Segunda modificación. **XX.** Registro de deudores alimentarios morosos. **50.** ¿Es una sanción real estar inscrito en el registro de deudores? **51.** Críticas a la Implantación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos - Redam. **51.1.** Mecanismo poco coercitivo. **51.2.** Mecanismo oneroso. **51.3.** Mecanismo con vacíos. **51.4.** Mecanismo atentatorio de derechos constitucionales. **XXI.** Determinación del monto de la pensión de alimentos. **52.** Ingresos y remuneración. **53.** De la determinación en sí. **54.** Casuística. **54.1.** Puntos controvertidos. **XXII.** Filiación y alimentos. **XXIII.** Desconsideración de persona jurídica y alimentos.

I. INTRODUCCIÓN

Con razón sentencia Barbero⁽⁶⁷⁵⁾ que el primer bien que una persona posee en el orden jurídico es su vida. El primer interés que tiene es su conservación y la primera necesidad con que se enfrenta es procurarse los medios para ello. Ningún ordenamiento jurídico puede permanecer indiferente ante esta cuestión, por lo que las leyes establecen preceptos que tienden a asegurar los bienes vitales, satisfacer el interés de ellos y facilitar la obtención de los medios de conservación. Sin embargo, esporádicos preceptos y aisladas obligaciones son insuficientes para asegurar en todo momento aquellos bienes e intereses.

Los alimentos se presentan como una institución esencial del Derecho de las familias, a través del cual se permite el sostenimiento y subsistencia de sus integrantes.

La importancia del derecho alimentario es cubrir un estado de necesidad de quien lo solicita por ser un derecho vital. Su significado es más lato del aquel otorgado por el lenguaje común. No solo se refiere al sustento —no solo de pan vive el hombre, Mateo 4:4—, también comprende habitación, vestido, asistencia médica y, dependiendo de la edad del alimentista, incluirá la educación y esparcimiento como parte importante de la atención integral del niño y adolescente. Como dice Pontes de Miranda⁽⁶⁷⁶⁾ corresponde alimentos a quien no puede adquirir víveres (*cibaria*), ropa (*vestitus*), casa (*habitatío*) o no puede obtener remedios o pagar a un médico (*valetudinis impendía*).

En nuestro país existe una alta tasa de abandono por parte del alimentante, siendo un problema social que afecta a millones de niños y adolescentes que no cuentan con lo necesario para subsistir. Por ello es que de esta omisión surgen otros malestares sociales como el trabajo infantil, delincuencia, drogadicción, etc. El interés que existe en los alimentos no se reduce en el ámbito familiar, sino que trasciende a la colectividad. Interesa a la sociedad que sus habitantes no perezcan por necesidades insatisfechas.

En el Derecho de Familia, el instituto jurídico de los alimentos es uno de los más relevantes y trascendentes, tanto así que es uno de los que más se ejercitan, constatándose lo mencionado al observar el volumen de los procesos de alimentos a nivel de los juzgados de paz letrados competentes para conocer estos procesos.

La propia Carta Magna de 1993 señala que la familia es la unidad más importante, no solo de socialización, sino que debemos de entenderla como aquella unidad de asistencia que atiende a sus miembros a lo largo de su ciclo vital. La

(675) Cit. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema del Derecho Civil*. Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1983, p. 49.

(676) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Tomo IX, 1ª edición, Direito de família. Direito parental. Direito protetivo, Campinas, Bookseller, 2000, p. 257.

familia es el ente encargado de proteger a sus integrantes y brindarles bienestar, de ello se entiende que brindar protección y bienestar es no solo dar seguridad, es asistir, alimentar y educar. Todo ser humano por el solo hecho de serlo goza de estos derechos fundamentales.

Fundamentalmente, las pensiones de alimentos están destinadas a cubrir las necesidades humanas; pero también con ello se comprende todo lo necesario que se requiere para que una persona tenga una vida digna. En el caso peruano, se observa que el alimentante, generalmente el padre, no coopera con la realización de este deber, por el contrario, hace caso omiso a lo que dispone el juez.

II. ETIMOLOGÍA

El término alimentos proviene del latín *alimentum* o *ab alere* que significa nutrir, alimentar, *alĕre*.

III. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

1. Concepto

El concepto de alimentos apunta a la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano que se dan, tanto en el aspecto material, entiéndase comida, vestido, alimentos propiamente dichos, como en el aspecto espiritual o existencial tal como la educación, esparcimiento, recreación que resultan imprescindibles para el desarrollo ético, moral e intelectual de la persona, nutriendo el alma. A decir del Derecho Natural, el deber de alimentar a la prole es la ley de las especies animales superiores⁽⁶⁷⁷⁾, un deber moral *officium pietatis*.

La obligación alimentaria que la ley impone se configura como una prestación autónoma, con entidad propia e independiente del resto de obligaciones, en tanto que su finalidad es la de brindar alimentos. Se trata de una obligación legal de prestación de asistencia y socorro entre los cónyuges y los parientes cercanos⁽⁶⁷⁸⁾. Están a cargo de ella las personas expresamente designadas, de forma taxativa no enunciativa⁽⁶⁷⁹⁾.

A decir de María Helena Diniz⁽⁶⁸⁰⁾ el fundamento de la obligación de prestar alimentos es el principio de preservación de la dignidad de la persona humana

(677) SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y sucesiones*. 14ª edición, Editora Mobil Libros, Caracas, 2001, p. 59.

(678) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 362.

(679) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de familia*. 40ª edición, rev., y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 527.

(680) DINIZ, María Helena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 459.

y el de la solidaridad familiar, fundamento este último que también comparte Lasarte⁽⁶⁸¹⁾; como diría Borda “la solidaridad humana impone el deber moral de ayudar a quien sufre necesidades”⁽⁶⁸²⁾.

2. Definición

El tratadista francés Josserand, al referirse a la obligación alimentaria, expresa que “es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar su subsistencia de la otra; como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar”⁽⁶⁸³⁾. Para Aguilar⁽⁶⁸⁴⁾ es “la obligación que tienen los padres de atender a la subsistencia de su prole; es el deber moral y jurídico más importante que tienen los padres frente a sus descendientes que no termina tan solo con la provisión de elementos materiales necesarios para su supervivencia, sino que, se hace extensivo a su formación integral; hasta que estén debidamente capacitados para subvenir decorosamente a su propia subsistencia”. Según Cabanellas⁽⁶⁸⁵⁾ los alimentos son “las asistencias que por ley, contratos o testamentos se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia”. En nuestro medio, Manuel Campana señala que los alimentos “son una relación interpersonal, un derecho subjetivo que forma parte de los derechos de crédito, pues sitúa al deudor y acreedor uno frente del otro, es decir, alimentante y alimentista frente a frente”⁽⁶⁸⁶⁾.

Complementando lo señalado, los alimentos comprenden jurídicamente todo aquello que permite el sustento y sobrevivencia del ser y que no se circunscribe exclusivamente al aspecto comestible, comida no es lo único. Para lograr estos objetivos se debe procurar otorgar los mayores recursos disponibles, es decir, una amplia base de cálculo para su fijación.

Nuestra legislación cumple con definir a los alimentos.

- Código Civil, en su artículo 472 indica que: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.

(681) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 363.

(682) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo II, 10ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 348.

(683) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Vol 2, Tomo I, Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1950-1952, p. 303.

(684) AGUILAR CORNELIO, Marcelo. *Derecho a los alimentos*. Ed. Bieli, Lima, 1994. p. 53.

(685) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta. Bs. As., 1982.

(686) CAMPANA VALDERRAMA, Manuel. *La naturaleza jurídica de la pensión de alimentos*. Ed Focat, Lima. 1997, p. 15.

- Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 92, manifiesta que: “Se entiende por alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción, y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño y adolescente. También se considera como alimentos los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del posparto”.

Los alimentos son prestaciones de orden familiar dirigidas a la satisfacción de las necesidades vitales de aquella persona que no puede proveérselas por sí misma.

IV. FINALIDAD Y PRESUPUESTOS

La finalidad de esta institución es brindar el sustento para que la persona humana pueda desarrollarse íntegramente. No solo se contribuyen al desarrollo biológico del ser sino al mantenimiento y sustento social, por ello la recreación y la educación son factores importantes para el beneficiario. En suma, lo que rige a los alimentos es la asistencia⁽⁶⁸⁷⁾. Dice Méndez Costa⁽⁶⁸⁸⁾ que su finalidad es obviamente asistencial y, en sí, extrapatrimonial, por encontrarse en juego la conservación de la vida.

Los alimentos, como obligación y derecho, se sustentan en los siguientes presupuestos esenciales:

3. Vínculo legal

Se trata de una relación familiar reconocida por la ley. Cónyuges, convivientes e hijos. Los alimentos derivan de la voluntad o del parentesco.

4. Necesidad del alimentista

Está basado en el requerimiento, en el menester del alimentista de no poder atender su manutención por se. Se traduce en el hecho de que el solicitante de alimentos es menor de edad, anciano, incapaz, persona con discapacidad o falta de trabajo. El artículo 294 del Código venezolano dice que “la prestación de alimentos presupone la imposibilidad de proporcionárselos el que los exige”. La necesidad implica el reconocimiento del *derecho a la existencia*, como el primero de todos los derechos congénitos⁽⁶⁸⁹⁾.

(687) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. Vol. II, 2ª edición reformada, corregida y aumentada, Derecho de Familia, Ed. Madrid, 1912, p. 1224.

(688) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 451.

(689) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 517.

5. Posibilidad del alimentante

Aquel obligado a satisfacer las necesidades debe estar en la aptitud de atender dichos requerimientos. No se permite que quien a sí mismo no puede atenderse ni sufragar sus gastos mal se haría en comprometerlo con terceros. En este caso predomina el *derecho a conservar la propia existencia*.

6. Proporcionalidad en su fijación

Este presupuesto corresponde a un tema de equidad, de equilibrio y justicia.

Debemos partir siempre de la premisa que los alimentos no pueden ser utilizados como medio de participar en el patrimonio del alimentante ni mucho menos de obtener su fortuna. Los alimentos son otorgados por una cuestión *ad necessitatem*. El alimentista es quien necesita, no quien exige participar –tal cual accionista– en las utilidades o nuevos ingresos del alimentante. “La cuota alimentaria no tiene por finalidad hacer participar al alimentado de la riqueza del alimentante, sino cubrir las necesidades del primero”⁽⁶⁹⁰⁾ *máxime* si las necesidades del alimentista están satisfechas. Los alimentos no se conceden *ad utilitatem*, o *ad voluptatem* sino *ad necessitatem*⁽⁶⁹¹⁾.

Veamos la siguiente ecuación:

$$\text{Alimentos} = \frac{\text{Vínculo legal} + \text{Necesidad} + \text{Posibilidad}}{\text{Proporcionalidad}}$$

(690) Vide <www.diariojudicial.com.ar>, martes 9 de agosto de 2011. “Sueldo más alto no implica suba de la cuota alimentaria. Reclamo por los ingresos del exmarido”.

La Cámara Civil y Comercial de Mendoza, Argentina, revocó una sentencia que concedía un aumento de cuota alimentaria a favor de los hijos menores del alimentante con fundamento en el incremento de los ingresos económicos de este último. El Tribunal de Apelaciones consideró que el incremento en los ingresos del alimentante no justificaba un aumento de la cuota alimentaria debido a que las necesidades de los alimentados estaban cubiertas. La Cámara resaltó que la cuota alimentaria “no tiene por finalidad hacer participar al alimentado de la riqueza del alimentante, sino cubrir las necesidades del primero”. El caso fue que una mujer reclamó el aumento de la cuota alimentaria a favor de sus hijos menores de edad debido a que su exmarido - alimentante había conseguido un incremento en sus ingresos económicos. En primera instancia la pretensión fue admitida aumentándose la cuota alimentaria. La decisión fue apelada. En primer término, el Tribunal indicó que la sentencia debía ser revocada en tanto al admitir la pretensión de la actora y disponer el aumento de la cuota alimentaria “no se tomó en consideración que las necesidades de los alimentados estaban satisfechas”. Acto seguido, la Cámara señaló que “es procedente el pedido de aumento si la cuota ordinaria fijada en su oportunidad ya no cubre las necesidades del alimentado” pero que “el incremento de los ingresos del alimentante no justifica el aumento de la cuota alimentaria cuando las necesidades de los alimentados están cubiertas”. “En ningún momento se denuncia que los niños sufren privaciones, o sea, las causas del pedimento son: los mayores precios y los mayores ingresos del progenitor”, explicó después el Tribunal de Apelaciones local. Por tales razones, la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Mendoza admitió el recurso de apelación interpuesto por el alimentante y, en consecuencia, rechazó la petición de aumento de la cuota realizada por la madre de los alimentados.

(691) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 532.

Estos cuatro presupuestos se encuentran taxativamente reconocidos en el artículo 481 del Código.

V. FUENTES DE LOS ALIMENTOS

La institución de los alimentos tiene dos fuentes principales a saber, la ley y la voluntad.

7. Ley

Uno de los requisitos para regular los alimentos es que la ley establezca su obligación.

La norma legal impone los alimentos por diversos motivos; sin embargo, siempre tendrá como base un mismo sostén ético: el deber de asistencia y solidaridad para la conservación de la vida y salud de la persona.

El artículo 475 del Código establece *in genus* que la obligación alimentaria se atribuye entre personas por razones de parentesco o matrimonio. Incluso, acabado este último, la continuación de los alimentos entre excónyuges obedece al estado de indigencia y extrema necesidad, tal como se señala en el artículo 350 o, en su caso, la invalidez del matrimonio se rige por las reglas del divorcio, artículo 281. Igualmente, el caso del hijo alimentista, artículo 415, se fundamenta en el compromiso con la mujer por parte de quien con ella mantuvo relaciones coitales, imponiendo la carga, no a título de indemnización, sino de manutención en favor de quien se presume su hijo sin existir prueba que acredite que lo sea. Entre exconvivientes, el artículo 326 dispone la obligación alimentaria a favor del abandonado con el propósito de velar por su subsistencia ante las dificultades que puedan presentarse para obtener los medios suficientes y atender sus necesidades materiales, luego de concluida la unión estable. Asimismo, se permite que las personas que hayan vivido en casa del causante o alimentado por su cuenta dicha carga permanezca hasta por tres (3) meses luego de producido el deceso, artículo 870. En cuanto a las instituciones de amparo familiar tenemos que el tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este y proteger y defender su persona, artículo 526, la misma situación le corresponde al curador, artículos 568 y 576. Tutor y curador deben prestar alimentos bajo sanción penal⁽⁶⁹²⁾.

(692) Téngase en cuenta que el Código Penal contempla el delito de exposición a peligro de persona dependiente cuando en su artículo 128 indica: “El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea someténdola a trabajos excesivos, inadecuados, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, sea obligándola o induciéndola a mendigar en lugares públicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de doce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

El violador debe alimentos a la prole engendrada. El Código Penal en cuanto trata los delitos contra la libertad sexual considera en su artículo 178, como una responsabilidad especial, la prestación de alimentos en favor de la prole que resulte de los actos delictivos, aplicándose las normas respectivas del Código Civil, no nos cabe duda que aplica las reglas del hijo alimentista.

La ley se constituye en la fuente principal de los alimentos.

8. Autonomía de la voluntad

La otra fuente de la obligación alimentaria es la voluntad.

Sin estar obligadas por ley, las personas se imponen alimentos, por pacto o por disposición testamentaria, basándose en fundamento ético.

En el caso del convenio alimentario, que se regula por las disposiciones del contrato de renta vitalicia (art. 1923), se estipula la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible para que sean pagadas en los periodos pactados hasta el cumplimiento de determinada condición o plazo resolutorio. También se presenta en el supuesto del legado de alimentos (art. 766). Ambas circunstancias se rigen por las disposiciones generales del derecho alimentario.

La autonomía de la voluntad constituye una fuente subordinada o secundaria de los alimentos.

Surgimiento de los alimentos							
Matrimonio	474-1	Filiación	474 - 2	Parentesco	474-3	Hijo alimentista	415
Terminación unilateral de la unión estable	326	Tutela	526	Legado	766	Carga	870
Renta vitalicia	1923	Sentencia penal de violación	178 CP	Matrimonio putativo	281	Divorcio	350

VI. BASE LEGAL

En el ordenamiento jurídico peruano encontramos una amplia regulación:

- Constitución Política establece como deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (art. 6).
- Código Civil (art. 472 y ss.).

En los casos en que el agente obligue o induzca a mendigar a dos o más personas colocadas bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años”.

- Código de los Niños y Adolescentes (arts. 92 y ss.).
- Reglamento de deudores alimentarios.
- Ley general de salud (art. 10).

VII. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los alimentos como prestación es reconocida por los pueblos de la antigüedad. Su desarrollo jurídico se inicia en el Derecho romano de la etapa de Justiniano.

En el pueblo romano, el concepto del “todopoderoso” se veía reflejado a través de las potestades del *pater*, figura que se vio influenciada por el Derecho cristiano, de modo tal que al poder absoluto de la institución de la *patria potestad*, que comprendía prerrogativas como el *ius exponendi*, el *ius vendedi* y el *ius et necis*, se antepone la noción de *officium* en el accionar del *pater*, otorgándole no solo facultades sobre quienes se encuentren bajo su dominio, sino además obligaciones a favor de los mismos; de esta manera aquellas prerrogativas que inicialmente integraban el poder del *pater*, desaparecen en la etapa Justiniana.

Con la concepción de la autoridad del *pater familias* la protección a la familia no fue la misma ni tan intensa como en nuestros días. El origen del deber de alimentar a los parientes aparece configurado como tal en la era cristiana.

El Digesto se refiere a la existencia de un rescripto (respuesta por escrito y para un caso concreto que daba el Emperador a una consulta, exposición o petición solicitada por un magistrado o un ciudadano) en el que se obligaba a los parientes a darse alimentos recíprocamente.

En el Derecho romano se hacía referencia a la *cibaria*, *vestitus*, *habitatio*, *valetudinis impendia* (comida, vestido, habitación, gastos de enfermedad, etc.) concediéndose estos derechos a los hijos y nietos, a los descendientes emancipados y, mutuamente, a los ascendientes de estos.

En el Derecho germánico la obligación alimentaria fue el resultado de la constitución de la familia como tal y no se configuró como una obligación legal, pero existían casos en los que nacía también de una obligación universal. Tal es el caso de la *justae nuptiae* que impone la obligación alimentaria a los consortes, de esta manera en el Digesto se establece que “si alguno de estos se negare a dar alimentos, se señalarán los alimentos con arreglo a sus facultades; pero si no se prestasen, se le obligará a dar cumplimiento a la sentencia tomándole prendas y vendiéndolas”.

En el Derecho medieval, específicamente dentro del régimen feudal, se estableció el deber alimentario existente entre el señor feudal y su vasallo.

Por otro lado, el Derecho canónico introdujo varias clases de obligaciones alimentarias, con un criterio extensivo por razones de parentesco espiritual, fraternidad

y patronato; es así que bajo esta influencia el Derecho moderno recoge el derecho de pedir alimentos y la obligación de prestarlos.

En el Derecho contemporáneo los alimentos constituyen una obligación definida; debiendo tomar en cuenta que existen tres líneas de pensamiento:

- La primera es aquella para la cual la atención de personas necesitadas se produce como obligación jurídica exclusivamente dentro del círculo familiar; si se lleva a cabo fuera de él, constituye caridad o beneficencia.
- La segunda es aquella según la cual la obligación jurídica de prestar alimentos constituye básicamente una obligación pública que corresponde al Estado, donde el ente público toma a su cargo la asistencia de indigentes por medio de beneficios de jubilación, subsidios a la ancianidad, a las enfermedades, a la desocupación, etc.
- La tercera es aquella que busca establecer líneas de enlace entre el obligado y el necesitado y en orden de prioridades. Solo así se explica que algunas legislaciones consagren la relación alimenticia entre el suegro, suegra, yerno y la nuera, así como también para extraños.

En toda época, el derecho de alimentos es fundamental, ya que con ello el ser humano aplaca y satisface las necesidades primordiales para su sustento y mantenimiento de una buena salud, por ello, desde el estadio más antiguo al más moderno, la cobertura de dicha pensión permitirá la sobrevivencia del ser humano.

VIII. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL PERÚ

En nuestro país, el Decreto del 13 de noviembre de 1821, expedido por el Ministro Hipólito Unánue, representa el primer hito que marca el nacimiento del derecho de alimentos a inicios de la República. Dicho Decreto expresaba: “Los niños expósitos deben encontrar su principal protección en el Supremo Magistrado a que los encomienda la divina Providencia en el acto mismo que las madres los arrojan de sí a las casas de Misericordia”.

El objeto de esta norma era establecer la obligación del Estado de prevenir y aliviar los sufrimientos de los menores, entendiéndose obviamente que parte de esta tutela consistía en proveerles alimentos necesarios para su subsistencia.

La estructura de los alimentos en nuestro medio, tomando en cuenta su tradición, es considerar a su prestación como necesaria. No solo permite la subsistencia y desarrollo del beneficiario, sino que fija la obligación de asistencia social, el deber de brindar un sostenimiento y permitir el desarrollo de la persona.

IX. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica existen dos vertientes. Aquellos que lo consideran como una relación jurídica y otra que trata de ubicarlo como derecho patrimonial o personal.

9. Relación jurídica

Los alimentos determinan una compleja relación jurídica entendida como un deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (art. 6). Pero no se limita solo a los padres, sino al parentesco. El sujeto de un derecho subjetivo familiar tiene ante sí al titular de un derecho subjetivo idéntico al suyo, de manera que al derecho de un titular se yuxtapone el deber jurídico correspondiente al derecho de otro titular, cada sujeto lo es simultáneamente de un derecho y un deber con respecto al otro sujeto⁽⁶⁹³⁾. Es un derecho recíproco que se mantiene activo o pasivo según el estado de necesidad del alimentista y posibilidad del alimentante. Quien hoy da, mañana más tarde está en el derecho de recibirlos respecto de quien atendió.

Es un derecho que se maximiza, muestra su mayor esplendor, cuando existe la necesidad y se minimiza cuando no la hay.

Por otro lado, se dice que es un derecho personalísimo, nace con la persona y se extingue con ella, de allí su carácter intransmisible.

La cuestión de saber cuál es la naturaleza jurídica del derecho y la obligación alimentaria, opina Cornejo⁽⁶⁹⁴⁾, ha sido y es aún materia de controversia.

10. Patrimonialidad o extrapatrimonialidad

Está referido al tratamiento económico de los alimentos.

10.1. Tesis patrimonial

Los alimentos tienen un carácter estrictamente patrimonial, se concretizan en algo material con significado económico, al estar representados por dinero para la adquisición de bienes que permitirán el desarrollo de la persona. Están constituidos por la cantidad de dinero o de bienes con los que el alimentista provee sustento, vestido, vivienda, asistencia de su salud y educación al alimentante. Son valorables económicamente y deben ser exigidos a sujetos determinados. Sobre este sustento el derecho a los alimentos se asemeja a los patrimoniales, entre estos, a los obligacionales, no a los derechos personales, no a los reales.

(693) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., p. 459.

(694) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987, p. 227.

10.2. Tesis extrapatrimonial

Se consideran los alimentos como un derecho personal o extrapatrimonial, en virtud del fundamento ético-social y del hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico, ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio, ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose como una de las manifestaciones del derecho a la vida, a la integridad, a la salud, al bienestar, todos de orden personal. De ello se comprende que siendo un derecho netamente personal se encuentra adherido a la persona y persiste a lo largo de su vida, extinguiéndose solo con la muerte del titular.

Dentro de todo este dilema doctrinario consideramos que la naturaleza jurídica de los alimentos es *derecho subjetivo familiar de contenido patrimonial pero de finalidad personal*, i.e. el derecho de alimentos es extrapatrimonial mientras que su contenido es patrimonial.

X. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS ALIMENTARIOS

11. Por su origen

Los alimentos, de acuerdo a su origen o causa jurídica, pueden ser:

11.1. Voluntarios

Llamados convencionales. Cuando se constituyen como resultado de una declaración de voluntad ínter vivos o mortis causa. Por ejemplo, cuando se establece la obligación alimentaria en virtud de un contrato para favorecer a un tercero (renta vitalicia, donación ordinaria, donación con cargo, donación por razón de matrimonio) o cuando el testador constituye un legado o herencia voluntaria con la finalidad de proporcionar alimentos a una o más personas durante tiempo determinado.

Los alimentos voluntarios son expresión de la autonomía privada como fuente de obligaciones.

Son obligaciones que, a diferencia de la estrictamente alimenticia, no implican necesariamente la preexistencia de un vínculo de parentesco y, en consecuencia, pueden establecerse a favor de toda persona y en cualquier circunstancia objetiva, cuando no contraríen las leyes, la moral, ni el orden público.

11.2. Legales

Los alimentos que derivan directamente de la ley, con independencia de la voluntad, tienen su origen en una disposición legal y no en la celebración de un negocio jurídico.

La variedad de situaciones a las que la ley vincula un derecho-deber de alimentos y el hecho de que se trate de situaciones heterogéneas hace imposible, o

cuando menos, complicado hallar elementos comunes para su ordenación. No obstante, podemos entender que entre todos estos supuestos es posible hacer una primera clasificación diferenciando aquellos en los que el deber alimenticio se asienta sobre una relación familiar del resto.

Los alimentos que tienen como fuente a la ley comprenden a aquellos que deben darse entre el marido y la mujer, los padres e hijos, los abuelos y demás ascendientes, a los nietos y descendientes más remotos, los hermanos, los excónyuges, los concubinos, etc.

11.3. Resarcitorios

Destinados indemnizar a la víctima de un acto ilícito, por ejemplo, al conyugue en caso se produzca la extinción por decisión unilateral (art. 326)

12. Por su amplitud

En este rubro tenemos aquello que comprende los alimentos, aquello que avoca a los mismos. Según Belluscio “se consideran comprendidos en la obligación alimentaria gastos ordinarios y extraordinarios. Los primeros son los de subsistencia, habitación y vestuario. Los gastos extraordinarios son los de enfermedades –asistencia médica, gastos de farmacia, intervenciones quirúrgicas, internación, etc.–, los funerarios por sepelio del alimentado, gastos de mudanza, provisión de libros de estudios y *litisexpensas*. En cambio, no se comprenden los gastos superfluos o impuestos por lujo, la prodigalidad o el vicio (...)”⁽⁶⁹⁵⁾.

12.1. Necesarios

También denominados naturales, indispensable o estrictos. *Alimenta naturalia*.

Son los indispensables para la satisfacción de las necesidades mínimas y primordiales del alimentista (*victus*). Es brindar los auxilios necesarios sin tener en cuenta los medios económicos del alimentante, tales como vitualla, salud, vestuario, habitación. Implican una noción objetiva, lo que basta para sustentar su vida, aquellos precisos, *necessarium vitae*. La Ley General de Salud indica que toda persona tiene derecho a recibir una alimentación sana y suficiente para cubrir sus necesidades biológicas (art. 10).

El Código Civil ha recogido este tipo de alimento con carácter sancionador. Lo reducen a lo *estricto y mínimamente necesario para la sobrevivencia* cuando: el acreedor alimentario se encuentra en estado de necesidad por su propia inmoralidad (art. 473, segundo párrafo), cuando ha incurrido en causal de indignidad o desheredación, (art. 485), en caso del cónyuge culpable del divorcio si bien pierde

(695) BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 389.

los alimentos estos le serán otorgados si careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio (art. 350).

El Código ecuatoriano indica que son necesarios aquellos que bastan para sustentar la vida (art. 369).

12.2. Congruos

También denominados civiles o amplios. *Alimenta civilia*.

Del lat. *congruus*. Dice el Diccionario de la Real Academia Española 2. f. *Der.* Renta mínima de un oficio eclesiástico o civil o de una capellanía para poder sostener dignamente a su titular. En un sentido amplio se entiende como congruentes, adecuados, suficientes. Así, una cuota congrua es aquella mínima e imprescindible.

Comprenden lo indispensable para subsistir modestamente, de acuerdo a su posición social. Se fijan conforme al rango, condición de las partes y *modus vivendi, necessarium personae*.

Cabe precisar que los alimentos congruos son mayores que los necesarios. Se otorgan no solo para que el alimentista pueda subsistir, sino para que lo haga conforme a su posición social. Es la ley la que establecerá quiénes son los alimentistas que pueden demandar alimentos congruos y quiénes pueden demandar alimentos necesarios.

Mediante el artículo 472 del Código Civil se regulan los alimentos congruos cuando se hace referencia a la situación y posibilidades de la familia, los cuales se diferencian de los estrictamente necesarios e indispensables para el sustento a los que se reducen los alimentos por los casos de indignidad, desheredación y por haberse visto en situación de incapacidad física y mental por su propia inmoralidad (arts. 473 y 495).

Los niños y adolescentes son acreedores de una prestación de alimentos congruos y en ningún caso de alimentos estrictamente necesarios. De ser así se afectaría su interés superior y su derecho al desarrollo integral como derechos humanos específicos.

El Código ecuatoriano indica que son congruos aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social (art. 369).

Además, complementa el Código ecuatoriano que los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria (art. 369).

Gráficamente esta es la diferenciación:

	Congruos	Necesarios
Alimentos	<p>Civiles-Amplios</p> <p>Comprenden lo indispensable para subsistir modestamente de acuerdo a su posición social. Se fijan conforme al rango y condición de las partes.</p> <p>Cabe precisar que los alimentos congruos son mayores que los necesarios.</p> <p>- El artículo 472 del Código regula los alimentos congruos cuando se hace referencia a la situación y posibilidades de la familia.</p>	<p>Naturales-Precisos-Naturales</p> <p>Permiten la satisfacción de necesidades primordiales.</p> <p>Se reducen a lo estrictamente necesario para subsistir cuando el alimentista se encuentra en estado de necesidad por:</p> <p>- Su propia inmoralidad (art. 473, segundo párrafo) o,</p> <p>Cuando ha incurrido en causal de indignidad o desheredación, (art. 485).</p>
	De acuerdo a la posición social.	Lo estrictamente necesario para subsistir.
	Los niños y adolescentes son acreedores de una prestación de alimentos congruos, en ningún caso alimentos necesarios, pues se afectaría su interés superior y su derecho al desarrollo integral como derechos humanos específicos.	

13. Por su forma

Se relaciona con el tiempo en el que deben prestarse los alimentos. Se encuentran clasificados en temporales, provisionales y definitivos.

13.1. Temporales

Solo duran un tiempo. En el caso de la madre, se otorgan a efectos de los gastos del embarazo, esto es, desde la concepción hasta la etapa de posparto (art. 92, CNA), siendo estos conocidos en Brasil como alimentos gravídicos, aquellos necesarios para la gestación.

13.2. Provisionales

Se conceden en forma provisoria por razones justificadas o de emergencia. Son decretados por sentencia en la que se fijará el pago de una asignación provisional por mensualidades adelantadas hasta el señalamiento de la pensión definitiva.

13.3. Definitivos

Son definitivos cuando dejan de ser provisionales y se conceden en forma fija, concluyente y periódica.

Es una clasificación discutible. Pueden variar de acuerdo a la necesidad de quien los pide y las condiciones en que se encuentre el obligado, lo que lleva a establecer que la pensión estará sujeta a revisión permanente a petición del interesado.

XI. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALIMENTARIO

Los alimentos tienen ciertas características y particularidades que lo diferencian de otras obligaciones y derechos. Aun cuando existe alguna similitud con los caracteres del Derecho de las obligaciones, las características del Derecho alimentario son propias.

La dicotomía derecho–obligación alimentaria nace de las relaciones del *ius sanguinis*, parentesco y la adopción. En las demás obligaciones no existe esta reciprocidad.

El artículo 487 del Código establece que el derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable.

Sin embargo, estas características no son las únicas.

Personalísimo, Intransmisible, Irrenunciable, Intransigible, Incompensable,
Inembargable, Imprescriptible, Recíproco,
Circunstancial y Variable

14. Personalísimo

El derecho alimentario tiene un carácter excepcional, es *intuitu personae*; es decir, estrictamente personal, propísima. Está orientado a garantizar la subsistencia de una persona. Ambos, derecho alimentario y persona, se convierten en una dicotomía inseparable en tanto subsista el estado de necesidad del alimentista que tiene derecho a exigirlos, cobrarlos y gozarlos.

El carácter personal del derecho alimentario, resumido en la garantía de la subsistencia del alimentista, hace que esta se encuentre fuera de todo comercio, impidiendo así que pueda ser objeto de transferencia, cesión, compensación, embargo o renuncia.

La deuda y el crédito son estrictamente personales e intransmisibles. La relación obligatoria es personal por cuanto se basa en el vínculo familiar que une a las partes alimentarias. La deuda cesa con la muerte del obligado, no se transmite a sus herederos quienes podrán, sin embargo, ser obligados a prestar alimento, solo en el caso en que se hallen ligados por el vínculo familiar o, en su caso, que cancelen las pensiones devengadas e impagas.

15. Intransmisible

La intransmisibilidad del derecho alimentario es consecuencia de la característica anterior. Siendo la obligación personalísima, la obligación que se encuentra destinada a la subsistencia del acreedor, quien no puede transmitir su derecho.

Cuando se afirma que el derecho alimentario acaba con la muerte del deudor o del acreedor sostenemos que en el primer caso no existe razón natural ni legal para extender este derecho a los herederos del alimentante, salvo en los casos a que se refieren *apud testato* y por imperio de los artículos 474 y 478 del Código, situaciones en las que el acreedor alimentario, a la muerte de su deudor, tendrá el camino expedito para hacer valer su derecho frente a sus demás parientes que serán llamados por ley para satisfacer sus necesidades. Muerto el alimentista no existe razón para extender este derecho a sus familiares en razón de que los alimentos fueron destinados a satisfacer necesidades personales, propias e individuales.

16. Irrenunciable

El derecho alimentario se encuentra fuera de todo comercio, razón por la cual se sostiene que los alimentos son irrenunciables. Hacerlo equivaldría a la renuncia del derecho mismo. Consecuentemente, el alimentista quedaría desamparado y estaría abdicando a la vida.

Sin embargo, y entendida la diferencia entre el derecho alimentario y pensión alimenticia podemos decir que estas últimas sí pueden ser materia de renuncia o transacción y compensación en ciertos casos siempre que se compruebe el mismo origen de las obligaciones. El derecho a cobrarlas puede ser transferido *inter vivos* o *mortis causa*. La acción de cobro es imprescriptible.

La prohibición de renunciar al derecho a alimentos o a cuotas futuras no impone ni prohíbe una determinada conducta procesal al alimentista. Este puede reclamar o no los alimentos o desistirse del proceso en curso.

17. Intransigible

El derecho alimentario se encuentra fuera de comercio, no puede ser transado. Pueden ser materia de transacción las pensiones devengadas y no percibidas, que forman parte de la obligación alimentaria; no los alimentos futuros en razón de su necesidad, en este contexto se impide que por un acto de imprevisión o de debilidad de la persona pueda quedar privada de lo que es indispensable para su subsistencia.

Debe distinguirse entre el carácter de intransigibilidad del derecho alimentario y el convenio al que puedan arribar las partes en un litigio sobre pensiones alimenticias demandadas en el que puede transigirse sobre montos o modos de satisfacer la obligación, lo que resulta manifiestamente útil para las partes.

18. Incompensable

El alimentante no puede oponer en compensación al alimentista lo que este le debe por otro concepto. Si Juan es demandado por Manuel y este tiene una deuda pendiente por otro concepto, Juan no puede oponerle frente a la deuda aquellas

que le debe por concepto de alimentos. Es decir, si en el alimentista recae la calidad de deudor frente al alimentante, prima su estado de alimentista y no de deudor. La compensación no puede extinguir una obligación de cuyo cumplimiento depende la vida del alimentista. El sustento de la persona no es un simple crédito patrimonial, se trata de un derecho que es y debe ser protegido con vista a un superior interés público⁽⁶⁹⁶⁾.

Es más, una vez pagados los alimentos no podrán ser restituidos cualquiera que haya sido la causa de la cesación.

En la práctica judicial se presentan los siguientes casos:

- El alimentante solicita un descuento por los días que tuvo en su casa al alimentista por haber gastado en alimentos. Bajo ninguna circunstancia se podría oponer un descuento, ya que si el alimentante tuvo al alimentista un fin de semana, cumpliendo un régimen de visitas, durante el mismo se siguieron devengando gastos fijos como educación, vestido y otros que son propios a la naturaleza alimenticia y que en ningún momento se suspendieron.
- Un progenitor al haber comprado vestimenta o sufragado gastos como medicina o útiles escolares pretende que estos sean descontados de la cuota fijada como pensión alimenticia. Estos gastos deben considerarse como liberalidades o concesiones cumplidas por la conciencia familiar –paternal o maternal– que no son susceptibles de ser compensadas.

19. Inembargable

Las cuotas de alimentos no son susceptibles de embargo. La pensión alimenticia está destinada a la subsistencia de la persona a favor de quien ha sido fijada. Realizar el embargo sería ir en contra de esta finalidad y privar de sustento al alimentista.

El crédito alimenticio tampoco puede ser objeto de embargo ni retención. Si se permitiese su ejecución, el beneficiario quedaría en la indigencia.

20. Imprescriptible

La acción de demandar, cobrar y gozar es imprescindible mientras exista el derecho y la necesidad. No se concibe la prescriptibilidad del derecho a los alimentos, que nacen y se renuevan constantemente a medida de nuevas necesidades. La circunstancia que el reclamante no haya pedido alimentos, aunque se encontrara en igual situación a la del momento en que los reclama no prueba sino que hasta entonces ha podido resolver sus urgencias y que ahora no puede.

(696) SOJO BIANCO, Raúl. Ob. cit., p. 68.

El hecho de que el alimentista no haya ejercido su derecho a reclamar sus alimentos podría deberse a múltiples razones, v. gr. que no conocía el paradero de su alimentante.

El acreedor alimentario pierde el derecho a reclamar los alimentos devengados a partir de los dos (2) años desde que dejó de cobrarlos (art. 2001, inc. 4). La ley presume que si no lo hizo fue porque no precisaba hacerlo y, por consiguiente, su estado de necesidad fue superado. Los alimentos permiten y sirven para satisfacer obligaciones *ad futurum* no *ad praeteritum* (*in praeteritum non vivitur* o *nemo vivit in praeteritum*, “no se vive en el pasado”)⁽⁶⁹⁷⁾, lo pasado, pasado fue.

21. Recíproco

El carácter recíproco de la obligación alimentaria resulta una de las notas más saltantes de este instituto. Este carácter resulta sui generis dentro del tratado general de las relaciones obligacionales, ya que no existe esta posibilidad cuando se trata de las demás obligaciones *ex iure causae*. Estas siempre contarán con dos contrapartes: el pretensor y el comprometido.

Los cónyuges se deben recíprocamente alimentos entre sí. Los hijos respecto de sus progenitores que han cumplido con sus deberes alimentarios, tienen que, variadas las circunstancias, cumplir con deberes alimentarios frente a la necesidad de los padres, ahora convertidos en alimentistas. Quien hoy da, mañana más tarde está en el derecho de recibirlos respecto de quien atendió. Los familiares son potencialmente acreedores o deudores de la prestación alimenticia⁽⁶⁹⁸⁾.

22. Circunstancial y variable

Se conoce también como la mutabilidad del *quantum* de la pensión alimenticia. Las sentencias sobre materia de alimentos no son definitivas. Son susceptibles de cambios, sea porque las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante variaron al ser circunstancias eminentemente variables en el tiempo y en el espacio, razón por la que si después de fijados los alimentos sobreviene un cambio en la situación patrimonial (*rebus sic stantibus*) de quien los da o de quien los recibe puede el interesado reclamar judicialmente la reducción, aumento, exoneración o extinción (arts. 482 y 483, Cód. y art. 1699, Cod. Brasileiro). Estos cambios hacen que las sentencias en materia de alimentos no adquieran la autoridad de cosa juzgada. Los elementos constitutivos, que sirven de base para fijar la pensión alimenticia, fluctúan con el correr del tiempo. Además de ello, es necesario trazar límites para que la obligación de prestar alimentos no sea utilizada *ad aeternum*⁽⁶⁹⁹⁾.

(697) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 544.

(698) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 364.

(699) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 534.

XII. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Podríamos encontrar semejanzas y diferencias entre las características del derecho y la obligación alimentaria. Sin embargo, claro está que una cosa es el derecho y otra muy distinta la obligación. Al hablar de las características de la obligación alimentaria debemos distinguirla de la pensión, vale decir, de la materialización concreta y efectiva de la obligación de dar alimentos. De allí que las características las estructuraremos con base en el titular de la obligación jurídica, el alimentante. Sus caracteres son: personal, recíproca, variable, intransmisible, irrenunciable, uncompensable, divisible y mancomunada y extingible.

Personalísimo, Variable, Recíproca, Intransmisible, Irrenunciable,
Incompensable, Divisible y Mancomunada, Extingible

23. Personalísimo

La obligación alimentaria se encuentra a cargo de una persona determinada en virtud del vínculo jurídico que mantiene con el alimentista, es *intuitu personae*, no se transmite a los herederos.

24. Variable

Es revisable. Los elementos legales o voluntarios que la hacen surgir son materia de constante análisis, así como también, las posibilidades económicas del alimentante. Lo cual nos puede llevar a una variación, aumento, reducción o exoneración de la obligación. Esta es la principal característica de la obligación alimentaria.

25. Recíproca

Es mutua o bilateral en la medida en que se da jurídicamente entre personas que comparten vínculos entre sí; por ejemplo, cónyuges, ascendientes y descendientes, hermanos, etc. Quien hoy da, mañana más tarde está en el derecho de recibir.

26. Intransmisible

Se impide que la obligación alimentaria pueda ser objeto de transferencia o cesión por actos *inter vivos* al ser una obligación *intuitu personae*. El artículo 1210 del Código corrobora este carácter inalienable cuando establece que la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la naturaleza de la obligación. En consecuencia, tampoco podrá el alimentista constituir a favor de terceros derecho sobre las pensiones, ni ser estas embargadas por deuda alguna, conforme indica el artículo 648, inciso 7 del Código Procesal Civil. El artículo 486 refiere que la obligación de prestar alimentos se extingue con la muerte del alimentante o del alimentista, la razón está en el carácter personalísimo de la obligación y en la estricta relación que hay entre ambos. Los herederos nada tienen que ver con los compromisos que en vida tuvo el hoy difunto. Criterio distinto es asumido por la legislación

civil brasileira “Artículo 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artículo 1.694”.

27. Irrenunciable

El derecho a los alimentos es irrenunciable. Finalmente, puedo renunciar al ejercicio del derecho, ser alimentado. El encargo de alimentar es de orden público, impuesto por el legislador por motivo de humanidad y piedad⁽⁷⁰⁰⁾, razón por la cual se restringe su renuncia. Esta característica se vincula con la prescripción, sobre todo en el cobro de las pensiones devengadas. De ello, se infiere la imprescriptibilidad del derecho alimentario, aunque estén sujetas a prescripción las pensiones devengadas y no percibidas durante dos (2) años (art. 2001, inc. 4).

28. Incompensable

Referida a la obligación alimentaria como a las pensiones alimentarias. No se permite la compensación de la obligación alimentaria con alguna otra obligación existente entre el acreedor y el deudor alimentario. Esto último se comprueba, además, en lo dispuesto en el artículo 1290 del Código que prohíbe la compensación del crédito inembargable. Permitir la compensación, a decir de Monteiro⁽⁷⁰¹⁾, con una deuda de otra naturaleza sería privar al alimentado de los medios indispensables a su manutención, condenándolo al inevitable periclitamiento; no puede permitirse la compensación en virtud de un sentimiento de humanidad e interés público. Este autor cita dos ejemplos en los que analiza la imposibilidad y la posibilidad en la compensación:

- *Posibilidad de compensación* : Si el deudor paga la escuela del hijo, en vez de depositar el valor correspondiente en la cuenta bancaria de la madre quedará sujeto a compensación, ya que la causa de dicho pago es la misma obligación de alimentos del padre para con su prole.
- *Imposibilidad de compensación* : Si el padre decide dar un presente al hijo no podrá considerar el valor del presente al depósito que debió hacer en la cuenta bancaria de la madre en razón de la diversidad de causas de lo otorgado como regalo de lo comprometido como alimentos. Termina, el citado autor, con la cita de un criterio jurisprudencial (...) los pagos hechos por el alimentante al alimentado, comprobado a través de recibos, si se refieren a pensiones alimenticias, tales como morada, educación y salud, deben ser deducidos del valor ejecutado, no pudiendo ser considerados como una liberalidad (TJMG, Ap. 1.0024.01.006657-9/001, 1ª Cám. Cív., Rel. Des. Eduardo Andrade, j.10-2-2004)⁽⁷⁰²⁾, siendo –por lo tanto– perfectamente compensables.

(700) *Ibidem*, p. 540.

(701) *Ibidem*, pp. 543 y 544.

(702) *Ibidem*, p. 543, nota 50.

29. Divisible y mancomunada

Esto se da cuando hay varios deudores alimentarios respecto de un mismo alimentista. En tales supuestos, la obligación alimentaria, que recae sobre esa pluralidad de deudores, se prorratea entre estos siempre que estén en la obligación directa de cumplirlos. Distinto es el caso en el que existan obligados directos (padres) e indirectos (abuelos), ya que no podrán ser demandados ambos. Se demandará a los primeros y a falta o insuficiencia de estos, recién, a los segundos, situación por la cual se dice que es una obligación subsidiaria. Esto se da por la sencilla razón que la obligación alimentaria es solidaria, el acreedor de alimentos no puede escoger libremente a quién demandar la pensión, debe observar y respetar los grados de parentesco⁽⁷⁰³⁾.

Tratándose de supuestos de pluralidad de obligados a prestar alimentos estamos frente a una obligación mancomunada, no solidaria, por lo que cada alimentante responderá de su correspondiente porcentaje producto del prorrato de la obligación alimentaria.

Existe una excepción en el Código que declara el carácter solidario de la obligación alimentaria contemplada en el artículo 413, cuando se regula la determinación de la paternidad extramatrimonial en los casos de violación, rapto o retención violenta (art. 402, inc. 4). Casos estos en los que son admisibles las pruebas biológica, genética u otra de validez científica a petición de la parte demandante cuando fueren varios los autores del delito. Se declarará la paternidad de uno de los demandados si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se negase al sometimiento a alguna de las pruebas se declarará su paternidad, si el examen descarta a los demás. *La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas.*

Como hemos visto, y sumándonos al criterio de Méndez Costa⁽⁷⁰⁴⁾, existe un paralelismo entre el derecho y el deber que obliga a repetir los caracteres desde uno y otro enfoque, veámoslo en el siguiente gráfico:

Características	
Derecho alimentario	Obligación alimentaria
Personalísimo	
Incompensable	
Recíproca	

(703) LÓBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 352.

(704) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., p. 459.

Intransmisible	
Irrenunciable	
Variable	
Intransigible	Divisible
Inembargable	Mancomunada
Imprescriptible	Extinguible
Circunstancial	

30. Extinguible

Muerto el obligado la relación alimentaria se extingue.

XIII. ESTRUCTURA

Los alimentos están compuestos por los siguientes elementos:

31. Elemento personal

Son los sujetos que la componen.

31.1. Alimentista

Es la persona beneficiada con los alimentos. El titular del derecho alimentario. Llamado también derechohabiente, pretensor, beneficiado, acreedor alimentario, etc. Del artículo 474 del Código, que trata sobre las personas que se deben recíprocamente alimentos, se puede inferir quiénes son las personas beneficiadas. Así tenemos que son:

- El cónyuge (art. 474, inc. 1).
- Los ascendientes y descendientes (art. 474, inc. 2).
- Los hermanos (art. 474, inc. 3).

Es de destacar que, conforme al tercer párrafo del artículo 326, en caso de que termine la unión estable por decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Por lo tanto, la pareja abandonada es también beneficiaria de la prestación alimenticia.

31.2. Alimentante

Es la persona obligada al pago de los alimentos. El titular de la obligación alimentaria, del deber jurídico de la prestación familiar. Llamado alimentante, alimentador, obligado, deudor alimentario. También derechohabiente, pretensor, beneficiado, acreedor alimentario, etc.

32. Elemento material

Es la cuota, renta, pago, pensión alimenticia que el alimentado cumple con el alimentista. Se trata de una deuda de valor⁽⁷⁰⁵⁾.

Pueden clasificarse en:

- *Devengadas*, aquellas debidas, atrasadas.
- *Canceladas*, aquellas pagadas, saldadas.
- *Futuras*, aquellas a devengarse, de cumplimiento mediato.

Estructura			
Elemento			
Personal		Material	
Sujetos	Alimentante	Pensión	Devengadas
	Alimentista		Canceladas
			Futuras
Relación jurídica alimentaria			

XIV. TRATAMIENTO LEGAL DE LOS ALIMENTOS EN EL CÓDIGO

El Código establece un tratamiento diverso en materia de asignación de alimentos:

33. Excónyuge

Cónyuge inocente. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel (art. 350, 2º párrafo). Se trata de alimentos indispensables y se fundamentan en el principio de solidaridad de la relación conyugal, sin dejar de reconocer que en caso de culpa deben ser suplidas solamente las necesidades básicas del alimentista con una prestación indispensable para su subsistencia⁽⁷⁰⁶⁾.

Asimismo, el excónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente (art. 350, tercer párrafo).

(705) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., p. 462.

(706) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., pp. 518 y 519.

Cónyuge indigente. El indigente debe ser socorrido por su excónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio (art. 350, cuarto párrafo).

Las obligaciones alimenticias cesan automáticamente si el cónyuge alimentista contrae nuevas nupcias o cuando desaparece el estado de necesidad. En este caso, el obligado puede demandar la exoneración y, el reembolso (art. 350, último párrafo).

34. Descendiente mayor de edad incapaz

Incapacidad física o mental. El mayor de dieciocho años solo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia *por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas*⁽⁷⁰⁷⁾ (arts. 424 y 473). Si la causa que lo redujera a ese estado fuera su propia inmoralidad solo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir. No se aplica esto último cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos (art. 473 *in fine*).

35. Descendiente como estudiante exitoso

Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta la edad de 28 años (art. 424).

Si subsiste el estado de necesidad del mayor de edad o el alimentista que está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación alimenticia continúe vigente (art. 483, último párrafo).

Conforme ha establecido jurisprudencialmente esta Sala Civil Transitoria, si bien es cierto que el último párrafo del artículo 483 del CC, únicamente se refiere a “seguir” una profesión u oficio, y no alude al verbo “estudiar”, debe entenderse que la norma abarca igualmente a los estudios tendientes a obtener una profesión o un oficio, que incluye a los estudios preparatorios –primarios, secundarios o para el ingreso a estudios superiores– y que solo en estos casos puede permitirse que un hijo mayor de edad pueda seguir percibiendo alimentos, siempre que curse dichos estudios de manera exitosa, los que deben entenderse realizados dentro de márgenes razonables y aceptables, tanto en lo que se refiere al periodo de tiempo requerido para efectivizarlos⁽⁷⁰⁸⁾.

36. Alimentos pre y posnatal

En los casos del artículo 402 del Código, en que puede ser declarada judicialmente la paternidad extramatrimonial, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los 60 días anteriores y los

(707) La Ley N° 27646, Ley que modifica los arts. 424, 473 y 483 del CC (DOEP, 23/01/2002). Las cursivas son incorporadas por esta ley.

(708) Cas. N° 1338-2004-Loreto.

60 posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo. Esta acción es personal. Será interpuesta antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente. Se dirige contra el padre o sus herederos y puede ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante (art. 414).

37. Prestación alimentaria - Hijo alimentista

Son los llamados hijos de crianza en Puerto Rico.

Se trata de un mero acreedor alimentario. Un alimentista sin vínculo familiar, solo legal, carece de *status familiae*. No es hijo, solo merecedor de una contraprestación de primera necesidad. No puede ser hijo a medias o plazo determinado, no puede ser hijo sin derechos plenos y que solo se le conceda derechos parciales. Al alimentista solo le corresponde alimentos; no derecho al nombre, herencia ni se tiene sobre él patria potestad. Más allá del compromiso económico la relación de familia no queda constituida.

Esta institución se encuentra amparada en la protección del menor al no poderse determinar la paternidad sino, solo, la relación sexual llevada a cabo durante la época de la concepción, lo cual justifica, al menos, que se le alimente al producto de dicho desliz sentimental. No hay seguridad, menos la probable paternidad, pero sí una remota posibilidad de serlo, por lo que ante la duda se otorga el beneficio de alimentos a la descendencia.

37.1. Base legal

Se encuentra tratado en el artículo 415 y ss. del Código.

Supuesto: Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. Esta continuará vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

Asimismo, como una forma de reparación civil, el Código Penal considera en su artículo 178 la prestación de alimentos en favor de la prole que resulte de los actos delictivos (contra la libertad sexual), aplicándose las normas respectivas del Código Civil; no nos cabe la menor duda que se aplica las reglas del hijo alimentista.

37.2. Usos

Se caracteriza para aquellos casos en los que la madre no sabe quién es el padre, pero al haber mantenido relaciones sexuales se le achaca la obligación al susodicho.

El derogado artículo 403⁽⁷⁰⁹⁾ consideraba que la investigación de la paternidad era improcedente si durante la época de *concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre*, frente a lo cual el artículo 416⁽⁷¹⁰⁾, derogado también, solo le confería el acceso a una pensión momentánea de alimentos con base en el artículo 415.

37.3. Legitimación

La acción que corresponde al hijo es personal y se ejercita por medio de su representante legal dirigiéndose contra el presunto padre o sus herederos (art. 417).

37.4. Transmisión hereditaria de la obligación alimentaria

Al ser una obligación netamente pecuniaria es trasmisible. Se ha considerado que los herederos no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado (art. 417).

37.5. Eximencia

El deudor alimentario podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo quedará exento de la obligación alimentaria.

Asimismo, podrá accionar en su calidad de alimentante legal ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba, a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, que no es el padre.

37.6. Evolución normativa en el Código

La negativa al sometimiento de la prueba genética de paternidad también generó el surgimiento de la obligación alimentaria vía la calidad de hijo alimentista. Fue un supuesto más, al tratado originariamente el Código. Esto se dio con la modificación en la redacción del inciso 6 del artículo 402⁽⁷¹¹⁾ estableciendo que el

(709) Derogado por el artículo 6 de la Ley N° 27048, Ley que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 06/01/1999).

(710) Ídem.

(711) Modificado por el artículo 2 de la Ley N° 27048, Ley que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 06/01/1999).

Téngase presente de la misma Ley :

“**Artículo 3.-** Consecuencia de la aplicación de la prueba. En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada”.

juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o *al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415*. Esta disposición quedó sin efecto mediante la Ley N° 28457 en la que no hace ningún tipo de referencia a la negativa ni los apercibimientos ni sus consecuencias, tomando en cuenta que el novísimo y efectivo proceso judicial de paternidad extramatrimonial veda la resistencia de presunto padre a la prueba genética.

Veamos la evolución:

Texto vigente	Texto a 1999	Texto original
<p>Artículo 415.- Derechos del hijo alimentista. Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.</p>	<p>Artículo 415.- Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.</p>	<p>Artículo 415.- Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.</p>
<p>El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo.</p> <p>Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre^(*).</p>	<p>El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo^(**).</p>	

(El tipo de letra utilizado, en cada caso, permite comparar los textos).

- (*) Modificado por la Ley N° 28439, Ley que modifica las reglas de proceso de alimentos, (DOEP, 28/12/2004), artículo 5. Esta Ley incorpora el último párrafo y es, además, quien le coloca la sumilla al artículo *sub examine*.
- (**) Modificado por la Ley N° 27048, Ley que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 6/1/1999), artículo 2.

Téngase presente, además, de la misma ley:

“Artículo 5.- Responsabilidad por mala fe. La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración [o impugnación] de paternidad [o maternidad] valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado [o demandada] deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez”. (Lo que se encuentra entre corchetes son agregados nuestros).

38. Concebido heredero

La partición de la herencia que comprende los derechos de un heredero concebido será suspendida hasta su nacimiento. En dicho intervalo de tiempo la madre disfrutará de la herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos (art. 856). La madre goza de los derechos hereditarios en razón de que no hay nada que beneficie más directamente al concebido que el bienestar de su gestante, lo que conlleva que la misma tenga la facultad de valerse de los bienes materia de la herencia de aquel siempre que lo requiera, es decir, si necesitase ser asistida, requiera de alimentos⁽⁷¹²⁾.

Por su trascendencia, se trata de un derecho que corresponde al hijo concebido pero que la madre ejercita estos derechos en nombre y en bienestar de su hijo. De allí que, como indica el artículo 233 del Código Civil colombiano, la madre no estará obligada a restituir lo que se le hubiere asignado a menos que se probase que procedió de mala fe (por ejemplo, un supuesto embarazo). Esta situación fue tratada de manera totalmente contraria por la doctrina nacional conforme a lo prescrito en el artículo 369 del Código del 36 en el sentido de que: “Si el hijo nace muerto, la que iba a ser madre debe restituir lo que recibió por alimentos, aunque el padre hubiera reconocido al hijo por nacer, ya que la madre no tiene derecho a alimentos sino por cierto tiempo, antes, después del embarazo”, tal como lo manifestó Jorge Eugenio Castañeda⁽⁷¹³⁾.

39. Treintena⁽⁷¹⁴⁾

Las personas que hayan vivido en la casa del causante o alimentado por cuenta de este pueden exigir al albacea o a los herederos que continúen la atención de estos beneficios con cargo a la mesa hereditaria durante tres (3) meses (art. 870).

40. Beneficio de competencia⁽⁷¹⁵⁾

El donante que ha desmejorado de fortuna solo puede eximirse de entregar el bien donado en la parte necesaria para sus alimentos (art. 1633).

(712) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Suspensión de la partición de los bienes del heredero concebido”. En: *Código Civil comentado*, Tomo IV, 2ª edición, (Derecho de sucesiones), Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007, p. 505 y ss. “El heredero concebido. Suspensión de la partición de sus bienes (un análisis creativo del artículo 856 del Código Civil peruano)”. En: *Persona, Derecho y Libertad - Nuevas perspectivas*, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima, Motivensa, 2009.

(713) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Derecho de sucesión*. Tomo I, 2ª edición, Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, 1975.

(714) Llamada también mes de gracia o derecho de los treinta días. Vide JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. “Plazo de beneficios a personas que vivieron con el causante”. En: *Código Civil comentado*. Tomo IV, Derecho de Sucesiones, 2ª edición, Lima, mayo, 2007, p. 544 y ss.

(715) Vide LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: “Beneficio de competencia”. En: *Código Civil comentado*, Tomo VIII, Contratos nominados, 2ª edición, Lima, mayo, 2007, p. 427.

XV. PROCESO DE ALIMENTOS EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El artículo 96 del CNA establece que el competente para conocer de este tipo de procesos es el Juez de Paz Letrado, teniendo competencia para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos sin perjuicio de la cuantía de la pensión, edad o prueba sobre el vínculo familiar.

De conformidad con lo establecido en el artículo 167, luego de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios de fecha posterior, los referidos a hechos nuevos y aquellos señalados por la otra parte en su contestación de la demanda.

Si la demanda es admitida, el juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de cinco (5) días para que el demandado la conteste (art. 168, CNA).

Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia, la cual se realizará dentro de los diez (10) días siguientes de recibida la demanda (art. 170, CNA).

Iniciada la audiencia se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante. Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvencción. Concluida su actuación, si el juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente. Si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejará constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia. Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el Juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada (art. 171, CNA).

A falta de conciliación y, si producida esta, a criterio del juez afectara los intereses del niño o del adolescente, este fijará los puntos controvertidos y determinará los que serán materia de prueba. Actuados los medios probatorios, las partes tienen cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos. Concedidos los alegatos, si los hubiere, el juez remitirá los autos al fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devueltos los autos, el juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos (art. 173, CNA).

En resolución debidamente fundamentada, el juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente. Al respecto, el juez está facultado en estos casos incluso para disponer el allanamiento del domicilio (art. 177, CNA).

XVI. ORDEN DE PRELACIÓN DE LOS OBLIGADOS

El orden de prelación en el derecho alimentario se presenta cuando el acreedor tiene más de un alimentista, existen varios con necesidad de alimentos respecto de él.

El artículo 475 del Código señala que los alimentos, cuando sean dos o más los alimentistas, se prestan en primer lugar, por el cónyuge, en segundo lugar por los descendientes, en tercer lugar por los ascendientes y, en cuarto lugar, por los hermanos. Este es el orden, el mismo que no puede ser alterado, por lo que no puede demandarse a todos al mismo tiempo.

Sin embargo, debe hacerse una obligatoria concordancia del artículo *in comento* con el artículo 93 del CNA, que señala que el orden de prelación es el siguiente: los padres, los hermanos mayores de edad, los abuelos, parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables del niño o adolescente, obviamente esta es únicamente aplicable a los menores de edad.

Artículo 475, CC	Artículo 93, CNA
Cónyuge	
Descendientes	
Ascendientes	Padres
Hermanos	Hermanos mayores de edad
	Abuelos
	Parientes colaterales hasta el tercer grado
	Otros responsables del niño o adolescente

El ámbito de aplicación del artículo 475 de Código se restringe únicamente a la concurrencia en la obligación subjetiva familiar potencial cuando el acreedor alimentario es adulto, siendo de aplicación el artículo 93 del CNA cuando este es niño o adolescente; es decir, menor de edad.

Debemos tener en cuenta que el orden de prelación, desde el punto de vista de los obligados, puede ser considerado como un derecho de excusión por el cual el demandado puede solicitar que previamente se haga lo propio con el anteriormente obligado y se acredite que este no puede cumplir con dicha obligación.

Asimismo, este orden de prelación se concatena con la subsidiariedad o sucesividad que es característica de la obligación alimentaria, la cual consiste en que para pedir alimentos al pariente más lejano es preciso recurrir previamente al más cercano.

No obstante, la ley señala que todos los parientes tienen obligación potencial respecto del solicitante, el alimentista debe respetar el orden de prelación al solicitar los alimentos, debiendo realizar todas las gestiones conducentes a lograr que el primer obligado satisfaga su necesidad para solicitárselas recién al segundo obligado y así sucesivamente.

Conviene notar, que nuestro Código al regular el orden de prelación hace un paralelo con el orden sucesorio establecido. Así, los descendientes son sucesores del primer orden, los ascendientes del segundo orden, concurre con ambos el cónyuge pese a ser del tercer orden, el hermano es del cuarto, el tío del quinto y el primo del sexto, esto de conformidad con el artículo 816 del Código Civil. Mientras que el orden sucesorio se extiende hasta los primos, la obligación recíproca de darse alimentos y el orden de prelación comentado termina en los hermanos (arts. 474 y 475 CC).

Al respecto, consideramos que si de la herencia se extiende la sucesión hasta los primos, debe extenderse también la obligación alimentaria y prelación a los parientes colaterales en el tercer grado de consanguinidad, como a los del cuarto grado de consanguinidad.

Un avance, en ese sentido, ha sido la inclusión de los tíos como obligados a dar alimentos al sobrino en el artículo 93 del CNA. No obstante, es injusto que el tío que alimentó al sobrino cuando era menor de edad, no tenga derecho a exigirle alimentos al encontrarse en estado de necesidad y no tener otros parientes anteriores en el orden de prelación regulado por la norma bajo comentario.

A continuación, examinaremos la forma en la que opera el orden de prelación normado por el artículo 93 del CNA.

- a) **Padres:** en el primer lugar de prelación frente a las necesidades alimentarias de un niño o adolescente se encuentran sus padres. El traslado de la obligación se da en dos casos puntuales: ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero.

Esta obligación subsiste aun en caso de la suspensión o pérdida de la patria potestad, tal como se encuentra regulado en el artículo 94 del CNA.

- b) **Hermanos mayores de edad:** siendo parientes colaterales de segundo grado se encuentran antes de los ascendientes, a diferencia de lo señalado en el

artículo 475 del Código Civil. La norma no hace diferencia entre hermanos unilaterales o bilaterales⁽⁷¹⁶⁾.

- c) **Los ascendientes:** los abuelos se encuentran en el tercer lugar en el orden de prelación.
- d) **Los parientes colaterales hasta el tercer grado:** es decir, hasta el tío o hermano del padre alimentante.
- e) **La norma incluye como obligados alimentarios a otros responsables del niño o el adolescente:** esto permite que pueda extenderse a personas distintas que las señaladas en los puntos anteriores. Sin embargo, no existe una precisión respecto a dichos límites, por lo que debemos entender que se refiere a la tutela y a la colocación familiar, siendo la forma en la que el Código entiende como responsables del niño.

Derecho de excusión. Es la prelación alimentaria, mediante esta se demuestra que existe un sujeto que debe cumplir previamente con obligación.

XVII. REAJUSTE DE LA PENSIÓN ALIMENTARIA. AUMENTO Y REDUCCIÓN

La pensión alimenticia es modificable, variable. Esta es la principal característica de la obligación alimenticia, el reajuste o modificación.

Se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimente la necesidad del alimentista y las posibilidades del alimentante.

Hay quienes mencionan que es una suerte de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁽⁷¹⁷⁾, i.e. variadas las circunstancias originales que dieron mérito a la determinación de la pensión esta deberá ser modificada. Se trata de un adecuar a las circunstancias actuales, tal como lo establece una sentencia de Girona, España “el derecho de pedir una prestación alimenticia viene siempre limitado por las circunstancias personales, necesidades y posibilidades del obligado a prestarlas, no pudiendo perderse de vista que la condena en juicio a prestar alimentos provisionales está sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*, pudiéndose, en consecuencia, en lo sucesivo reducir o aumentar según lo hagan las necesidades del

(716) La justicia argentina determinó que a raíz del fallecimiento de los padres, la parte demandada debe encargarse de pagar una cuota alimentaria a su media hermana discapacitada y enferma, quien “no puede vivir plenamente de la jubilación por invalidez que recibe”. “Obligación de parentesco. Los medio hermanos sean unidos”. En: <www.diariojudicial.com.ar>. 29/03/2012.

(717) Las estipulaciones establecidas en los contratos se dan por las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a su modificación.

alimentista y la fortuna del que hubiese de satisfacerlo⁽⁷¹⁸⁾, con este mismo criterio el Superior Tribunal de Justicia de Brasil considera que “(...) el juez debe oír a los interesados, apreciar las circunstancias del caso concreto y obedecer al principio *rebus sic stantibus*”⁽⁷¹⁹⁾. Sin embargo, es el propio Lasarte⁽⁷²⁰⁾ quien sostiene que se trata de un planteamiento erróneo en razón de que el verdadero significado de dicha cláusula está en el ámbito de las prestaciones contractuales en el sentido de que si varían los presupuestos sobre los que se contrató debe resolverse o modificarse el contrato.

Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado no es necesario nuevo proceso para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente cuando varía dicha remuneración, conforme lo establece el artículo 482 del Código Civil. Sin embargo, consideramos que el reajuste procedería al variar la necesidad del alimentista o la posibilidad del alimentante; en estos casos el porcentaje asignado, sea por insuficiente o demasiado deberá ajustarse.

41. Aumento

Procede de acuerdo a las necesidades del alimentista.

Debe fundamentarse en nuevos antecedentes que no existían al tiempo del proceso, por ejemplo:

- *Respecto del alimentista.*- Cambios en el nivel de estudios. Resulta obvio que un estudiante de nivel medio necesita más recursos económicos que uno de nivel básico y, a su vez, un estudiante de nivel universitario requiere mayores recursos que uno de nivel medio.
- *Respecto del alimentante.*- Aumento en los ingresos. Si en un principio el **monto de la pensión de alimentos** fue menor porque la situación del alimentante no le permitía cumplir con su deber **de manera óptima**, una vez que su situación mejore es posible solicitar un aumento de la pensión de alimentos en atención a su nuevo escenario económico. No debe entenderse que los alimentos pueden implicar un medio para obtener riqueza, estos solo deben servir para atender las necesidades del alimentista sin perjudicar al alimentante, ni mucho menos otorgar al alimentista el derecho de participar en las ganancias de su alimentante.

42. Reducción

Procede cuando el alimentante no se encuentra en las condiciones de proporcionar los alimentos fijados, sea por quedarse sin trabajo, haber obtenido uno

(718) SAP de Girona, 02/11/1994, LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 371.

(719) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., Nota 14, p. 524.

(720) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 371.

nuevo con menor sueldo o tener otras cargas que alimentar. Asimismo, cuando el alimentista, ya no quiere el *quantum* que vino recibiendo.

Las sentencias que derivan de procesos de alimentos no adquieren la autoridad de cosa juzgada material⁽⁷²¹⁾, solo pueden tener la calidad de cosa juzgada formal⁽⁷²²⁾, en razón de que los elementos que se toman en cuenta para fijar la pensión fluctúan con el correr del tiempo.

XVIII. PRORRATEO, EXONERACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

43. Prorrateo

Implica repartición, división proporcional de una cantidad entre varios que tienen un derecho común. Es la partición equitativa del caudal económico disponible que tiene el alimentante frente a más de un alimentista. Para que se configure este supuesto es necesario la presencia de alimentistas concurrentes respecto de un solo alimentante.

No procede el prorrateo cuando el deudor posee rentas suficientes para cubrir todas las pensiones fijadas.

El prorrateo nos lleva a preguntarnos:

¿Qué rentas son las que pueden destinarse compulsivamente a cubrir las prestaciones alimentarias y en qué porcentaje?

Tratándose de rentas no provenientes del trabajo puede embargarse el cien por ciento; es decir, no hay límites. Si se tratare de rentas cuya fuente es el trabajo, como son las remuneraciones, el embargo procede hasta el sesenta por ciento del total de sus ingresos con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley, tal como lo establece el artículo 648 inciso 5 del Código Procesal Civil.

Si el alimentante tiene que afrontar más de dos pensiones y la suma de estas supera el sesenta por ciento de sus remuneraciones deberá distribuirse entre los acreedores ese sesenta por ciento a fin de que ninguno se quede sin hacer efectiva su pensión o la reciba en un porcentaje mínimo. Por ejemplo, A es demandado por su cónyuge B, quien logra embargar el sesenta por ciento de las remuneraciones de A. Luego aparece C, hijo extramatrimonial de A, quien obtiene como

(721) En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos; por tal razón, se concluye que no resulta amparable considerar que el principio de la cosa juzgada se presenta en el presente caso. Cas. N° 2760-2004-Cajamarca.

(722) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., pp. 534 y 535.

pensión el 20% de las remuneraciones. Al no tener A otros ingresos, y como las rentas de trabajo están embargadas en el porcentaje máximo que señala la ley, C podría quedarse sin cobrar, por ello la ley faculta a C para que demande a A y B, a fin de que ese sesenta por ciento de las remuneraciones de A se distribuya entre B y C, y ello lo logrará a través del prorrateo.

La ley no ha establecido criterios para fijar estas porciones. Sin embargo, la proximidad en grado de parentesco respecto del obligado otorgará mayor porcentaje: los hijos y cónyuges recibirán mayor parte que los hermanos u otros ascendientes.

El artículo 95 del CNA señala que la obligación alimentaria puede ser prorrateada entre los obligados si es que a criterio del juez se hallan materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma individual. En este caso, los obligados pueden acordar el prorrateo mediante conciliación convocada por el responsable. Esta será puesta en conocimiento del juez para su aprobación. La acción de prorrateo también puede ser iniciada por los acreedores alimentarios, en caso de que el pago de la pensión alimentaria resulte inejecutable.

44. Exoneración

La ley civil prevé que si el obligado se encuentra en un proceso de disminución de su capacidad económica tanto así que ponga en peligro su propia subsistencia o que, en su defecto, ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad, puede solicitarse la exoneración de la obligación de seguir prestando alimentos, toda vez que las sentencias en materia de derecho alimentario no adquieren la categoría de cosa juzgada.

Cuando se trate de un proceso de exoneración de pensión alimenticia debe distinguirse:

- La disminución de los ingresos del obligado debido a la reducción sustantiva de sus remuneraciones ajenas a su voluntad, como por ejemplo el recorte salarial de tipo permanente por peligro económico de su empresa empleadora que acuerda con sus trabajadores la disminución de sus ingresos para reflotar la economía y no declararse en quiebra, situación que debidamente acreditada dará paso a la respectiva exoneración alimenticia.
- La reducción aparente de la capacidad económica del obligado, debido a obligaciones *ex voluntate* contraídas con posterioridad al señalamiento de la pensión alimenticia, como por ejemplo, comprarse un auto nuevo o cambiar el que tiene, comprar una nueva vivienda o refaccionar la que tiene en fin acciones destinadas a incrementar su patrimonio y que con normalidad hoy en día son solventadas en el mercado financiero por pagos a plazos, lo que en buena cuenta resultan siendo un tipo de sujeción a otras cargas

económicas que el alimentante estaría en obligación de solventar por propia iniciativa.

44.1. Exoneración por disminución de sus ingresos

Al respecto, el artículo 483 del Código en su primera parte, refiere que: “El obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere de seguir prestándolos, si disminuyen sus ingresos de modo que no pueda atender a la obligación sin poner en peligro su propia subsistencia (...)”. La norma se justifica en tanto que el deudor debe estar en posibilidades de atender con alimentos al necesitado, pero si al darlos va a devenir en estado de necesidad e incluso poner en peligro su propia subsistencia, entonces esta obligación debe desplazarse hacia otros obligados, tal como lo señala el artículo 478 del Código Civil al referirse al cónyuge deudor de los alimentos; sin embargo, esta disminución de ingresos debe ser suficientemente acreditada en el proceso respectivo.

44.2. Exoneración por cesación del estado de necesidad efectiva

El artículo 483 del Código en la parte final del primer párrafo señala que puede solicitarse la exoneración de los alimentos “(...) si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad”.

Los alimentos son derechos vitales que sirven a la persona para que pueda seguir viviendo, por ello su carácter de irrenunciable, pero se justifican en tanto exista un estado de necesidad. No puede permitirse que una persona pensione a costa de otra cuando puede atender a sus necesidades recursos propios. Por ello, se ha establecido que al desaparecer el estado de necesidad del alimentista el alimentante puede solicitar la exoneración de los alimentos. Claro está que este estado de necesidad puede reaparecer en el acreedor, por lo que el deudor nuevamente tendrá que asumir su obligación alimentaria.

Un caso típico es cesar con los estudios⁽⁷²³⁾.

44.3. Exoneración por presunta cesación del estado de necesidad

Se presenta cuando el alimentista deja de tener el requerimiento de ser sostenido. Si, por el contrario, el acreedor desea seguir con los alimentos tiene que probar su estado de necesidad o los supuestos del artículo 424 del Código, seguir con éxito estudios para una profesión u oficio y las hijas e hijos solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

(723) Que, al respecto, se advierte que la actora no ha acreditado con medio probatorio alguno durante secuela del proceso, que esté siguiendo una profesión u oficio de manera exitosa, por lo que en caso de no demostrar esta situación por imperio de la propia norma sustantiva, resulta amparable su pretensión, es decir, en autos se ha probado la existencia de elementos normativos y fácticos para la procedencia de la demanda. Cas. N° 80-2004-Junín.

Si el alimentante por resolución judicial viene cumpliendo con la prestación alimentaria a favor de su hijo, y este llega a los dieciocho años de edad, puede el padre pedir que tal resolución deje de regir, desapareciendo la presunción de estado de necesidad que acompaña a todos los acreedores alimentarios menores de edad, en efecto el artículo 483 en su segundo párrafo refiere que: “tratándose de hijos menores a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, esta deja de regir al llegar aquellos a la mayoría de edad”.

La capacidad que se adquiere a los dieciocho años de edad torna a la persona en la posibilidad de agenciarse de recursos para atender sus requerimientos. Puede acontecer que al llegar a la mayoría de edad la persona no se encuentre en aptitud de solventar por sí misma sus necesidades o puede suceder que el dedicarse al estudio no le permita emprender labores que le proporcionen recursos, por ello el tercer párrafo del artículo 483 dice: “sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente”. Aquí necesariamente se tendrá que probar estas situaciones, de lo contrario no seguirá gozando de los alimentos.

45. Extinción

Es cuando cesa definitivamente la obligación alimentaria, concluye sin posibilidad alguna de reaparecer. No se trata de casos de desaparición de las causas de cesación de la obligación alimentaria, en razón de que esta puede restablecer. Así ocurre si el deudor adquiere bienes o el acreedor pierde los que tenía y vuelve a tener necesidad de los alimentos, o bien cuando cesa la conducta viciosa y persiste la necesidad⁽⁷²⁴⁾.

En el caso de los alimentos se extingue la obligación únicamente por muerte, sea del alimentante o del alimentista.

Existen otros casos de extinción particulares, como puede ser la extinción de la obligación alimentaria del excónyuge que alimentó a su ex y este contrae nuevo matrimonio, así lo señala el artículo 350 *in fine* del Código refiriendo que: “las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias (...)”, figura esta que la podemos extender a los alimentos del conviviente que contrae nupcias.

El Código regula esta extinción de la obligación alimentaria en su artículo 486, “La obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728. En caso de muerte del alimentista sus herederos están obligados a pagar los gastos funerarios”.

(724) BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. *Derecho de Familia y sucesiones*. Harla S.A., México D.F., 1994, p. 33.

El fundamento del precepto descansa en la naturaleza estrictamente personal de la obligación de alimentos y en su carácter intransmisible. Esta obligación es inherente, *intuitu personae* y son concretas circunstancias personales que determinan su existencia. Dicha obligación se impone en virtud de la condición de pariente y la concreta situación económica, sin que, en ningún caso, pueda ser transmitida a otra persona, ni por actos ínter vivos ni mortis causa.

Tras la muerte del alimentante, la acción de alimentos no puede dirigirse contra sus sucesores. La obligación se extingue. La deuda no se trasmite a los herederos, únicamente pasan a los herederos las pensiones devengadas y no pagadas, en cuanto son deudas del causante que han perdido su carácter de personalísimas para equipararse a las demás patrimoniales.

45.1. Muerte del alimentista

La muerte pone fin a la persona señala el artículo 61 del Código.

En tal mérito se extingue el derecho alimentario al dejar de existir la persona necesitada y, consecuentemente, se suprime la obligación del alimentante. Se asimilan a esta regla la declaración de muerte presunta y en la práctica podría decirse que los casos de ausencia y desaparición producen efectos de exoneración de la obligación alimentaria en tanto no es habido el titular del derecho.

Refiere el artículo 486 del Código en su párrafo final que en caso de muerte del alimentista, sus herederos están obligados a pagar los gastos funerarios. Norma justa y conveniente que guarda concordancia con las cargas de la herencia, sin embargo, no siempre fue así, recordemos que el Código de 1936 impuso estas cargas (gastos de funeral) al deudor alimentario, quizás en la creencia que generalmente el deudor alimentario es heredero del acreedor, pero no necesariamente se da esa identidad. Puede tratarse del caso de los alimentos entre excónyuges o de los concubinos, en los que no hay vínculo jurídico que justifique la herencia, por ello creemos acertada la norma de imponer estos gastos a los herederos del acreedor alimentario, y no al deudor alimentario quien verá extinguida la obligación sin dejar efecto secundario alguno como ocurrió con la legislación pasada.

45.2. Muerte del alimentante

La obligación alimentaria no es transferible.

Fallecido el alimentante se extingue la obligación, claro está que esta muerte puede ocurrir cuando el alimentista permanezca en estado de necesidad y, por lo tanto, con derecho de alimentos. En esa circunstancia vendrá otro obligado a atender los alimentos, dejará su puesto secundario para convertirse en obligado principal pero no porque haya recibido esa obligación el deudor fallecido, sino porque su vínculo jurídico (por esencia parental) con el alimentista lo convierte

en deudor principal. Por ejemplo, el cónyuge que recibía alimentos de su consorte, muerto este estarán obligados los descendientes, en este caso el hijo o hijos del alimentante.

45.3. Muerte del deudor alimentario - Hijo alimentista

El artículo 486 del Código refiere que la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado, señala además *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728*. Este artículo dice: “Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla”. Se trata de la carga de soportar la porción disponible del testador para garantizar el derecho del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente como tal, pero que goza de alimentos respecto de aquel que tuvo trato sexual con su madre en la época de la concepción. Muerto el presunto padre, este alimentista podrá dirigir su acción contra los herederos del presunto padre, así lo establece el artículo 417 del Código que dice: “La acción que corresponde al hijo en el caso del artículo 415 es personal, se ejercita por medio de su representante legal y se dirige contra el presunto padre o sus herederos. Estos, sin embargo, no tienen que pagar al hijo más de que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado”.

Este artículo pretende no dejar desamparado al hijo alimentista y, por ello, impone la obligación a los herederos del presunto padre (causante) para que cumplan con esa deuda; sin embargo, se ha cuidado bien el legislador para no perjudicar a estos herederos en su legítimo derecho. De no existir normas que delimiten el derecho del alimentista podría este, por concepto de alimentos, recibir más de lo que recibirían los herederos.

45.3.1. Acción contra el presunto padre

El hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado que prueba que su madre tuvo trato sexual en la época de la concepción con un varón, demanda a este por alimentos y obtendrá una pensión. En primer lugar, este no es hijo ni aquel padre. Son, simplemente, acreedor y deudor. El deudor debe cumplir con su obligación alimentaria hasta que el acreedor cumpla dieciocho años de edad, subsistirá la obligación si este se encuentra incapacitado física o mentalmente.

Si ocurre la muerte del deudor, cuando el acreedor aún tiene el derecho, entonces sus herederos reciben esta deuda y deberán honrarla en cualquiera de las formas que establece el artículo 874 del Código. Sin embargo, estos herederos no tendrán que pagar al acreedor más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado. Otro de los límites del derecho del alimentista está dado por la edad hasta donde se extiende su derecho, esto es, dieciocho años de edad. Alcanzado cualquiera de los límites, a los que debe

sumarse el artículo 728 del Código referido a la cuota disponible, se extingue el derecho alimentario de este acreedor.

45.3.2. Acción contra los herederos

El artículo 417 del Código regula la posibilidad del alimentista de accionar contra los herederos para que se le fije una pensión alimenticia si no tuvo oportunidad de demandar en vida al presunto padre. Sin embargo, consideramos que sin descartar esta remota posibilidad por lo difícil de la obtención de los medios probatorios, a la par de que no podrían ser controlados por el presunto obligado, la acción debería iniciarse en vida del causante, además los artículos 728 y 874 son claros al respecto. El primero de ellos refiere: “Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415 (...)” y el segundo señala: “La pensión alimenticia a que se refiere el artículo 728 (...)”.

El artículo 874 del Código señala que esta deuda alimenticia es una deuda de la herencia, deuda contraída por el causante y cuyo pago por excepción se transfiere a sus herederos, luego nos indica que en concordancia con el artículo 728, que la citada deuda grava (afecta) en lo que fuera necesario la parte de libre disposición de la herencia a favor del alimentista. Los herederos pueden pagar esta deuda asumiendo uno de ellos la obligación por disposición del testador, o por acuerdo de los herederos puede asegurarse su pago mediante hipoteca u otra garantía, o calculando el monto de la pensión alimenticia durante el tiempo que falta para su extinción, y entregando al alimentista o a su representante legal el capital representativo de la renta.

45.4. Otras formas de extinción

45.4.1. Por divorcio

El divorcio disuelve el vínculo jurídico del matrimonio, única causa que liga a los cónyuges para el establecimiento de los deberes recíprocos de fidelidad, asistencia y alimentos.

Sin embargo, si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel (art. 350, segundo párrafo). Asimismo, el excónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente (art. 350, tercer párrafo). El indigente debe ser socorrido por su excónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio (art. 350, cuarto párrafo).

Las obligaciones alimenticias cesan automáticamente si el cónyuge alimentista contrae nuevas nupcias o cuando desaparece el estado de necesidad. En este caso, el obligado puede demandar la exoneración y el reembolso (art. 350, último párrafo).

XIX. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

La prestación debida por el alimentante va dirigida a la satisfacción de las necesidades del alimentista y, como tal, debe comprender todos aquellos actos encaminados a proporcionarle lo que precise para vivir. Sobre el alimentante recae la obligación de atender la subsistencia de quien carece de medios para hacerlo por sí mismo, y esa obligación puede cumplirla de dos formas diferentes: entregándole periódicamente una cantidad de dinero o satisfaciendo directamente sus necesidades manteniéndolo en su propia casa. Esta doble modalidad de cumplimiento, acorde con la propia finalidad de la obligación⁽⁷²⁵⁾.

46. Prestación en dinero

El cumplimiento en dinero se lleva a cabo mediante el pago de una pensión previamente estipulada. El alimentista recibe los alimentos a los que tiene derecho a través de la entrega periódica de una cantidad de dinero fijada convencional o judicialmente y calculada en proporción a sus necesidades y las posibilidades del alimentante. Esta forma de cumplimiento se le conoce también con el nombre de *prestación en forma civil* o *pensión pecuniaria*, probablemente en contraposición a la prestación *in natura* o prestación natural.

La pensión representa un valor patrimonial, susceptible de ser exigido por la vía judicial, obviamente en una determinada cantidad de dinero. La deuda alimenticia es una deuda de valor y, lo debido en concepto de alimentos, no es una suma cifrada. Es un poder adquisitivo con el que el acreedor pueda hacer frente a sus necesidades.

Existen acreedores rebeldes en tanto no pagan su obligación alimentaria. Frente a ellos existen medidas efectistas para su cumplimiento:

- Delito de omisión de asistencia familiar⁽⁷²⁶⁾, o;
- Medidas cautelares como:
- Asignación anticipada de alimentos⁽⁷²⁷⁾

(725) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. La Ley, Madrid, 2002, p. 515.

(726) El delito de omisión de asistencia familiar es sancionado desde el Derecho romano bajo un aforismo *Necare Videtur Qui Alimonia Denegat* (Se entiende que –mata– atenta contra la vida –del niño, del hombre– quien niega los alimentos necesarios para la misma), siendo una semejanza con el delito de homicidio, Vid. PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de direito civil*, Vol. V, 14ª edição, Direito de família, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 496.

(727) CPC. “**Artículo 675. Asignación anticipada de alimentos.**– En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil.

En los casos de hijos menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.

- Impedimento de salida del país⁽⁷²⁸⁾
- Embargos. Retención de remuneraciones de hasta el 60%⁽⁷²⁹⁾

47. Prestación en especie

La prestación *in specie* o *in natura* se lleva a cabo mediante la satisfacción de los alimentos en sus mismos productos. Puede directamente acogerse y mantenerse el alimentista en sus necesidades vitales. Es una forma de cumplimiento perfectamente válida que normalmente se da cuando no hay conflicto entre la pareja y no se ha roto la solidaridad familiar⁽⁷³⁰⁾.

Frente al pago de una pensión alimenticia, esta modalidad ofrece la ventaja de hacer la obligación menos gravosa por parte del alimentante. El mantenimiento en la propia casa supone un gasto menor que la entrega periódica de una suma de dinero. Incluso en algunos supuestos, puede ser la única forma de hacer frente a la obligación si no dispone de recursos suficientes para soportar el continuo desembolso de una pensión⁽⁷³¹⁾. Además, puede ser la forma más adecuada de cumplir si es buena la convivencia entre las partes y ambas están de acuerdo con ello⁽⁷³²⁾.

48. Prestaciones mixtas

Son las prestaciones alimentarias cumplidas parte en dinero y parte en especie. Es una forma bastante práctica tomando en cuenta que el pago de las prestaciones se da de forma complementaria tomándose en cuenta el beneficio de ambas partes, tanto de quien los da como de quien los recibe. Resultaría absurdo negar la prestación en especie a aquel alimentante que recibe su sueldo en productos

El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva”.

Ley N° 29803 (DOEP., 06/11/11).

- (728) CPC. “**Artículo 563.- Prohibición de ausentarse.-** A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria.

Esta prohibición se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria.

Para efectos de dar cumplimiento a la prohibición, el juez cursa oficio a las autoridades competentes”.

- (729) CPC. “**Artículo 648. Bienes inembargables.-** Son inembargables:

(...)

5. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trate de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;

(730) BORDA, Guillermo A. Ob. cit., p. 355.

(731) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. Ob. cit., 517.

(732) Ídem.

de primera necesidad, así como también sería demasiado permitir que el alimentante vaya, compre y entregue alimentos en especie en razón de que esa actividad debe ser propia de quien lleva y organiza las labores del hogar donde vive el alimentista, sin embargo cada caso amerita un estudio y posición particular. En ambos casos, amerita que se fije una pensión mixta.

49. Medidas cautelares

49.1. Prohibición de ausentarse⁽⁷³³⁾

La Ley N° 29279⁽⁷³⁴⁾ incorpora un segundo párrafo al artículo 563 del Código Procesal Civil que establece para el demandado del proceso de alimentos la prohibición de ausentarse. Según este artículo, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o la pensión alimentaria. Con la nueva disposición se señala que dicha prohibición se aplica independientemente del hecho de que se haya venido cumpliendo con la obligación alimentaria o la asignación anticipada, *i.e.* se precisa que el cumplimiento previo no equivale a garantía de la obligación cuando el obligado pretende salir del país.

La referida norma hace extensiva, de manera expresa, la medida del impedimento de salida para los casos en los cuales la pensión alimentaria ha sido establecida en virtud de una sentencia o acuerdo conciliatorio a fin de garantizar su cumplimiento y no solo en los supuestos de asignación anticipada.

Es así como se intenta evitar que el alimentante pueda evadir fácilmente sus obligaciones alimentarias ausentándose del país sin dejar previa garantía. Y es que jurídicamente se permite que para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria puede exigirse la constitución de garantías (por ejemplo, de naturaleza real, como la garantía mobiliaria o la hipoteca, o de naturaleza personal como la fianza o el aval).

49.2. Informe al centro de trabajo del demandado⁽⁷³⁵⁾

No es propiamente una medida cautelar, pero sí un mecanismo para determinar los ingresos del demandado.

La Ley N° 29279 modifica el artículo 564 del Código Procesal Civil que regula la facultad del juez de solicitar un informe al centro de trabajo del demandado.

(733) CANALES TORRES, Claudia. "Hacia la búsqueda del cumplimiento efectivo de las obligaciones alimentarias. A propósito de la Ley N° 29279". En: *Actualidad Jurídica*. N° 181, Gaceta Jurídica S.A., Lima, diciembre 2008, p. 37.

(734) DOEP., 23/11/2008.

(735) CANALES TORRES, Claudia. Ob. cit., pp. 37-39.

Antes de su modificación, la norma señalaba que el informe solicitado se limitaba a las remuneraciones.

Como sabemos, y de conformidad con nuestras normas laborales, la remuneración es la contraprestación que percibe el trabajador por haber puesto su capacidad de trabajo a disposición del empleador. En este sentido, constituye remuneración el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, siempre que sean de su libre disposición⁽⁷³⁶⁾. A su vez, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁽⁷³⁷⁾ nos precisa que no se consideran remuneración los conceptos previstos en el artículo 19⁽⁷³⁸⁾ y 20⁽⁷³⁹⁾ del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación

- (736) D.S. N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. **Artículo 6.-** “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto”.
- (737) D.S. N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, publicado el 27/03/1997.
- (738) D.S. N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. **Artículo 19.-** “No se consideran remuneraciones computables las siguientes:
- Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;
 - Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
 - El costo o valor de las condiciones de trabajo;
 - La canasta de Navidad o similares;
 - El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;
 - La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;
 - Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquellas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva;
 - Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;
 - Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;
 - La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal”.
- (739) D.S. N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. Artículo 20.- “Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente

por Tiempo de Servicios (Decreto Legislativo N° 650) aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR⁽⁷⁴⁰⁾. La remuneración, como es de conocimiento, es un concepto restringido y limitado.

Con esta modificación se agrega que el informe solicitado por el juez debe referirse a las gratificaciones, vacaciones y cualquier suma de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de este. Asimismo, y con el apoyo del principio de primacía de la realidad, se prevé el supuesto en que el demandado se encuentre en una relación de locación de servicios u otra relación no laboral que importe una retribución económica. La norma establece que el informe también será exigido al obligado al pago de la retribución económica por los servicios prestados por el demandado, por lo que esté obligado podría ser un empleador, en una relación laboral o por ejemplo, un comitente en una locación de servicios.

Es una realidad social en nuestro medio que existen formas de contratación como los servicios no personales o los llamados honorarios profesionales que disfrazan relaciones laborales. También se dan situaciones en que las empresas pagan a sus trabajadores una parte por planilla formal y otra parte por recibos por honorarios profesionales o recibos simples sin valor legal. Esta realidad dificulta la labor del magistrado al momento de fijar una justa pensión alimenticia, perjudicando a los alimentistas.

El documento solicitado por el juez deberá estar acompañado por la copia de la planilla de trabajadores y de los pagos de los aportes de la ONP y AFP, según sea el caso.

Además, se incorpora un plazo de siete (7) días hábiles para que el obligado a emitir el informe lo haga efectivo y lo presente, bajo apercibimiento de denuncia por el delito previsto en el artículo 371 del Código Penal, esto es, el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia-incomparecencia.

Si no se cumple con la presentación del documento en el plazo establecido, el empleador u obligado al pago de la retribución económica, podrá ser denunciado por el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia.

La información consignada debe ser correcta y exacta en el informe. El juez, en caso de que considere que ella ha sido falseada, podrá disponer el inicio de las acciones penales pertinentes.

Los magistrados que lleven adelante juicios por alimentos tendrán las siguientes facultades:

por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal”.

(740) Publicado el 01/03/1997.

- Exigir a las empresas la información real sobre la remuneración, vacaciones o gratificación que recibe un padre demandado, de manera que este no podrá mentir sobre esos datos.
- Ordenar la pericia en los libros contables de la empresa, con el fin de determinar los ingresos reales, ya que se dan muchas situaciones en las que se disfrazan y niegan los ingresos de los obligados a dar alimentos, sean con conceptos que no figuran en las planillas de trabajadores, ni en las boletas de pago.

Si el juez comprueba la falsedad del informe remitirá de oficio la correspondiente copia certificada al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal que corresponde.

Mediante esta modificación se estaría buscando que los alimentos se sustenten en el ingreso real del obligado y no solo se restrinja al estricto concepto de remuneración. Ello coadyuva a salvaguardar los intereses de los acreedores alimentarios. Estas disposiciones se constituyen en un mecanismo necesario para que las pensiones alimenticias pueden ser fijadas de acuerdo con la situación económica real de los obligados, elemento indispensable que junto con el estado de necesidad del alimentista son pilares fundamentales para determinar las obligaciones alimentarias.

49.3. Medida cautelar de la asignación anticipada de alimentos⁽⁷⁴¹⁾

49.3.1. Generalidades

La asignación anticipada de alimentos pertenece a la tipología de las medidas cautelares temporales sobre el fondo, la cual tiene carácter excepcional y permite la anticipación total o parcial de la sentencia futura, satisfaciendo en forma integral lo que es materia del petitorio o parte de aquello contenido en la misma pretensión. Los límites de esta medida no se encuentran previstos en la ley, por lo que corresponderá a la discrecionalidad y sobre todo al buen criterio del juez, fijarla en cada caso específico, vinculando a ello el principio de necesidad y el de la tutela jurisdiccional efectiva.

Para entender este tipo de medidas debemos partir de la premisa que las medidas cautelares y las medidas anticipatorias son institutos jurídicos de distinta naturaleza, pero que responden a un mismo propósito inherente a la jurisdicción asegurativa que permite, sea a través de las medidas cautelares o a través de la satisfacción anticipativa de la pretensión, garantizar a la postre de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia.

(741) CANALES TORRES, Claudia. "Continuando con la búsqueda del cumplimiento efectivo de las obligaciones alimentarias". En: *Actualidad Jurídica*, N° 216, Gaceta Jurídica S.A., Lima, noviembre 2011, pp. 19-22.

Corresponde al juzgador determinar la concesión de la medida teniendo en consideración el derecho que se reclama, con base en lo cual podrá anticipar total o parcialmente los alcances de la tutela jurisdiccional.

Se justifica la medida temporal sobre el fondo por el principio de necesidad y se debe otorgar a partir de la constatación fehaciente que si se espera la conclusión del proceso y la sentencia final, ello supondría en la realidad denegación de justicia. El ejemplo más claro es el otorgamiento a la demandante del derecho a obtener en forma anticipada alimentos en tanto se sustenta el proceso principal.

Estas medidas están referidas a lo que el juez va a decidir en la sentencia final, ya sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de esta, teniendo en consideración la necesidad impostergable del que solicita la medida y la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada. Esta medida se justifica por el principio de necesidad que surge a partir de la constatación que si se espera la conclusión del proceso y la sentencia final, ello importaría una denegación de justicia.

Esta medida tiene como finalidad satisfacer de manera anticipada la pretensión principal y está condicionada necesariamente a resultados de la sentencia definitiva a dictarse en el momento final del proceso.

A su carácter provisorio, propio de toda medida cautelar, se suma como nota singular el hecho de que, constituyendo tales medidas la pretensión misma (integral o parcial), su concesión y ejecución, pese a la referida coincidencia, no significan el amparo definitivo de la demanda o reconvenición, según sea el caso, sino la anticipación del fallo que ponga fin a la controversia. Se extinguirá su naturaleza cautelar una vez resuelto el proceso principal.

La medida temporal sobre el fondo equivale a un adelanto cautelar del contenido mismo de la sentencia (ya sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de esta). Se trata de una medida preventiva material, cuya consecuencia es la obtención concreta y real para el beneficiario de los mismos resultados que debería haber aguardado para el caso de serle amparada su pretensión.

El artículo 674 del Código Procesal Civil regula la medida temporal sobre el fondo preceptuando que: “Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de esta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.

De la revisión de este dispositivo, se desprenden los siguientes presupuestos de las medidas temporales sobre el fondo:

- a) *Necesidad impostergable o perjuicio irreparable e inminente del solicitante*: este elemento implica la urgencia del mandato cautelar debido a circunstancias graves. La necesidad impostergable del que la pide se expresa en la necesidad imperiosa de satisfacción pronta del derecho exigido, incluso a través de la inmediata ejecución forzada, evitando siempre un perjuicio irreparable o de difícil reparación. En este caso, el juzgador debe apreciar este requisito de hechos concretos y con base en la prueba anexada al cuaderno cautelar, valorando además la verosimilitud del derecho. Y es que la tutela anticipada se construye con la casi certeza o la fuerte probabilidad de la existencia del derecho que se alega, por lo que surge la necesidad impostergable de acudir a dicha tutela anticipada por existir peligro de daño irreparable e inminente. La tutela anticipada implica una tutela antelada del derecho, ya que de no tomarse dicha medida el daño se tornará en irreparable.

La tutela anticipada es excepcional y está orientada a la entrega por adelantado del derecho discutido sin tener la certeza del derecho que es materia de requerimiento. Vale decir, se entrega directamente al demandante el disfrute del derecho que se busca restablecer. La tutela anticipada se construye con la casi certeza del derecho que se busca y la urgencia se sustenta en dos situaciones: a) la necesidad impostergable del que la pide, de acuerdo con el ya citado artículo 674 del Código Procesal Civil y b) el peligro irreparable e inminente, de acuerdo con los artículos 682⁽⁷⁴²⁾ y 687⁽⁷⁴³⁾ del Código Procesal Civil. Lo irreparable se encuentra en función de un bien jurídico protegido que podría deteriorarse irreversiblemente hasta el punto de que ya no podría ser recuperado en su integridad, mientras que lo inminente requiere de evidencias fácticas de la presencia real del peligro en corto plazo.

Si en una pretensión de alimentos se recurre a una tutela anticipada, ingresamos a la asignación anticipada de alimentos, regulada por el artículo 675 del Código Procesal Civil, en la que se tendrá que mostrar la firmeza del fundamento de la demanda, esto es, un derecho casi cierto, con una alta probabilidad de certeza y con la necesidad impostergable de disfrutar de este. En tal sentido, en la tutela anticipada, sin sentencia que declare un derecho cierto, el pretendiente de los alimentos los disfruta inmediatamente.

(742) **Código Procesal Civil del Perú. Artículo 682**: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”.

(743) **Código Procesal Civil del Perú. Artículo 687**: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

- b) *Firmeza del fundamento de la demanda*: este elemento implica que el solicitante debe acreditar un derecho casi cierto, con una alta probabilidad de certeza⁽⁷⁴⁴⁾. En tal sentido, la tutela anticipada no implica una mera apariencia o verosimilitud del derecho que justifique un aseguramiento ordinario, sino la casi certeza del derecho en discusión que justifique la entrega anticipada del mismo de una manera excepcional.

Por lo tanto, la asignación anticipada de alimentos implica una medida de tutela de urgencia excepcional, una medida temporal sobre el fondo, cuyos elementos serían: 1) la casi certeza del derecho de alimentos y b) la necesidad imposterable o perjuicio irreparable e inminente para el alimentista. Su objetivo es anticipar el derecho en debate sin tener aún la certeza de este. La misma tendría como fin o término, la tutela efectiva, vale decir, la asignación definitiva de alimentos.

49.3.2. De la asignación alimenticia provisional

Iniciado un proceso de alimentos el demandante puede, si acredita con determinado grado de certeza su derecho, solicitar una asignación alimenticia provisional⁽⁷⁴⁵⁾, la que supone fijar en un proceso una pensión alimenticia provisional mientras se determina o fija la pensión definitiva, con la finalidad de garantizar los alimentos de los dependientes del demandado⁽⁷⁴⁶⁾.

49.3.3. Primera modificación

La Ley N° 29279 ha modificado el artículo 675 del Código Procesal Civil referido a la medida cautelar de la asignación anticipada de alimentos, incrementando la legitimación para la realización de esta solicitud. Antes de su modificación la norma legitimaba al cónyuge y a los hijos menores de edad con indubitable relación familiar para que soliciten dicha asignación anticipada, ahora se extiende la legitimación a los ascendientes del acreedor alimentario y los hijos mayores de edad que se enmarquen en los supuestos de los artículos 424, 473 y 483 del Código, esto es, hijos mayores de edad que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio o cuando no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causa de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Se permite eliminar la cierta distinción que el artículo 675 realizaba respecto a los hijos y el consecuente riesgo de vulneración al principio de igualdad, en la medida en que se toma en consideración el estado de discapacidad

(744) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p. 188.

(745) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Editorial Studium, Lima, 1987, p. 59.

(746) CANALES TORRES, Claudia. "La asignación anticipada de alimentos e impedimento de salida del país. a propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 126. Gaceta Jurídica S.A., Lima, marzo 2009, p. 149.

por un lado y la imposibilidad real de los hijos mayores de solventar sus estudios, los que necesitan apoyo económico de sus progenitores para poder subsistir y no pueden esperar la culminación del proceso de alimentos para que se les asigne un monto dinerario, porque la demora judicial puede dar lugar a perjuicios irreparables.

Todo ello sin perjuicio de que al fijarse la asignación anticipada de alimentos cuando todavía no se han probado acabadamente los ingresos del alimentante y las necesidades del alimentista, consideramos que la cuota debe ser tan moderada como las circunstancias lo aconsejen.

49.3.4. Segunda modificación

La Ley N° 29803⁽⁷⁴⁷⁾ Ley que modifica los artículos 608 y 675 del Código Procesal Civil incorporando el otorgamiento de medida de asignación anticipada de oficio para los hijos menores de edad con indubitable vínculo familiar con el demandado.

a) Modificación del artículo 608 del Código Procesal Civil

Se modifica el artículo 608 del Código Procesal Civil a fin de adecuarlo a la modificación introducida respecto de la facultad concedida al juez respecto del otorgamiento de oficio de asignación anticipada de alimentos. En tal sentido, se establece que el juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de este, salvo disposición distinta establecida en el Código Procesal Civil, como es el caso de la facultad concedida por la nueva ley al juez. De tal forma que, sistemáticamente, esta norma procesal guarda coherencia con la modificación introducida en el marco de la asignación anticipada de alimentos.

b) Modificación del artículo 675 del Código Procesal Civil

El artículo 675 del Código Procesal Civil regula la asignación anticipada de alimentos. Como se vio antes en virtud de la Ley N° 29279 se incrementó la legitimación para la realización de esta medida cautelar.

A partir de la Ley N° 29803, en su artículo único, respecto de aquellos hijos menores con indubitable relación familiar, se incorpora la imposición al juez del deber de otorgar medida de asignación anticipada de alimentos, de no haber sido requerida dentro de los tres (3) días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda. El plazo consagrado en la ley se entiende que es un prudencial. No se restringe el derecho de otorgamiento de alimentos de carácter provisional a favor de los hijos menores con indubitable relación familiar, únicamente cuando es requerido al juez a pedido de parte.

(747) DOEP., 06/11/2011.

El fundamento básico de esta incorporación legislativa es que la ausencia o la tardía asignación anticipada referida, dentro del proceso de prestación de alimentos, pone en peligro la supervivencia, desarrollo físico y mental, e incluso el derecho a la vida del niño, niña o adolescente. La facultad concedida al juez estaría acorde con el carácter urgente y excepcional de la medida de asignación anticipada de alimentos.

XX. REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS

Por Ley N° 28970⁽⁷⁴⁸⁾, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos - Redam, mediante la cual se establece la inscripción de aquellas personas que adeuden tres cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada o de aquellas que no cumplan con pagar pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un periodo de tres meses desde que son exigibles.

Las omisiones de las pensiones de alimentos motivó la creación del Registro de *Deudores Alimentarios Morosos que finalmente ha efectivizado que el Poder Judicial publicando on line* no solo muestre los nombres de los deudores de alimentos, sino también sus fotografías y demás datos para mayor conocimiento de la población. “Quien es capaz de deber alimentos es capaz de todo. Tengan cuidado con él”, amerita ser la consigna indirecta de este registro, lo cual tiene ventajas ya que no solo funciona como una pena infamante, sino que permite conocer la realidad en el cumplimiento de sus obligaciones naturales⁽⁷⁴⁹⁾.

La inscripción se realiza por mandato judicial a solicitud del alimentista o su representante. No cualquiera puede hacerlo, lo que resulta lógico y ahí se debe incidir a fin de evitar registros dolosos por personas sin legitimidad. Lo no contemplado, el vacío, son los deudores de asignaciones anticipadas que se presentan respecto de pensiones fijadas en el curso del proceso. Es una omisión de la ley que debe ser prevista o solucionada como una inscripción provisional. Queda esperar que este registro prevenga las deudas alimentarias. Por lo pronto es claro su objetivo de respetar el derecho a una vida digna y optimizar el cumplimiento del deber alimentario en forma efectiva.

Lamentablemente, son muchos los evasores, los deudores por concepto de alimentos, y la cifra es cada vez más alarmante, con ello son miles y miles de

(748) DOEP. 27/1/ 2007.

(749) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Deudores extremos: El registro de deudores alimentarios”. En: *La Ley*, Publicación mensual de Gaceta Jurídica año 1, N° 2, enero 2008, p. 9. También con la colaboración de Claudia Canales Torres “Devedores ao Extremo: o Registro de *Deudores Alimentarios Morosos - Redam* (Registro de Devedores de Alimentos Inadimplentes)”. En: *Revista brasileira de Direito das familias e sucessoes* N° 16, Jun-Jul 2010, pp. 82 a 92.

alimentistas perjudicados, lo que genera inestabilidad, y perjudica a la sociedad, ya que la pensión por alimentos cubre las necesidades básicas del ser humano, al mismo tiempo garantiza el desarrollo de la persona. Por ello, el deudor debe ser duramente sancionado, porque no es una deuda cualquiera, la naturaleza de la deuda no solo es pecuniaria, sino que es fundamental para el acreedor alimentista, ya que con ello cubrirá sus necesidades más básicas y vitales, he ahí la importancia del tema.

50. ¿Es una sanción real estar inscrito en el registro de deudores?

Para el propósito que fue creada la norma, en definitiva no. La cuestionada ley no contiene ninguna sanción real y objetiva para el deudor alimentario moroso. Aquí se diferencia substancialmente con lo que irresponsablemente se ha venido comparando, sin que haya una real equivalencia: las Centrales de Riesgo Privadas (léase Certicom o Infocorp).

Veamos. Cuando un peruano ingresa “en negativo” a una central de riesgo, su situación es exactamente esa: “es un ente altamente riesgoso para el otorgamiento de algún crédito financiero” que la institución crediticia tomará en cuenta, y que en la práctica sabemos que no otorgará préstamos o algún instrumento financiero; es decir, lo que se conoce comúnmente en el argot criollo “estamos quemados”. Muy distinto es el caso del Registro de Deudores Alimentarios Morosos, que no sanciona al deudor alimentario; es decir si “Juan Pérez” es reportado al registro, solo obtendremos, como lo propuso el Presidente de la Comisión de Justicia, el Dr. Castro Stagnaro, una sanción ética y moral, al encontrarse ausente en la ley algunas sanciones o restricciones de derechos, el deudor alimentario moroso, seguirá “paseándose” sin que le afecte en nada dicho reporte; y del otro lado tendremos una sensación totalmente negativa que se nos haya dicho que la sanción de esta ley importaba el *non plus ultra* para acabar con los deudores alimentarios⁽⁷⁵⁰⁾.

Los fundamentos de la creación del Redam, tuvo en su oportunidad los siguientes sustentos normativos iniciales:

- La Constitución Política del Perú en el numeral 22 del artículo 2 referido a los derechos fundamentales de la persona, establece el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, creando el marco conceptual de calidad de vida que debe ser protegido por el Estado. Asimismo, artículo 2, inciso 24, literal c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

(750) “El Registro de Deudores Alimentarios Morosos”. En: *Ponencia Poder Judicial-Segunda Parte*, 06/09/2007.

- El Código Civil del Perú establece en su artículo 235, la obligación de los padres a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos. Asimismo, reitera esta obligación cuando afirma en su artículo 287 que los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos, y en su artículo 418 que por la patria potestad los padres tienen el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de hijos menores.
- Asimismo, el Código Civil precisa la noción de alimentos en su artículo 472 cuando establece que se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Este dispositivo hay que concordarlo con el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes, que contienen una definición de alimentos especial para este tipo de sujetos de derecho, considerando a todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente, así como también los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de posparto.
- El Código Penal en su artículo 149 tipifica el delito de Omisión de Prestación de Alimentos, estableciendo que el que omite cumplir con su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

En opinión del sector doctrinario que apoya la creación de este registro, la legislación actual no otorga mecanismos efectivos a las autoridades a efectos de conminar a los deudores alimentarios irresponsables para que se vean forzados a cumplir sus correspondientes obligaciones alimentarias.

El impacto negativo que genera el incumplimiento de la obligación alimentaria ocasiona que el propio Estado tenga que asumir el costo social de dicha irresponsabilidad, desviando recursos y esfuerzos que pueden ser utilizados en otras políticas públicas. Por ello, ante esta omisión, el deudor alimentario debería de ser obligado a pagar y con intereses, porque de su incumplimiento se derivan una serie de problemas sociales.

Si bien la omisión de asistencia familiar se encuentra tipificada en la legislación penal, dicha tipificación no es suficiente, por cuanto no existe en la actualidad prisión efectiva como mecanismo disuasivo de dicha conducta negativa, por lo que es necesario crear otros mecanismos legales que permitan a las autoridades judiciales, a las entidades públicas y privadas y a la propia sociedad civil organizada, tratar de evitar el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, entendiéndose estas como responsabilidad de toda la sociedad. Estas consideraciones jurídicas en gran medida fueron la base o el sustento para la búsqueda de la implementación de este mecanismo coercitivo para los deudores alimentarios.

Los deudores por concepto de alimentos le sacan la vuelta a las normas y demás disposiciones, ya que muchos de ellos declaran no estar laborando, el tener un salario mínimo, con la finalidad de no cumplir con el deber moral y la obligación de pagar mensualmente dicha deuda. Muchos padres de familia, teniendo las posibilidades de pagar dicha pensión no lo hacen, y si lo hacen la suma es realmente irrisoria, en comparación de lo que verdaderamente poseen, demostrando así que el ser humano es verdaderamente egoísta, incluso con sus descendientes.

51. Críticas a la Implantación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos - Redam

La incorporación del Registro de Alimentarios Morosos - Redam ha sido objeto de críticas de diversa índole que han puesto en duda su eficacia como mecanismo para la tutela y protección de los intereses de los acreedores alimentarios disuadiendo las conductas que implican el incumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores alimentarios. Entre estas principales objeciones tenemos las siguientes:

51.1. Mecanismo poco coercitivo

El Registro de Deudores Alimentarios - Redam, se centra la esperanza en que la sola amenaza de inscripción en tal registro inducirá a los obligados a cumplir. Por lo tanto, bien se puede considerar que la ley que crea este registro tiene un fin coercitivo. Está por verse, sin embargo, si realmente se logrará cumplir con el fin buscado.

Y es que en efecto, no es una sanción real estar inscrito en el registro de deudores, ya que la ley no contiene ninguna sanción real y objetiva para el deudor alimentario moroso. El Registro de Deudores Alimentarios Morosos - Redam no sanciona al deudor alimentario; es decir, frente a un obligado reportado al registro solo obtendremos una sanción ética y moral. La ley carece de verdaderas sanciones o restricciones de derechos para el deudor alimentario moroso, quien no será afectado en nada por dicho reporte.

Para el efecto deseado de la norma, se tendría que incluir sanciones considerables que permitan un verdadero bloqueo al deudor alimentario que no le deje

más alternativa que cumplir con la obligación establecida, sin la cual el deudor no podría desenvolverse socialmente en forma normal. A manera de ejemplos, se ha llegado a proponer, la privación de la licencia de conducir o que la existente sea revocada y que haya imposibilidad del deudor alimentario a obtener cargos públicos por designación o elección.

Discutible es que la ley sancione drásticamente con destitución del cargo al funcionario encargado que no hiciera el reporte de algún deudor alimentario moroso, situación altamente cuestionable y que se ha alegado incluso que atenta contra el derecho al trabajo, incluso totalmente desproporcionada en cuanto a la gradación de la falta y que, por el contrario, para el deudor alimentario moroso no existe sanción alguna.

Como bien dice Ariano Deho, la ley termina dejando su coerción para el mañana y no para el inmediato, que es lo que movió a los legisladores de todos los tiempos a establecer un procedimiento ultra simplificado para la fijación de los alimentos y la inmediata ejecutividad de las sentencias que los fijaran, que es como decir, que la ley poco o nada contribuirá a hacer más efectiva y rápida la tutela de los derechos alimentarios, que como es obvio no deberían aguardar ni uno ni dos ni tres meses para verse satisfechos.

51.2. Mecanismo oneroso

Por otro lado, se ha alegado que en la práctica, a contrario sensu de lo dicho a la entrada en vigencia de la ley, la puesta en marcha del Registro de Deudores Alimentarios Morosos - Redam, genera un fuerte gasto ya que se requiere la creación de un sistema especial, de personal especializado, y obviamente de la implementación de sistemas de informática para su propósito. Es sabido que los Juzgados de Paz Letrados, quienes inyectarán el Registro, no cuentan con esto, además de los costos de publicidad estatal para la difusión de la ley, que son bastante altos. Al final, su implementación cuesta varios millones de soles, y en la relación costo-beneficio, el saldo sería en negativo, constituiría tanta inversión solo para que algún deudor moroso se encuentre registrado. Eso además de los problemas prácticos y del costo que implica el almacén de las fotos de los deudores alimentarios, interconectando a los juzgados con el Reniec. Todo esto convierte al Registro de Deudores Alimentarios Morosos - Redam en un mecanismo muy oneroso para la poca eficacia práctica que representa.

51.3. Mecanismo con vacíos

En este Registro se inscriben aquellas personas que adeuden tres cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. Por lo tanto, el deudor moroso debe serlo respecto de una sentencia firme o un acuerdo conciliatorio judicial. Por lo tanto, la norma no contempla los supuestos de

resoluciones que conceden una asignación anticipada que se presentan respecto de pensiones fijadas en el curso del proceso que no se cumplen. Es una omisión de la ley que debe ser prevista o solucionada como una inscripción provisional.

También por ejemplo, se piensa en aquellos supuestos de conciliaciones extrajudiciales logradas, por ejemplo, en un centro de conciliación público o privado o en una Demuna. Estos no han sido contemplados en la norma a fin de darle solución.

Asimismo, se pudo haber modificado el artículo 149 del Código Penal peruano referente al delito de omisión a la asistencia familiar, considerando que en algunos casos se tiene que dictar la detención del hechor, resultando un hecho inobjetable que casi en un 95%, cuando se dicta la orden de detención del sujeto activo, en muy corto plazo se obtiene el pago de más de la mitad de lo adeudado para de esta forma variara la orden de detención por la de comparecencia. Otra de las cuestiones que creemos faltó implementar en la cuestionada ley fue la extensión de la norma hacia las embajadas o consulados de nuestro país en el extranjero tomando en cuenta que con el gran flujo de progenitores que viajan al extranjero por razones laborales, el cobro de la pensión a estos obligados se hace casi inejecutable.

51.4. Mecanismo atentatorio de derechos constitucionales

La norma trae consigo falta de límites al acceso y conocimiento de la información sobre los deudores morosos, la cual se tornaría absoluta e irrestrictamente pública, pudiendo violar, por lo menos en abstracto, el derecho a la intimidad, a la vida privada y a la autodeterminación informativa. En tal sentido, sin perjuicio de la necesidad de sopesar dicho bien jurídico con aquel que está contenido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, relativo a la protección de la familia, hubiera sido recomendable que los creadores de la Ley N° 28970 se preocuparan por establecer limitaciones al acceso a este tipo de información, evitando, de este modo, con el establecimiento de criterios adecuados y mejor ponderados, posibles lesiones a los derechos fundamentales de los deudores que, por el hecho de serlo, no dejan de ser sujetos de derecho protegidos por la legalidad constitucional.

En cuanto atañe a la finalidad de la norma, la cual, evidentemente, es la de proteger el interés de los acreedores alimentarios, hubiera sido deseable que el legislador se planteara el interrogante de si la remisión de sus expedientes y datos personales a las centrales de riesgo, públicas y privadas, beneficia a los sujetos que ha querido proteger (los acreedores alimentarios), toda vez que, de este modo, se podría generar un efecto contrario: el de crear las condiciones para que los deudores alimenticios que, en la mayor parte de los casos, son morosos porque no tienen trabajo (o, teniéndolo, no resulta suficiente), agraven más su situación y, en consecuencia, perjudiquen aún más los intereses de sus acreedores alimenticios.

Podemos llegar a la conclusión que este nuevo mecanismo Redam, no es eficiente porque se tiene que esperar la tercera pensión incumplida, además que sea el acreedor alimentista el que solicite judicialmente la inscripción del deudor moroso; tratándose de una deuda de alimentos, los mecanismos deben de ser más drásticos, ya que se trata de dinero que será destinado a la satisfacción de necesidades básicas y fundamentales, relacionados con la supervivencia de la persona, no es un juego y es realmente vergonzoso que estos deudores estén libres y tranquilos. Lo que se debería de hacer, es implantar los descuentos automáticos, si bien en el caso de los servidores públicos, existe tal descuento de existir sentencia firme, en el caso de aquellos deudores que están desempleados se les debe de obligar y coaccionar a trabajar; asimismo debe de existir una investigación exhaustiva, en los casos de aquellos deudores que proporcionan información falsa y adulterada, con la finalidad de pasar sumas realmente irrisorias.

XXI. DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

52. Ingresos y remuneración

Ingresos, remuneraciones, sueldos, rentas son términos utilizados para determinar la capacidad económica de las personas. La frecuencia con la que se los utilizan es igual a la confusión que generan. En ese sentido, trataremos de diferenciar los ingresos de las remuneraciones, ya que los mismos son los que más controversia generan, sobre todo en la forma de fijar la base de cálculo de una pensión de alimentos.

Los ingresos de una persona se pueden definir como todos aquellos montos de dinero o especies que “ingresan” a la esfera de dominio de esta y que pueden ser utilizados a total discreción de la persona. Es una gran categoría que incluye el total de ingresos tales como sueldos, bonificaciones especiales, horas extras, aumentos, vacaciones, escolaridad, dietas, aguinaldos, asignaciones especiales, donaciones, utilidades, alquileres, ganancias, intereses y demás ingresos adicionales, etc.⁽⁷⁵¹⁾.

El término ingresos podría asimilarse dentro del ámbito tributario al concepto de renta el cual, según Haig y Simons (H-S), es el valor monetario del incremento neto del poder de consumo de una persona en un periodo de tiempo determinado, lo que equivale a la cantidad que efectivamente ha consumido durante dicho

(751) “Excluir las utilidades del cómputo de la pensión de alimentos vulnera la efectividad de la resolución judicial”. Pese a existir sentencia firme, los órganos jurisdiccionales excluyeron las utilidades como ingreso integrante del monto de la pensión de alimentos, vulnerando de este modo el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues contraviniendo en lo resuelto en la sentencia, que fijó la pensión en un cincuenta por ciento del total de ingresos del demandado. STC. Exp. N° 00750-2011-PA/TC. Vide *Actualidad Jurídica*, N° 221, Gaceta Jurídica, Lima, abril, 2012, pp. 96 y 97.

periodo más el incremento neto de su riqueza. El incremento neto de riqueza, es decir, debe incluirse en la renta porque representa un aumento potencial del consumo.

Esta amplia categoría de los ingresos incluye a los sueldos y salarios, entendiéndose a estos como los ingresos periódicos percibidos únicamente en virtud del trabajo subordinado prestado por una persona. Tradicionalmente, la división entre sueldos y salarios era atribuida a quienes percibían los ingresos, empleados u obreros respectivamente, distinción que hoy no existe.

El avance de las relaciones de trabajo ha traído consigo una reformulación de la retribución por el trabajo prestado. Hoy los trabajadores no solo reciben un sueldo o salario, sino también bonos por su capacitación, asignaciones por trabajos especiales, movilidad, premios por resultados, con lo cual el término apropiado debe ser remuneración.

La remuneración, además de ser uno de los tres elementos esenciales de la relación de trabajo (subordinación y prestación personal), es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución de 1993, y es definida por Toyama como “todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados sea en dinero o especie. La remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia –ya sean en bienes o servicios– sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega”⁽⁷⁵²⁾. Por su parte Pizarro⁽⁷⁵³⁾ señala que la “remuneración es la ventaja patrimonial percibida por el trabajador como contraprestación global o genérica, principalmente conmutativa, pero con rasgos aleatorios, a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo”. El artículo 6 del D.S. N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la define como “el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cualesquiera que sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición (...)”, y el artículo 7 de la citada norma se encarga de precisar que “no constituye remuneración para ningún efecto legal, los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650”; es decir, la propia norma se encarga de quitar el carácter de remunerativo a muchos conceptos que por su naturaleza lo son (escolaridad, bonificaciones extraordinarias, etc.).

El concepto de remuneración es uno restringido al ámbito laboral y con particularidades detalladas en sus propias normas, en consecuencia no todo dinero o especie que recibe una persona es remuneración. Puede recibir muchos otros conceptos, lo que forma un todo al que se le llama ingresos.

(752) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 310.

(753) PIZARRO DÍAZ, Mónica. “La remuneración en el Perú”. En: *Análisis jurídico laboral*. Estudio Gonzáles y Asociados, Lima, 2006, p. 51.

Podemos esquematizar así los ingresos:

$$\text{INGRESOS} = \text{Remuneración} + \text{dietas} + \text{rentas} + \text{premios} + \text{dividendos} + \text{etc.}$$

En esta línea de pensamiento, hemos apuntado que los alimentos deben garantizar una adecuada formación de la persona hasta que esta pueda valerse por sí misma, razón por la cual se le deben dotar de todos los recursos necesarios, es decir, el obligado solo puede garantizar lo señalado destinando para ellos parte de todos sus ingresos y no solo de sus remuneraciones. Sus ingresos no son de exclusividad, ni individualidad de quien los recibe, se benefician de ellos, también, los alimentistas.

53. De la determinación en sí

La determinación del monto de la pensión alimenticia es importante en tanto que su fin es fijar el *quantum* que permita facilitar los medios indispensables para que el sujeto satisfaga sus necesidades a fin de lograr su mantenimiento, subsistencia e integración completa en la sociedad, esto en aras de la tutela del interés superior de la persona como base de su dignidad, de una sociedad justa y democrática.

La base de cálculo de la pensión alimenticia debe ser establecida de manera clara y precisa. No caben ambigüedades ni criterios dispersos. No obstante ello, nos encontramos con dos posiciones contrapuestas. Una sostenía que su establecimiento es solo con base en la remuneración, mientras que la actual señala que la pensión alimenticia se fija con base en todos los ingresos del alimentante.

El siguiente ejemplo nos permite clarificar el caso:

José, padre de un menor llamado Pedro, recibe los siguientes ingresos: i) S/. 2,000.00 como remuneración por su trabajo dependiente; ii) S/. 2,000.00 por su participación en las utilidades de su centro de trabajo; iii) S/. 1,000.00 por una asignación por combustible no pensionable; y, iv) S/. 500.00 por el rendimiento de acciones que negocia en la Bolsa de Valores, lo que hace un total de ingresos de S/. 5,500.00 que son de libre disponibilidad para el obligado. Como consecuencia de la separación de hecho con su esposa María, José es demandado al pago de una pensión alimenticia a favor de Pedro. En primera instancia, José es sentenciado a pagar el máximo legal (60%) de todos sus ingresos, precisándose que la base de cálculo es todo ingreso o todo concepto con carácter remunerativo o sin él, procediéndose a efectuar el correspondiente embargo sobre todos sus ingresos (embargo A). Apelado este fallo, el Superior jerárquico falla en el sentido de que la base de cálculo solo comprende a las remuneraciones, procediéndose a efectuar el embargo solo sobre la remuneración de S/. 2,000.00 (embargo B).

Como puede apreciarse la base de cálculo trae diversas consecuencias prácticas y dramáticas. Con el embargo A, el menor recibiría S/. 3,300.00 (60% de S/. 5,500.00), con el embargo B, solo recibiría S/. 1,200.00 (60% de S/. 2,000.00).

La diferencia entre las pensiones A y B es desproporcionada. Ciertamente, el Estado tiene principal interés en la dignidad persona humana. Sin embargo:

- ¿Hasta qué punto se pueden afectar los ingresos del obligado a efectos de garantizar una adecuada pensión de alimentos?
- ¿Cuál es la correcta base de cálculo para realizar el embargo por alimentos?

54. Casuística

Presentemos un caso en particular. Un proceso de reducción de alimentos iniciado por el obligado alimentante quien solicita dicha reducción en virtud de que la alimentista ya contaría con la capacidad económica suficiente para mantenerse por su propia cuenta. Ante ello, la alimentista señala que mantiene su estado de necesidad y, en consecuencia, que no se debe proceder a la reducción, por el contrario debe incrementarse, toda vez que el monto recibido es diminuto, en razón de que para dicho cálculo no se incluyen todos los ingresos que el obligado percibe en su condición de miembro activo de la Policía Nacional, específicamente las bonificaciones por combustible y chofer. La decisiones fueron:

- Primer criterio, 10 Juzgado Especializado de Familia

Mediante resolución 24 de fecha nueve de agosto de 2006, el Juzgado resuelve conceder el pedido de reactualización automática de la pensión de alimentos solicitada por la alimentista, sin embargo ordena que dentro de la base de cálculo para la determinación de dicha pensión no se deberían incluir las bonificaciones por combustible y chofer que percibe el obligado alimentista en su calidad de miembro de la Policía Nacional según lo establecido por el Decreto Supremo N° 037-2001-EF, ya que entiende que las mismas no forman parte de su remuneración, a pesar de lo cual las califica como ingreso en aplicación del principio de la realidad.

- Segundo criterio, Sala Especializada de Familia

Apelada la resolución 24, el caso es elevado a la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, el Colegiado mediante resolución de agosto de 2007, a pesar de un voto en discordia rectifica la posición del Juzgado y establece que en aplicación de la Constitución Política se debe adoptar un criterio que atienda prioritariamente a proteger a la alimentista, así, el supuesto conflicto normativo surgido entre el artículo 4 de la Constitución y el Decreto Supremo N° 037-2001-EF debe ser resultado siempre a favor de la alimentista. En consecuencia, establece reactualizar la pensión de alimentos fijada en el 30% del haber del obligado debiéndose incorporar como ingresos a las bonificaciones por gasolina y chofer, los cuales además son entregados sin que se exija una rendición de cuentas, es decir, son de su libre disponibilidad.

54.1. Puntos controvertidos

De las resoluciones citadas podemos señalar como puntos controvertidos los siguientes:

- i) ¿La base de cálculo para determinar la pensión de alimentos incluye únicamente a las remuneraciones del obligado o a todos los ingresos que este perciba?;
- ii) ¿Las bonificaciones de gasolina y chofer deben ser incluidas en la base de cálculo para determinar la pensión de alimentos? Sobre estos puntos es que en las breves líneas que siguen trataremos de dar una respuesta satisfactoria.

En el caso bajo análisis parte de la controversia en determinar si es que el dinero que por concepto de bonificación por gasolina y chofer que percibe el obligado en su condición de miembro de las fuerzas policiales formaba parte de la base de cálculo para la pensión de alimentos.

El propio D.S. N° 037-2001-EF señala que la entrega del monto por combustible y chofer al personal en actividad es justamente como consecuencia de su trabajo y, además, que no está sujeto a rendición de cuentas, configurándose como un monto de su libre disponibilidad que le otorga una ventaja patrimonial por una prestación personal, lo cual lo califica como una remuneración. Ahora bien la propia norma en mención señala que dichos montos no son pensionables ni forman la base de cálculo para ningún beneficio, con lo cual por exclusión legal dejarían de tener la condición y tratamiento de remuneración, sin embargo, no dejan de ser ingresos y renta para el obligado.

Al respecto, conviene recordar el Informe N° 155-2001-SUNAT/K00000⁽⁷⁵⁴⁾ señala que “la entrega de dinero en efectivo por concepto de combustible a favor del Personal Militar y Policial en situación de actividad, a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo N° 037-2001-EF, constituye renta de quinta categoría para efecto de la legislación del impuesto a la renta, en tanto dicha asignación tenga carácter de libre disponibilidad por tratarse de una cantidad fija y periódica, no sujeta a reintegro por la parte no utilizada en el desempeño de las funciones del citado personal”.

Como vemos la resolución Sunat le atribuye el carácter de renta de quinta categoría, es decir, como un ingreso derivado de la relación laboral de la persona. Si bien es cierto que solo menciona la gasolina, toda vez que la naturaleza y el origen de la asignación por chofer es la misma, también debe considerarse como renta o ingreso para el trabajador, por lo tanto, consideramos que tanto la gasolina como el chofer son ingresos que deben servir para garantizar los alimentos del alimentista.

(754) Cfr. <<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2001/oficios/i1552001.htm>> (enero 2011).

El inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil señala que “(...) cuando se trata de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá por hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por la ley”. Queda claro que se privilegia el interés superior del alimentista reconociéndole el derecho de pedir alimentos hasta por más de la mitad de los ingresos del obligado; no obstante ello, no deja en situación de necesidad al mismo ya que le reserva hasta el 40% de sus ingresos. Cabe recordar que la pensión alimenticia es fijada en proporción a las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante (artículo 481 del Código Civil).

Una precisa interpretación del citado artículo 648 nos lleva a entender el término “ingresos” en sentido amplio –tal como se aprecia en el ejemplo del embargo A–, incluyendo todo lo que una persona percibe sea cual fuere el origen, llámese por su trabajo dependiente (remuneración), bonos no pensionables (empleados públicos) o asignaciones especiales. No obstante, como vimos, los ingresos derivados del trabajo dependiente no son los únicos que puede obtener una persona, pensemos en las ganancias por actividades comerciales, por rendimiento de bonos, acciones, préstamos, entre otros.

El término remuneración debe ser entendido de modo restringido a todo aquello que es percibido en una relación laboral dependiente, siempre que sea de su libre disponibilidad y con las excepciones previstas por ley (utilidades, asignaciones especiales y eventuales, movilidad, etcétera), conforme al artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y los artículos 19 y 20 de la Ley de la CTS. Esta diferencia solo tiene aplicación para determinar la base de cálculo para los aportes a la seguridad social y otras contribuciones del empleador y trabajador; de ninguna manera deben afectar la prestación de alimentos. Son dos cosas diferentes.

En aras de la protección del interés superior y la satisfacción íntegra de sus necesidades del alimentista, la Sala de Familia ha determinado con acierto que la base de cálculo para la fijación deben ser todos los ingresos (no solo los ingresos con carácter remunerativo) en razón de que toda suma ganada es un ingreso que debe ser compartido con quien dependa del obligado alimentista, criterio que saludamos.

Este fallo contribuye al fortalecimiento de la familia, al respeto de la dignidad de la persona y una ofrece una paz para las generaciones futuras.

Asimismo, se ha afirmado esta posición con un criterio casatorio al indicarse que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 037-2001-EF, así como el artículo 1 del Decreto Supremo N° 040-DE-SG, ampliaron la entrega de dinero en efectivo por concepto de combustible al personal militar y policial en situación de retiro que se señala, esto es, al personal que ya no desempeña servicios, ni se encuentra en situación de actividad; por lo tanto, los ingresos que perciben los

militares y policías por dicho concepto, no tienen la calidad de gastos o erogaciones, sino de un concepto de libre disposición que resulta ser materia de afectación por alimentos⁽⁷⁵⁵⁾.

XXII. FILIACIÓN Y ALIMENTOS

Por Ley N° 29821⁽⁷⁵⁶⁾ permite que tanto la pretensión de declaración de paternidad extramatrimonial como la de alimentos puedan acumularse en forma originaria y accesoria en un solo proceso, modificando los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Esta norma integra dos procesos, el de filiación y el de alimentos, aligerando de plano la solución de las pretensiones. Los alimentos derivan de la filiación y esta última, con su sola determinación no era suficiente para exigir el pago de las pensiones sino que requería de proceso aparte, si bien especial en su trámite, implicaba un hecho gravoso más para la parte más débil de las relaciones extramatrimoniales, la madre y el hijo.

XXIII. DESCONSIDERACIÓN DE PERSONA JURÍDICA Y ALIMENTOS

La teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica es perfectamente aplicable en las relaciones alimentarias con la finalidad de evitar que el proceder del alimentante vaya en contra del derecho fundamental de su alimentista a ser asistido.

Es aplicable cuando el alimentante utiliza a una empresa como escudo para cometer fraude. Sea transfiriendo sus bienes a una empresa o simulando su retirada como accionista, situaciones estas que causan un daño a su alimentista al verse impedido en demostrar los ingresos de quien le debe asistir. Frente a estas situaciones puede procederse a la suspensión de los efectos del acto jurídico defraudatorio. No es necesario recurrir a la vía judicial para demostrar la nulidad del acto jurídico de validez aparente o comenzar una acción judicial por medio de simulación con recursos que el alimentista no tiene⁽⁷⁵⁷⁾, la desestimación de la persona jurídica opera de una forma más eficaz y eficiente, se acciona directamente.

(755) Cas. N° 3107-2006-Lima Norte.

(756) DOEP, 28/12/2011.

(757) Cfr. MADALENO, Rolf: "A disregard nos alimentos". Disponible en: <www.rolfmadaleno.com.br Acceso em>: 01/01/2012.

En el ámbito alimentario esta teoría opera como un conjunto de remedios jurídicos que permite prescindir de la forma societaria con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica existente entre el alimentante y el alimentista.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AGUILAR CORNELIO, Marcelo. *Derecho a los alimentos*. Ed. Bieli, Lima, 1994.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar; y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. *Derecho de Familia y sucesiones*. Harla S.A., México D.F., 1994.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- BONET, Ramón. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV, Derecho de Familia, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Ed, Heliasta. Buenos Aires, 1982.
- CAMPANA VALDERRAMA, Manuel. *La naturaleza jurídica de la pensión de alimentos*. Ed Focat, Lima, 1997.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema del Derecho Civil*. Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1983.
- JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. “Plazo de beneficios a personas que vivieron con el causante”. En: *Código Civil comentado*. Tomo IV, Derecho de Sucesiones, 2ª edición, mayo, 2007, Lima.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Vol 2, Tomo I, Buenos Aires. Jurídicas Europa América, 1950-1952.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Beneficio de competencia”, En: *Código Civil comentado*. Tomo VIII, Contratos nominados, 2ª edición, Lima, mayo, 2007,
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. La Ley, Madrid, 2002.

- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. Vol. II, 2ª edición Reformada, corregida y aumentada, Derecho de Familia, Ed., Madrid, 1912.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Deudores extremos: El registro de deudores alimentarios”. En: *La Ley*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica año 1, N° 2, enero 2008, p. 9. También con la colaboración de Claudia Canales Torres “Devedores ao Extremo: o Registro de *Deudores Alimentarios Morosos-Redam* (Registro de Devedores de Alimentos Inadimplentes)”. En: *Revista brasileira de Direito das famílias e sucessões* N° 16, junio-julio 2010.

**CAPÍTULO
SÉTIMO**

**PATRIMONIO
FAMILIAR**

CAPÍTULO SÉTIMO

PATRIMONIO FAMILIAR

I. Introducción. **II.** Denominación. **III.** Antecedentes. **1.** Orígenes. **IV.** Antecedentes de la institución en el Perú. **V.** Concepto. **VI.** Definición. **VII.** Naturaleza jurídica. **VIII.** Caracteres. **2.** Inalienabilidad. **3.** Indivisibilidad. **4.** Inembargabilidad. **5.** Transmisibilidad sucesoral. **IX.** Finalidad. **X.** Base legal. **XI.** Elementos. **6.** Sujetos. **6.1.** Constituyentes. **6.2.** Beneficiarios. **7.** Objeto. **XII.** Administración. **XIII.** Principios que inspiran el patrimonio familiar. **8.** Principio de preservación. **9.** Principio de dignidad. **10.** Principio de protección a la familia. **11.** Principio de necesidad. **12.** Principio de solidaridad. **XIV.** Competencia. **13.** Vía judicial. **13.1.** Trámite. **14.** Vía notarial. **15.** Aspectos procesales. **15.1.** Intervención del Ministerio Público en el proceso de constitución del patrimonio familiar. **15.2.** Prueba de la ausencia de deudas. **15.3.** Notificación por edictos. **XV.** Requisitos. **XVI.** Modificación. **XVII.** Extinción. **XVIII.** Declaración e inscripción de la extinción. **XIX.** Cese de la calidad de beneficiarios. **XX.** Desafectación.

I. INTRODUCCIÓN

El patrimonio familiar es una institución jurídica por la que el titular del derecho de propiedad de un bien inmueble lo afecta permanentemente a fin de que sea destinado como casa-habitación o predio agrícola, artesanal, industrial, comercial, buscando asegurar que sirva de morada y sustento de las personas beneficiarias por su instituyente.

Su constitución confiere a los beneficiarios sosiego y tranquilidad respecto de los riesgos de verse privados de su vivienda y/o predio destinado a actividades económicas por posibles malos manejos, deudas o mala gestión en las que pudiera incurrir el jefe de familia y que podría tener como consecuencia la pérdida de su morada y/o su fuente de ingresos.

Es una institución de orden familiar, típica del Derecho de familia, aunque con determinantes implicancias en el orden de los Derechos reales, lo que ha merecido el estudio de estos últimos especialistas⁽⁷⁵⁸⁾. Se ha dicho, con fundadas razones que el bien de familia es una institución del Derecho de familia patrimonial, como sostiene Méndez Costa⁽⁷⁵⁹⁾ y Guastavino⁽⁷⁶⁰⁾, del Derecho aplicado a los bienes a decir de Savigny⁽⁷⁶¹⁾.

(758) ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Lima, 1947, p. 113.

(759) MÉNDEZ COSTA, María Josefá. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 499.

(760) GUASTAVINO. *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*. Tomo I, p. 92 y Tomo II, p. 13.

(761) Cit. MÉNDEZ COSTA, María Josefá. Ob. cit., p. 499.

II. DENOMINACIÓN

Es conocida con las siguientes denominaciones: Bien de familia, hogar de familia, asilo de familia, *homestead* (derecho anglosajón), finca de familia.

III. ANTECEDENTES

1. Orígenes

Esta figura tiene como antecedente mediato la legislación norteamericana donde se origina con el nombre de *Homestead*⁽⁷⁶²⁾, término que traducido al español es entendido como *lugar estable u hogar seguro o firme*.

Esta institución del *Homestead* se deriva, a su vez, de la figura jurídica del *Homestead Lowe* la misma que aparece en una ley dada en el Estado de Texas en el año de 1839 que fue convertida, en 1863, en ley federal por Abraham Lincoln. El objetivo de esta ley federal es la protección de los lotes de terreno de dominio público otorgados por el Estado a núcleos familiares bajo la figura de *preemption*, *i.e.* se trataba de bienes inmuebles que adjudicados a personas y/o familias que no trabajaban considerando la mencionada ley, que con este solo poseer de manera permanente el inmueble, sus ocupantes expresaban su voluntad de vivir permanentemente en él y tenerlo como medio de sustento para el poseedor y su familia y, por último, su voluntad de adquirirlo en propiedad.

El *Homestead Lowe* representó un instrumento legal para la colonización de las inmensas tierras del oeste americano. Constituyó un avance legal en la protección de las pequeñas propiedades familiares de los colonos frente a los avances y apetitos comerciales de los grandes terratenientes y de los traficantes de tierras. Sin embargo, esta ley no terminó de llenar completamente su finalidad. Los mencionados inmuebles quedaban expuestos a embargos y, por ende, las unidades familiares eran despojadas de los bienes inmuebles, rurales y urbanos que les servían de habitación y sustento, quedando en el desamparo las familias que los habitaban.

Como complemento del *Homestead Lowe* nace la ley conocida como *Homestead Exception*, que pertenece a la legislación particular de cada Estado. Su objeto sigue siendo proteger la propiedad inmueble de la familia. Esta ley extiende la protección sobre los bienes familiares otorgando a los ciudadanos norteamericanos la propiedad e inembargabilidad de un bien inmueble rural de no más de 50 acres. La inembargabilidad se hace extensiva a los instrumentos, maquinarias y animales necesarios para la explotación del predio. Este beneficio se hizo extensivo a las propiedades urbanas y a los bienes muebles afectados a las mismas (que en ella estaban) a los que también se les fijaba un límite, pero en este caso, estaba

(762) Antigua unidad de superficie del sistema anglosajón equivalente a 64,7497027584 hm² (hectómetros cuadrados) o ha (hectáreas).

dado por el valor dinerario del inmueble y de los muebles afectos a este (inmuebles con un valor no mayor a los 500 dólares y muebles con un valor no mayor a los 200 dólares), el exceso, sobre ese monto dinerario, sí podía ser embargado.

Esta ley precisaba que la inembargabilidad solo tenía lugar para aquellas deudas contraídas con posterioridad a la declaración del *Homestead Exception* y no a las deudas anteriores a su constitución. Su fin último es la protección del patrimonio familiar y con esto a la mujer e hijos del constituyente, respecto de las acciones negligentes o dolosas en las que pudiera incurrirse como consecuencia de mala gestión, estilo de vida o hechos que pudieran traer consigo la pérdida de la casa-habitación, de su mobiliario y de cualquier otro elemento que constituya elemento o herramienta de trabajo y fuente para el sustento familiar.

Con esta ley se busca dar seguridad, tranquilidad y sosiego económico al núcleo familiar con la protección de los bienes que son el principal elemento para el sustento, tales como la casa-habitación y los elementos que la integran como unidad económica familiar y, por otro, asegurar la estabilidad de las familias y el desarrollo del país en su conjunto, en base a la familia.

Se proyecta, algo así, como la inembargabilidad de los bienes del Estado.

IV. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN EN EL PERÚ

El 14 de noviembre de 1900 se dictó una ley autorizando la venta de inmuebles por mensualidades en cuyo artículo 9 se expresa “No es materia de embargo la suma que por amortización del precio del inmueble hubiese pagado el comprador, salvo el caso de responsabilidad criminal. Tampoco lo será el inmueble una vez pagado totalmente su precio durante la vida del comprador, de su cónyuge e hijos menores de edad o mujeres no casadas, a menos que se trate de créditos contraídos para reparar o mejorar el inmueble mismo”.

Luego se dictó la Ley 3022, del 28 de diciembre de 1918, sobre venta a plazos de casas para obreros y empleados públicos con sueldos menores de S/. 150.00 mensuales. En ella se establece que no podrá ser vendida la casa en tanto no hubiera sido pagada declarándose el mismo privilegio de inembargabilidad concedido por la ley de 1900.

La Ley 6619, del 9 de mayo de 1929, sobre construcción de casas para empleados públicos con una modalidad consistente en la obligatoriedad en los contratos de contratarse, por el comprador, una póliza de seguro para que en caso de fallecimiento del jefe de familia, por medio de la cual la compañía se hiciera pago del precio con el importe de la póliza. Estableció, también, la inembargabilidad, salvo por alimentos o responsabilidad criminal. Además, se hizo aplicable la disposición del artículo 99 de la Ley de 1900, en favor de los compradores de lotes

de terreno en las urbanizaciones de Lima, Callao, Chosica y Balnearios, la Ley 7844, del 28 de setiembre de 1933, en su artículo 8 así lo dispuso⁽⁷⁶³⁾.

El Código Civil de 1936 en el libro de *Derecho de Familia*, en la parte que se ocupa de las relaciones de parentesco (artículos 461 al 471) incorpora a esta institución jurídica que aparece con el nombre de “hogar de familia” facultándose al jefe de familia a destinar un bien inmueble con tal calidad. El bien inmueble no solo podía ser la casa-habitación sino también aquellos predios destinados a la agricultura, a la industria, con la única limitación que este bien no excediera económicamente de lo necesario para el sustento o morada del grupo familiar a favor de quien se estatúa.

Con posterioridad a la dación del Código Civil de 1936, se dictó la ley número 8512 de 15 de marzo de 1937 que se refiere a las casas de los barrios obreros declarando que estas no pueden venderse durante veinte años y que gozan de todos los beneficios del hogar de familia, inclusive, la inembargabilidad.

En el año 1969, se dictó la Ley 15037 - Ley de Reforma Agraria, con algunas características a las del “hogar de familia” previstas en el Código Civil de 1936, básicamente las que se refieren a la “unidad agrícola familiar” como bien inmueble inalienable e indivisible. Esto implicaba que el agricultor y su familia debían cultivar la tierra sin empleo de mano de obra extraña, excepto en campaña agrícola y que la unidad agrícola no podía ser vendida, ni dada en garantía.

La Constitución Política de 1979 en su artículo 5, eleva a rango constitucional esta institución bajo la misma denominación, considerándola dentro del marco de protección de la familia y fijando las condiciones jurídicas particulares de esta.

La Constitución de 1993 no trata respecto al patrimonio familiar. Pero, presente debemos tener el hecho de que los tratados internacionales, en general, protegen la vivienda de la familia (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Según Luiz Edson Fachín⁽⁷⁶⁴⁾, el bien de familia en Brasil fue propuesto por primera vez bajo el título de “hogar de familia” en 1893 e incluido en la Parte General del Código Civil con la enmienda del 1 de diciembre de 1912, a través de cuatro artículos. En la planificación actual, el bien de familia en Brasil es el edificio residencial urbano o rural, con sus dependencias y accesorios, diseñada en ambos casos para ser el hogar de la familia y puede incluir valores muebles cuyos

(763) ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Derecho Civil, Los Derechos Reales*. Lima, 1947, p. 113.

(764) FACHÍN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Renovar, Río de Janeiro, 2001, p. 143.

ingresos se aplica en la conservación de la propiedad y en la subsistencia de la familia (art. 1.711 y ss. del Código brasileiro).

V. CONCEPTO

Según Zannoni el patrimonio familiar “consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación”⁽⁷⁶⁵⁾.

Para Cornejo Chávez “La figura de patrimonio familiar, introducida con este nombre en la Constitución de 1979, consiste en la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia, o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento”⁽⁷⁶⁶⁾.

Por su parte, Tedeschi nos dice: “El patrimonio familiar está destinado a asegurar la prosperidad económica de la familia. Más precisamente se lo concibe como áncora de salvación de la familia contra las adversidades o también contra la poca prudencia de quien debería tener entrañable como ninguna otra cosa la suerte de dicha familia”⁽⁷⁶⁷⁾.

Según Bossert, “El propósito es crear un sistema mediante el cual pueda el propietario de un inmueble, asegurar la vivienda para él y sus familiares, o asegurarles el sustento a través de los ingresos que pueden obtener con el trabajo personal que desarrollaban en ese inmueble”⁽⁷⁶⁸⁾.

Cadoche complementa: “El bien de familia es una institución del derecho de familia patrimonial, que se orienta a la protección del núcleo familiar beneficiario, para asegurar su vivienda y/o su sustento”⁽⁷⁶⁹⁾.

VI. DEFINICIÓN

El patrimonio familiar es una institución jurídica del Derecho de familia, de amparo familiar, protectora del bien inmueble más importante para la vivienda, sustento, permanencia y desarrollo de la familia. Este bien puede ser urbano

(765) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo I, 2ª edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 558 y ss.

(766) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 649.

(767) TEDESCHI, Guido. *El régimen patrimonial de la familia*. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 83 y ss.

(768) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, p. 274.

(769) CADOCHE, Sara Noemí. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 469.

o rural, terreno o construcción, donde viva la familia o donde desarrolle sus actividades económicas sean estas agrícolas, artesanales, industriales o comerciales.

VII. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto de la naturaleza jurídica del Patrimonio Familiar, se lo considera como una institución del Derecho real ubicada dentro del Derecho de familia orientado hacia el amparo familiar, que se instituye a favor de determinados bienes que constituyen el patrimonio de una unidad familiar con la finalidad de su preservación, desarrollo y protección socioeconómica.

Está dirigida a la afectación de un bien (acción *in rem*, recae sobre las cosas) en beneficio de ciertas personas (acción *in persona*, recae sobre los sujetos).

El patrimonio familiar no es un patrimonio autónomo, es un patrimonio afectado con un gravamen.

Para Cadoche “Solo las cosas inmuebles, de ubicación indistinta urbana o rural, que sirvan de techo para la familia, o que sean la fuente de producción de los recursos necesarios para el sustento familiar, son susceptibles de ser afectados a este régimen especial de protección”⁽⁷⁷⁰⁾.

Méndez Costa⁽⁷⁷¹⁾ diferencia en cuanto a la naturaleza jurídica del inmueble y la de los derechos de los beneficiarios y del constituyente. El inmueble queda fuera del comercio. En cuanto a los derechos de los sujetos, estos son derechos subjetivos ubicados dentro de los derechos de familia patrimonial, en cuanto al beneficiario, es la facultad de exigir la inalienabilidad e inejecutabilidad del bien frente a quien intente desconocerlo y, en cuanto al constituyente, siendo el dueño continúa en su calidad de tal, presentándose como un derecho de dominio restringido dado que partir de su constitución y hasta la desafectación los actos de disposición están limitados.

Según Fernández Clérigo⁽⁷⁷²⁾ se trata de una propiedad indivisa e indivisible de las familias, así como limitada, vinculada a la existencia de la comunidad familiar.

VIII. CARACTERES

En el ordenamiento jurídico peruano, en virtud del artículo 488 del Código Civil, se regulan las características y efectos jurídicos del patrimonio familiar.

(770) CADOCHE, Sara Noemí. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal y Culzoni S.C.C., Santa Fe, 1982, p. 470.

(771) MÉNDEZ COSTA, María Josefá. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 515 y ss.

(772) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de familia en la legislación comparada*. Editorial Hispano-Americana, México, 1947, p. 507.

Sin embargo, antes de ello, debemos precisar que el patrimonio familiar solo se constituye sobre bienes inmuebles destinados a la habitación o explotación, para vivir o trabajar. Ahora si el referido artículo establece que: “*El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia*”.

Cuando se constituye patrimonio familiar se generan sobre el bien inmueble una serie de efectos jurídicos que caracterizan a esta institución jurídica, tales como indivisibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad, inejecutabilidad e ingravabilidad.

In	Divisibilidad
	Alienabilidad
	Embargabilidad
	Ejecutabilidad
	Gravabilidad

El Código Civil de 1936 prohibía la enajenación, hipoteca y arriendo del bien de familia, señalando textualmente “Artículo 471.- El hogar de familia no puede ser enajenado, hipotecado ni arrendado”. El Código del 84, señala igualmente que el bien de familia no puede ser embargado, es inalienable pero transmisible por herencia (art. 488) eliminando la prohibición de arrendar el bien de familia; por el contrario puede ser arrendado en situaciones de urgente necesidad con autorización del juez. También se necesita autorización judicial para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia, de acuerdo con el artículo 491 del Código Civil. Así pues, este dispositivo establece que: “*Los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados solo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez. También se necesita autorización judicial para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia*”. Estos caracteres con el tiempo se han ido aligerando, se ha ido liberando el bien de mayores cargas que su propia naturaleza genera.

Respecto de los efectos jurídicos del bien constituido en patrimonio familiar, Borda asevera que: “El bien no puede ser enajenado ni legado ni podrá con él hacerse mejora a alguno de los coherederos, por más que el mejorado sea alguno de los coherederos beneficiarios del bien de familia.

Asimismo, el bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra.

Es necesario tener presente la doctrina sentada por la Corte Suprema en el sentido de que la inembargabilidad del bien de familia opera sus efectos desde el momento en que fue solicitada su afectación a dicho régimen y no a partir del momento en que el Registro practicó su asiento, lo que es razonable, pues las demoras burocráticas en practicar el asiento no tienen por qué perjudicar al constituyente.

Son también inembargables los frutos que produzca el bien en la medida que sean indispensables para satisfacer las necesidades del bien de familia.

El bien de familia está exento del impuesto a la transmisión gratuita por muerte, cuando ella se opere a favor de los beneficiarios del bien y siempre que los herederos no resolvieren desafectarlo dentro de los cinco años del fallecimiento del causante (art. 40, ley 14.394)⁽⁷⁷³⁾.

Cornejo Chávez menciona en relación que “La finalidad y razón de ser del patrimonio de familia radica en garantizar el núcleo doméstico contra el riesgo de desamparo, es decir, de quedar privado de lo más elemental de sus medios de subsistencia: un techo bajo el cual guarecerse.

Esta garantía, aun no siendo absoluta, incluye –con más o menos generalidad en la legislación comparada– los siguientes privilegios:

El no poder ser enajenado, o de no poder serlo sin el consentimiento del cónyuge. Así, la legislación norteamericana no solo exige el concurso o consentimiento de la mujer para la enajenación por acto *inter vivos*, sino que también lo exige para la transmisión por testamento, exigencia esta última que resultaría de difícil aplicación en las leyes que prohíben el testamento en común, o que, en otro caso, entrañaría la inclusión en un acto esencialmente unilateral de una cláusula bilateral o convencional⁽⁷⁷⁴⁾.

Analicemos los más importantes.

2. Inalienabilidad

La inalienabilidad implica la imposibilidad de enajenar el bien. Está expresamente prohibido que el bien constituido como patrimonio familiar sea transferido a título oneroso o gratuito, individualmente o en su totalidad. No puede ser objeto de venta, donación, permuta, dación en pago, renuncia, legado ni mejora testamentaria⁽⁷⁷⁵⁾.

Esta prohibición tiene como fundamento su propia naturaleza.

Al haber sido constituido a favor de ciertos beneficiarios no podrá ser transferido, tampoco dado en garantía, salvo que se desafecte. La desafectación implica que readquiera la calidad de bien transferible siendo el propio instituyente con la anuencia de las personas a favor de quienes se instituyó quien, previo los trámites que señala la ley, realice el acto jurídico que los libere de dicha carga.

(773) BORDA A, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia I*. 9ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 272-275.

(774) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 654-659.

(775) CADOCHE, Sara Noemí. Ob. cit., p. 479.

En doctrina no falta quien opine que la inalienabilidad y la ingravabilidad del patrimonio familiar deberían ceder cuando se cuenta con el asentimiento del cónyuge. No obstante, el patrimonio familiar, en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser enajenado con el consentimiento de este.

La inalienabilidad, sin embargo, no es absoluta, admite excepciones que se dan de acuerdo a las particulares circunstancias y necesidades de las personas a favor de las cuales se constituyó.

Las excepciones a la inalienabilidad previstas por nuestra legislación son:

- a) *Urgente necesidad*. Se presenta en los casos de expropiación forzosa del inmueble por el Estado o por circunstancias inmediatas que hacen ineludibles, para el provecho de los beneficiarios, la venta del bien afectado.
- b) *Manifiesta utilidad*. Cuando el bien sobre el cual ha sido constituido adquiere una mayor plusvalía, su venta puede resultar beneficiosa para los interesados.

Menciona Méndez Costa⁽⁷⁷⁶⁾ que los casos de enajenación compulsiva determinan la transmisión forzosa del inmueble provocando la desafectación con la correspondiente transferencia, entre estos casos tenemos: Expropiación, reinvinciación o venta judicial.

3. Indivisibilidad

Este carácter refiere que el bien es una unidad natural destinada en su totalidad a la habitación y/o subsistencia de los integrantes de una familia, el mismo no admite división, no solo por disposición legal sino por los perjuicios que originaría, principalmente, la pérdida de valor que tal acto acarrearía.

El patrimonio familiar, a partir de su constitución, se convierte en una unidad económica y jurídica de naturaleza indivisible que trae consigo la existencia legal de una copropiedad por disposición legal sobre este, por lo que esta condición de indivisibilidad no admite ninguna clase de división o separación⁽⁷⁷⁷⁾.

4. Inembargabilidad

La inembargabilidad implica imposibilidad de sometimiento del bien a gravamen. Al ser considerado el patrimonio familiar un *mínimum* su inembargabilidad o imposibilidad de sometimiento a gravamen, lo distinguen e identifican frente a otras instituciones civiles permitiendo a sus beneficiados estabilidad y seguridad jurídica.

Tanto el bien inmueble como sus frutos son inembargables.

(776) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., p. 552.

(777) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos no contenciosos*. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2001, p. 226.

La inembargabilidad no es absoluta. Los frutos que produzca el patrimonio familiar pueden ser gravados dentro de sus dos terceras partes siempre que sirvan para asegurar deudas resultantes de: condenas penales, de tributos referidos al bien y de cobros judiciales derivados de pensiones alimenticias (art. 429), son tres exclusivas excepciones:

- a) *Condenas penales*, su fundamento es proteger los intereses de la víctima o de sus deudos de un hecho delictivo cometido por el beneficiario del patrimonio familiar, supuesto en el cual el embargo solo alcanzará la parte de los frutos que corresponde al beneficiario sentenciado como autor del delito. De existir varios beneficiarios, y solo uno de ellos condenado, se afectará la parte proporcional que le corresponde.
- b) *Pago de tributos*, situación en la que se privilegia del Estado como acreedor. Cabe precisar que en el ordenamiento jurídico peruano, el tributo debe estar referido al bien. La inembargabilidad no funciona respecto de impuestos o contribuciones adeudados al Fisco.
- c) *Obligaciones alimenticias*, el principio de la inembargabilidad cede ante el derecho de igualdad de todos los alimentistas. Se sustenta en la protección de estos y en la propia institución del patrimonio familiar que garantiza estos de los beneficiarios por lo cual, la misma institución, no puede servir como medio para perjudicar a otros alimentistas.

En los tres casos señalados anteriormente el límite de los dos tercios no puede ser sobrepasado.

Como sostiene Cornejo Chávez⁽⁷⁷⁸⁾, el embargo sobre los frutos del patrimonio familiar conlleva un problema que no siempre tiene fácil solución, referido a la forma cómo va a trabarse tal embargo, presentándose dos supuestos:

- a) *En caso de vivienda*. Si se trata de una vivienda que es ocupada directamente por los miembros de la familia y, por lo tanto, el bien no produce fruto alguno, surge la pregunta de si la excepción de inembargabilidad no funciona cuando se trata de una vivienda o, si debe estimarse la renta que el inmueble produciría de ser alquilado y obligar al constituyente a pagar al acreedor hasta dos tercios de dicha renta, caso en el cual el problema no se habrá resuelto dado que si el constituyente no paga la renta que se le ha asignado se producirá la cuestión de saber cómo embargar los frutos estimados, sin que ello ocasione posteriormente rematar el predio. El artículo 492 del Código Civil no autoriza el embargo y remate del bien mismo sino solo de los frutos hasta las dos terceras partes, concluyendo que en tal supuesto no funciona

(778) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Editorial Librería Studium, Lima, 1987, p. 316.

la excepción de inembargabilidad. Así pues, dicho dispositivo establece que: “Los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias”; y,

- b) *En caso de predio rústico o de explotación.* Si es trabajado directamente por los miembros de la familia, la embargabilidad funcionaría en forma de intervención, administración y/o retención del monto de sus obligaciones o del precio de los frutos o productos que adquieren del patrimonio familiar hasta el máximo que señala el artículo 492. La anotación de las resoluciones de determinación, órdenes de pago o resoluciones de multa no se encuentran dentro de los supuestos de embargabilidad de los bienes constituidos en patrimonio familiar.

Otras medidas cautelares. El hecho de que se encuentre limitada la embargabilidad del bien afectado nada impide que puedan dictarse otras medidas cautelares como por ejemplo una medida cautelar de no innovar, *i.e.* aquella destinada a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso.

El bien es inembargable solo hasta el límite de valor por el que se hubiera constituido, de modo que sí es embargable sobre el exceso.

La inembargabilidad no funciona cuando se trata de lo que se adeuda a médicos por sus servicios, a los obreros por sus salarios a los domésticos por los suyos, a los proveedores por los alimentos proporcionados, y en general, a todos aquellos que han prestado servicios o elementos indispensables para la subsistencia de los miembros de la familia y a los que, siendo acreedores únicamente quirografarios, la ley los considera como excepcionales al privilegio de la inembargabilidad.

La inembargabilidad no funciona cuando se trata del pago del saldo del precio en que se adquirió el mismo inmueble constituido en patrimonio familiar o de las deudas a favor de proveedores de materiales o constructores a raíz de mejoras introducidas en el mismo inmueble.

Tampoco puede invocarse la inembargabilidad tratándose de deudas derivadas de condenas o de responsabilidad de funcionarios públicos. No funciona el privilegio de inembargabilidad al patrimonio familiar y sus frutos, extendiéndolo, incluso, al caso de quiebra, concurso o liquidación judicial.

El ordenamiento jurídico peruano no admite otras excepciones de la inembargabilidad, tales como el referente al exceso del valor del hogar sobre el que sirvió de base a su constitución, a los honorarios de médicos, salarios de obreros y domésticos, créditos de proveedores, etc., así como la relativa al saldo

de precio del mismo inmueble que esté adeudando el propietario. Al respecto se precisa lo siguiente:

- a) El sobrevalor o plusvalía que, después de la constitución del hogar de familia, adquiera el inmueble, no es considerado como un excedente embargable, sino que merece la misma protección de inembargabilidad que merece el valor originario.
- b) Los honorarios adeudados a médicos, los salarios de los obreros o domésticos y los créditos de los proveedores no tienen la garantía del patrimonio de familia ni de sus frutos, sino de otros bienes del deudor; circunstancia que todos ellos deben tener en cuenta al prestar servicios o proporcionar especies.
- c) En caso de adeudar el constituyente una parte del precio del mismo inmueble, este resulta, de pleno derecho, afecto a hipoteca legal conforme a la norma del artículo 1118 del Código Civil, por lo tanto, el vendedor podrá oponerse a la constitución del patrimonio familiar salvo acuerdo para reemplazar esa garantía por otra.

El bien de familia no puede ser objeto de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal. Ciertamente que las deudas anteriores afectarán el bien, ya que de otro modo los acreedores se verían defraudados por la constitución de un inmueble del deudor en la categoría de bien de familia.

5. Transmisibilidad sucesoral

El artículo 488 del Código Civil, repitiendo el artículo 5 de la Constitución de 1979, señala que el patrimonio familiar es transmisible por herencia. La Constitución de 1993 obvia esta institución. El Código Civil de 1936, por su parte, señalaba en su artículo 473 que el hogar de familia subsiste después de la muerte del propietario solo si este, por acto de última voluntad hubiera dispuesto que pase a sus herederos.

El hecho de que el constituyente fallezca no afecta a la institución. No se produce la desafectación ni se extingue el patrimonio familiar en la medida que sus beneficiarios continúen siéndolo. Esto implica una suspensión en el derecho de los herederos a la partición del bien afecto. El patrimonio solo se extingue a falta de beneficiarios. Aunque muera el constituyente el patrimonio permanece y los beneficiarios continúan en tal calidad, suspendiéndose los derechos a la partición del bien de familia a los herederos.

En nuestra legislación: “(...) la transmisión hereditaria no se refiere al bien que está afecto al patrimonio familiar (que en su momento y con las normas del derecho sucesorio se producirá a favor de los herederos), sino a la condición legal que recae sobre el bien, objeto del patrimonio familiar, y que como sabemos entraña prerrogativas, facultades a favor de los beneficiarios, así pese a la muerte

del constituyente, el bien seguirá afecto a favor de los familiares, quienes podrán seguir usándolo y disfrutando de este, sin el riesgo y el temor de que pueda ser embargado, rematado o dispuesto, y todo ello porque si en vida del constituyente, este, libre y voluntariamente, afectó un bien en patrimonio familiar, producido su deceso, opera automáticamente la transmisión de esa condición legal, que no es otra que la de ser inalienable, en tanto los beneficiarios continúen siendo tales (...)”⁽⁷⁷⁹⁾.

Situación distinta se da cuando el beneficiario muere, caso en el cual el patrimonio se extingue.

Bossert afirma que “La convivencia de los beneficiarios con el propietario no es un requisito legal, salvo para designar beneficiarios a los parientes colaterales; en este caso, es necesario que ellos convivan con el propietario a la época de la afectación”⁽⁷⁸⁰⁾.

Para Cadoche, “El acto jurídico por el cual se constituye a un inmueble propio con el carácter de bien de familia goza de varios caracteres, entre los cuales podemos destacar:

1. Es optativa. El propietario puede afectar el inmueble, según sea su voluntad, sin que ninguna disposición legal lo obligue a hacerlo. Aunque estén dadas las condiciones físicas y jurídicas en el inmueble y en el núcleo familiar, es de la decisión del dueño cumplir o no con el trámite destinado a la afectación.
2. Es única o excepcional. Cada persona puede afectar a este régimen un solo inmueble de su propiedad, y si se hubiera excedido deberá optar por la subsistencia de uno solo.
3. Es imprescriptible. Es una consecuencia de haberse colocado al bien fuera del comercio, lo que lleva también a la imposibilidad de adquisición del dominio por un tercero con base en la prescripción”⁽⁷⁸¹⁾.

Cornejo Chávez comenta que “En primer lugar, es posible constituir patrimonio de la familia sobre la casa-habitación. Este es el caso típico de la figura y de ella deriva precisamente su primitiva denominación de hogar de familia.

En segundo lugar, es posible constituir también el patrimonio familiar sobre un periodo agrícola, artesanal, industrial o comercial y esto, no solo cuando tal explotación sea anexa a la vivienda, si no en cualquier otro caso, o sea, aun si la figura no comprende la vivienda; siempre que, esto sí, tal explotación sea el sustento de la familia.

(779) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Editorial San Marcos, Segunda reimpresión, Lima, 2009, p. 500.

(780) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 275.

(781) CADOCHE, Sara Noemí. Ob. cit., p. 478.

En tercer lugar, tanto el inmueble que sirva de vivienda, como el predio agrícola o industrial que sirva de fuente de sustento a la familia no son limitados, si bien el código no ha seguido ejemplo de aquellos que fijan el límite en el valor pecuniario del bien, sino que prefiere señalar un límite elástico, cuya determinación, según ha de entenderse, hará en cada caso el juez⁽⁷⁸²⁾.

IX. FINALIDAD

El patrimonio familiar tiene la finalidad de coadyuvar al amparo familiar.

Se orienta a brindar protección jurídica a los miembros de la familia mediante la afectación de determinados bienes del instituyente.

Esta institución está orientada a garantizar al núcleo doméstico contra el riesgo de desamparo, de quedar privado de lo más elemental de sus medios de subsistencia: un techo o una fuente de recursos para subsistir. Estos bienes permiten el sustento y satisfacer las necesidades básicas de habitación y alimentación del grupo familiar a favor de los cuales se instituye. Los bienes sobre los cuales se constituyen son inmuebles, rurales o urbanos, siempre deberán estar destinados a dar albergue o, en su caso, servir como sustento económico de la familia.

Por medio de la afectación, que importa una carga para el bien, se sustrae cualquier contingencia económica que se pudiera presentar en el futuro dado que adquieran, entre otras, las características de inembargabilidad e inalienabilidad⁽⁷⁸³⁾.

Borda expresa que: “La crisis por la que atraviesa la familia en las sociedades contemporáneas y las dificultades económicas que conspiran contra su solidez, han hecho surgir la necesidad de una legislación protectora. La institución del bien de familia es una de las iniciativas más importantes adoptadas con ese propósito en los últimos tiempos. Se procura poner a la familia al abrigo de las vicisitudes económicas de los malos negocios aun de la muerte del padre. El bien de familia puede consistir en la casa donde habita la familia o en un inmueble que sirva con su producción al sostenimiento de ella. Es decir, que se protege la vivienda o el sustento del núcleo familiar⁽⁷⁸⁴⁾. Por su parte, Zannoni opina que el patrimonio familiar es una auténtica institución que tiende a preservar el asiento de la residencia de la familia, el hogar familiar, poniéndolo a cubierto, no solo de la ejecución por las deudas del constituyente –deudas, por supuesto, posteriores a la afectación del bien–, sino también de los eventuales actos de disposición

(782) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 652.

(783) DE ALMEIDA SÁNCHEZ, Ana Sofía. “El patrimonio familiar - Breve análisis”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2009, p. 132.

(784) BORDA A, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia I*. 9ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 270-271.

que él mismo quisiese realizar respecto del bien afectado⁽⁷⁸⁵⁾. Mazzinghi dice que el patrimonio familiar “tiende a proteger al grupo familiar –mediante la preservación de un bien que deviene inembargable o inajenable– de las contingencias del titular”⁽⁷⁸⁶⁾. Méndez Costa sostiene que como fundamento el bien protegido es el interés familiar, en su doble aspecto: social, en cuanto procura el mantenimiento de la familia bajo un mismo techo y, el económico, en cuanto tiende a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar⁽⁷⁸⁷⁾.

X. BASE LEGAL

La institución del patrimonio familiar está regulada en el Código Civil peruano en la Sección Cuarta - Amparo Familiar, Título I - Alimentos y Bienes de Familia, Capítulo Segundo - Patrimonio Familiar, artículos 488 al 501, en el Código Procesal Civil artículos 795 al 801 y en la Ley de Procedimientos Notariales No Contenciosos.

La Constitución de 1993, a diferencia de la Constitución de 1979, obvia su tratamiento.

XI. ELEMENTOS

Entre los elementos del patrimonio familiar tenemos a los sujetos y a los objetos:

6. Sujetos

Son las personas naturales que intervienen. En el patrimonio familiar podemos distinguir a los sujetos constituyentes y a los sujetos beneficiarios.

6.1. Constituyentes

Los sujetos constituyentes se refieren a aquellas personas naturales que como propietarias de un bien pueden afectar o constituir un patrimonio familiar. Son tres los componentes: Persona natural, propiedad y capacidad de disposición.

Para poder tener la calidad de constituyente se requiere:

- Ser propietario de un bien, y;
- No tener deudas. En tal sentido, el artículo 494 del Código Civil establece que: “Para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es

(785) ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 558 y ss.

(786) MAZZINGHI, A. *Tratado de Derecho de familia: Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio*. Tomo 2, 4ª edición actualizada y ampliada, La ley, Buenos Aires, 2006, p. 518 y ss.

(787) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., p. 514.

requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución”.

La deuda está relacionada con el sujeto. Es este el que no debe tener pasivos. En algunos casos puede constatarse la existencia de deudas cuando el bien a afectarse está gravado o embargado, lo que implicaría una doble limitación, la deuda del constituyente y el gravamen del bien. Dice Plácido, en esta línea de pensamiento –confundiendo al sujeto con el objeto, uno con otro– y de acuerdo a la *praxis* que las deudas pueden acreditarse “con el certificado negativo de gravámenes del predio a ser afectado (...) las deudas que en primera instancia no se verán perjudicadas serán (...) las que tengan acceso al Registro y aparezcan en la ficha registral del predio. (...) Estando establecida por ley como una condición de validez, la inobservancia de este requisito determina la nulidad de la afectación; la que puede ser demandada por todo aquel que tenga legítimo interés”⁽⁷⁸⁸⁾.

Estando establecida por la ley como una condición de validez, la inobservancia de este requisito determina la nulidad de la afectación; la que puede ser demandada por todo aquel que tenga legítimo interés.

Respecto a los sujetos constituyentes del patrimonio familiar, el artículo 493 del Código Civil dispone lo siguiente: “Pueden constituir patrimonio familiar:

1. Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad.
2. Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad.
3. El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios.
4. El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad.
5. Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento”.

Respecto de la posibilidad de los concubinos de constituir patrimonio familiar. Este supuesto ha sido materia de largos debates en la doctrina. Mientras hay quienes piensan que semejante posibilidad tergiversa el espíritu del Derecho al favorecer la formación de familias extralegales y a veces inmorales; otros creen que basta que exista, dentro de un núcleo doméstico, una persona obligada a velar por la seguridad, sustento o el futuro de otras para que el hogar pueda y deba permitirse, razón a la cual habría que añadir que la familia es un fenómeno natural, que existe con matrimonio o sin matrimonio de los progenitores. Tanto por estas razones, como porque precisamente la familia extramatrimonial puede hallarse expuesta a más grave riesgo de desamparo que la matrimonial; y atendiendo,

(788) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Patrimonio familiar”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003, p. 313.

además, a la realidad social de nuestro pueblo, en que abundan desafortunadamente las uniones extramatrimoniales, se podría optar por la solución afirmativa. Sin perjuicio de lo expuesto, queda a salvo la posibilidad de que los concubinos constituyan patrimonio familiar como solteros a favor de sus hijos. No obstante, cabe advertir que ello constituye un supuesto adicional en que nuestra legislación deja sin protección a los integrantes de las uniones de hecho.

El propietario puede disponer en su testamento la constitución del bien de familia, en cuyo caso la inscripción se realizará tras su muerte a pedido del cónyuge, o en caso de que no hubiere cónyuge, a pedido de la mayoría de los interesados⁽⁷⁸⁹⁾.

Para Hinostraza, como los constituyentes del patrimonio familiar deben ser los titulares del dominio de los bienes sobre los cuales recae aquel, por ser la afectación de dicho patrimonio un acto de disposición, se requiere en tales la capacidad de disponer, no siendo suficiente la capacidad de administrar. Aunque no hay transferencia de propiedad de los bienes objeto del patrimonio familiar en favor de los beneficiarios, por tratarse generalmente de un acto oneroso, se exige la capacidad que la ley requiere para esta clase de actos⁽⁷⁹⁰⁾.

6.2. Beneficiarios

Son aquellas personas en cuyo provecho se constituye el patrimonio familiar a fin de que el inmueble afectado le sirva de vivienda o les provea recursos para su sustento. En el ordenamiento jurídico peruano, conforme a lo dispuesto en el artículo 495 del Código Civil peruano, son beneficiarios del patrimonio familiar los siguientes:

- a) Cónyuges
- b) Hijos y otros descendientes menores o incapaces
- c) Padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad
- d) Hermanos menores o incapaces del constituyente

Los beneficiarios son necesariamente personas naturales con vínculos de familia, en especial con vínculos conyugales, de parentesco ascendente en estado de necesidad o descendente menores o incapaces y los parientes consanguíneos en la línea colateral del segundo grado menores o incapaces. De ninguna manera se permite la constitución de un patrimonio familiar declarando como beneficiario a una persona jurídica aunque esta carezca de fines lucrativos (asociación, fundación o comité).

(789) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 281.

(790) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Derecho de familia*. Editora Fecat E.I.R.L., Lima, 1997, p. 309.

El estado de necesidad es la situación de dependencia económica que se encuentra respecto del solicitante, *i.e.* los padres y otros ascendientes carecen de medios económicos para hacer frente a sus necesidades. En cuanto a la incapacidad esta debe estar debidamente declarada por sentencia.

El artículo antes mencionado, encuentra concordancia en la Ley del Notariado que señala en su artículo 24 que solo se constituirá patrimonio familiar en beneficio de los citados en el artículo 495 del Código Civil.

Existen tres criterios tomados por los artículos de nuestra legislación con respecto a determinar a los beneficiarios dentro del cual cabe la designación de beneficiarios pero dejando al constituyente la libertad de decidir quiénes de dichos familiares o si todos ellos se acogen al amparo familiar, entre los criterios tenemos:

1. *Dependencia de facto.* Todos viven bajo el mismo techo subordinados al constituyente y ordinariamente a su costa.
2. *Relación alimentaria.* Todos los que tienen un derecho alimentario respecto del constituyente.
3. *Relación de parentesco.* Los parientes en línea recta y los colaterales hasta cierto grado.

Claro debe quedar, que en virtud de la constitución del patrimonio familiar no se da la transferencia de propiedad de los bienes a los sujetos beneficiarios, sino solo el derecho de disfrute de dichos bienes. Así está contemplado en el artículo 490 del Código Civil, al disponerse que: “La constitución del patrimonio familiar no transfiere la propiedad de los bienes del que lo constituye a los beneficiarios. Estos adquieren solo el derecho de disfrutar de dichos bienes”.

Demás está decir que una persona jurídica no podrá ser beneficiaria.

Son beneficiarios del patrimonio familiar solo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente. (...) Se concluye que la calidad de constituyente y beneficiario puede recaer sobre la misma persona⁽⁷⁹¹⁾.

El derecho de los beneficiarios del sistema, configura un verdadero derecho subjetivo ubicado dentro de los derechos patrimoniales, que se traduce en la facultad de exigir la inalienabilidad e inejecutabilidad del bien frente a quien intente desconocerlo –incluso contra el mismo propietario–; a oponerse a una indebida desafectación pretendida por quien no sea el dueño, y a reclamar, en fin, en cualquier tiempo, el cumplimiento de las prerrogativas que derivan de su constitución⁽⁷⁹²⁾.

(791) PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex F. Ob. cit., p. 156 y ss.

(792) CADOCHE, Sara Noemí. Ob. cit., p. 470.

Como el bien de familia, por definición, se afecta a las necesidades del sustento y de la vivienda de la familia, el constituyente debe determinar los beneficiarios, justificando la existencia y composición de su familia⁽⁷⁹³⁾.

Zannoni nos explica que existiendo cónyuge, descendientes y ascendientes del constituyente, este puede designar beneficiarios a todos ellos, o solo a su cónyuge y a los descendientes, etcétera. Se considera que es el propietario quien valorará las circunstancias que lo inducen a designar a uno u otro beneficiario, y es preferible reconocerle la mayor amplitud de posibilidades, dentro del marco legal, ya que de otro modo podría optar por no afectar el inmueble, privando así de tutela al grupo familiar, si se viera compelido a designar beneficiario a quien no desea incluir como tal⁽⁷⁹⁴⁾. Los parientes colaterales solo pueden ser designados en defecto de cónyuge, descendientes o ascendientes del titular; de modo que no será posible incluirlos como beneficiarios si el constituyente tiene familia integrada por aquellos⁽⁷⁹⁵⁾.

Para Alvis Injoque “Los beneficiarios del patrimonio familiar no pueden ser sino los miembros de la familia del constituyente, sea este soltero o casado. Tratándose de constituyente soltero y sin hijos puede beneficiar a sus padres, otros descendientes e inclusive hermanos”⁽⁷⁹⁶⁾.

Al afectar el inmueble al régimen de bien de familia, el propietario debe asignar el o los beneficiarios de tal afectación. La convivencia de los beneficiarios con el propietario no es un requisito legal, salvo para designar beneficiarios a los parientes colaterales; en este caso es necesario que ellos convivan con el propietario a la época de la afectación⁽⁷⁹⁷⁾.

Podrá el propietario incluir nuevos beneficiarios con posterioridad a la constitución de bien de familia siempre que se trate de los parientes que menciona la norma, ya que no hay norma que lo prohíba, y esto puede ser útil a parientes que no fueron tenidos en cuenta al momento de la afectación o que aún no han nacido⁽⁷⁹⁸⁾.

Bajo de denominación de hogar de familia, el Código Civil de 1936 refería que el constituyente fijaba a los beneficiarios, pero esta facultad no era irrestricta, sino que estaba limitada a los parientes hasta el tercer grado, entendiéndose como tales el parentesco colateral que comprende a los tíos y sobrinos, mas no al parentesco en línea recta que como sabemos es ilimitado. El código se ponía en el caso de que el constituyente no se hubiera pronunciado sobre este punto; en este caso,

(793) ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 600.

(794) *Ibidem*, p. 603.

(795) *Ibidem*, p. 610.

(796) ALVIS INJOQUE, Sharon. “Beneficiarios del patrimonio familiar”. En: *Código Civil comentado*. Tomo 3, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 211.

(797) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 275.

(798) *Ibidem*, p. 280.

por propia disposición del cuerpo legal, los beneficiarios eran el constituyente, su cónyuge, sus descendientes menores e incapaces y sus ascendientes y hermanos que se encontraban en estado de reclamar alimentos, elementos de juicio usados en la legislación mexicana, que combina dos criterios para señalar a los beneficiarios: la relación parental y la alimentaria.

El Código Civil de 1984, en el artículo 495, utilizando un término excluyente, refiere que: “Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar solo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente”. Ahora bien, al utilizarse el término estado de necesidad que, como sabemos, alude a la insuficiencia y carencia de recursos de una persona para entender a sus necesidades, está refiriéndose al derecho alimentario. No se ha contemplado la posibilidad de que personas sin vínculo de parentesco con el constituyente, pero que vivan con él o dependan de él, puedan gozar de este derecho; incluso no les alcanza el beneficio a los parientes colaterales del tercero y cuarto grado del propio constituyente.

Respecto de la exclusión de beneficiarios, Bossert y Zannoni establecen que: “(...) el propietario podrá solicitar, ante la autoridad de aplicación, que se excluya a algún beneficiario en razón de causas graves. Puede tratarse de su conducta desarreglada o inmoral, o gravemente injuriosa hacia el propietario o a los restantes miembros del grupo familiar, que justifiquen dicha exclusión”⁽⁷⁹⁹⁾.

7. Objeto

El objeto del patrimonio familiar está referido al bien inmueble que pueden ser constituidos como tal. Pueden ser afectados como patrimonio familiar, de acuerdo al artículo 489 del Código Civil:

- a) La casa-habitación de la familia.
- b) Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

Los bienes a afectarse deben:

- Corresponder al instituyente, ser de su propiedad.
- Su valor no debe exceder lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios. La protección de la sede del hogar solo tiene virtualidad cuando el inmueble afectado no supera un valor acorde con las necesidades del sustento y vivienda del grupo que la habita, y excedido ese punto, es viable la desafectación⁽⁸⁰⁰⁾.

(799) Ídem.

(800) La justicia comercial decidió desafectar un inmueble del régimen especial dispuesto por la Ley de Bien de Familia pues consideró que la propiedad era “excesiva para la satisfacción de las necesidades de

- No deben tener carga, limitación a situación que restrinja o limite su propiedad.

Constituido el patrimonio familiar nace la obligación legal de habitar la casa y explotar directamente el predio. No se puede realizar ningún acto jurídico que atente contra el cumplimiento de la obligación citada, es así que el Código señala que el patrimonio familiar es inalienable cuando no resulta posible enajenar por obstáculo natural o por prohibición convencional o legal.

Patrimonio Familiar	Elementos
	I. Personal–Sujetos
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Constituyentes 2. Beneficiarios
II. Material–Objeto	
<ol style="list-style-type: none"> 1. La casa habitación de la familia 2. Predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio 	

XII. ADMINISTRACIÓN

La administración del patrimonio familiar es la acción encaminada a cuidar de los bienes y buscar su aplicación más conveniente para asegurar la normal productividad del bien y, de esta manera, proveer la habitación y el sustento de la familia.

La administración del patrimonio familiar está regulado en el artículo 497 del Código Civil. De acuerdo al citado dispositivo: “*La administración del patrimonio familiar corresponde al constituyente o a la persona que este designe*”. Esta norma carece de antecedente en el Código Civil de 1936.

Lo común es que la administración del patrimonio familiar quede en manos de la persona que lo constituyó o en la persona que este designe.

El administrador del patrimonio debe cuidar del bien y buscar que sirva para el propósito constituido, servir de sustento y/o vivienda de sus beneficiarios. El administrador podrá ser sustituido en caso de fallecimiento, muestre descuido en proveer con los frutos de los bienes de familia a los intereses de los beneficiados. También el cónyuge del constituyente tiene derecho a que la administración pase a otro administrador. En el caso falten ambos cónyuges será el juez quien designará al nuevo administrador.

vivienda de la familia” y porque estaba “en una zona privilegiada de la Ciudad de Buenos Aires”. Vide “La calificaron de *suntuosa*. La casa grande y cara excede al régimen especial de Bien de Familia”, en <www.diariojudicial.com.ar> (03/03/2002).

En lo que se refiere a la persona que el constituyente designe para la administración del bien sobre el cual recae el patrimonio familiar, cabe precisar que en este caso se presentan la figura de la representación.

Otro aspecto a considerar es el hecho de que durante la vigencia del patrimonio familiar pueden presentarse las siguientes situaciones:

- a) Si el cónyuge no está en condiciones de atender convenientemente la administración en los casos del artículo 294 del Código Civil.

El primer inciso contempla el caso de la interdicción; es así que la administración de los bienes, propios o sociales, del cónyuge interdicto recaerá sobre el otro cónyuge.

También se considera el caso de la desaparición de uno de los cónyuges, lo que nos pondría frente a una curatela interina de los bienes del cónyuge desaparecido.

No podríamos contemplar dentro de la administración del bien sobre el cual se constituyó patrimonio familiar aquellos bienes del cónyuge declarado judicialmente ausente, por cuanto esta ocasiona el fenecimiento de la sociedad de gananciales y el establecimiento de la separación de patrimonios (art. 318, inc. 4 del Código Civil).

- b) Si se descuida proveer con los frutos de sus bienes a los intereses de la familia, en este caso el otro cónyuge puede pedir que el patrimonio familiar constituido pase a la administración del otro, conforme al artículo 305 del Código Civil.
- c) Por mala gestión en la administración.

Por otro lado, disuelto el matrimonio sea por divorcio o muerte de uno de los cónyuges, se presentan los siguientes casos:

- a) Si el cónyuge supérstite o cuyo matrimonio ha sido disuelto por divorcio o haya sido invalidado, siendo beneficiario y propietario al mismo tiempo del bien, continuará en la administración.
- b) Si el cónyuge no es el propietario del bien, la administración recaerá en la persona que designó el constituyente para que administre dicho patrimonio.
- c) Si faltan ambos cónyuges y no se ha hecho designación alguna por el constituyente o por el cónyuge supérstite, la administración corresponde al hijo mayor.
- d) En cualquier otro caso, el juez designará al administrador.

La institución del patrimonio familiar busca proteger al grupo familiar, asegurándole el uso y disfrute del bien destinado a morada, o el bien que sirve como

fuente de ingreso familiar, por lo que el constituyente o la persona que este designe no podrá enajenar ni gravar dicho bien aun cuando este sea el propietario.

XIII. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio familiar o bien de familia responde a unos principios dentro de los cuales encontramos a los siguientes:

8. Principio de preservación

El patrimonio familiar, como institución, fue creado para preservar la vivienda de la familia frente a posibles deudas que pudiese contraer el jefe de familia y que pusiera en peligro el hogar que sirve de vivienda o de fuente de sustento.

La finalidad de este principio es que el bien constituido sirva a la familia de vivienda, así como para el sostenimiento y crianza de los hijos o que sea una fuente de recursos para asegurar la subsistencia de la familia y la proteja del desamparo. Para esto es necesario que el patrimonio familiar se mantenga indiviso durante la vida del constituyente y mientras subsista la situación de necesidad de las personas a favor de las cuales se ha instituido.

Respecto a la función social que cumple esta institución, Cornejo Chávez señala que: “(...) fija a las personas en determinado lugar y vincula al trabajador con la sede de su labor (...) contrarresta el fenómeno del éxodo del campo hacia la ciudad y de los nacionales hacia el exterior; evita o frena la tendencia hacia la atomización de la propiedad; (...) consolida al núcleo familiar (...)”⁽⁸⁰¹⁾.

Sobre el particular, encontramos la presente resolución judicial: “El patrimonio familiar reconocido en nuestro Código Civil, tiene como finalidad excluir del comercio de los hombres un bien determinado, de tal manera que no puede ser enajenado ni gravado, siguiendo sus antecedentes históricos del *homestead* sajón y del hogar de familia en el Código de 1936, y se sustenta, entre otras doctrinas, en la de *Rerum Novarum* de León XIII que reconoce especial importancia a la propiedad familiar de la vivienda y de la tierra”⁽⁸⁰²⁾.

9. Principio de dignidad

El principio de la dignidad humana está basado en la premisa que “Todo ser humano ha sido creado con iguales derechos y esos derechos son inalienables.

Este principio comprende los derechos a la vida, a la libertad y la búsqueda del bienestar espiritual y material del ser humano quien es de un orden superior

(801) ALVIS INJOQUE, Sharon, “Beneficiarios del patrimonio familiar”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003, p. 290.

(802) *El Código Civil en su Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007, p. 227.

con respecto al de los demás seres del cosmos. Y a ese valor lo denominamos “dignidad humana”.

Aplicado a la institución del patrimonio familiar podemos concluir que este se hace presente como un respeto a la familia en general y a sus integrantes en particular, teniendo en cuenta lo que esta representa para la sociedad, por lo que merece una protección social, económica y jurídica especial.

Este instituto jurídico tiende a la pública protección de la situación material y moral de la familia. Impide, en cierta medida, que terceros o sus propios integrantes atenten contra ella y, en especial, contra lo necesario para el sustento y bienestar de sus integrantes.

10. Principio de protección a la familia

El patrimonio familiar está orientado a brindar a la familia en casos de estado de necesidad a través de la asignación de un bien suficiente que le permita vivir o trabajar apropiadamente a sus integrantes. Se inspira en la necesidad de proteger a la familia, brindar la seguridad jurídica a los beneficiarios, garantizándoles que contarán con un bien que les permita asegurar su supervivencia, el cual no podrá ser afectado por terceros. A criterio de Lôbo⁽⁸⁰³⁾, en el conflicto entre la seguridad jurídica, producto de la garantía y el crédito, fruto de la evolución de las sociedades, de naturaleza obligacional, y el derecho a la morada, de naturaleza existencial, el derecho optó por el segundo creando una sólida institución familiar.

Precisa Zannoni que el interés familiar protege la constitución del bien de familia. De un lado, realiza una finalidad de orden económico pues permite la conservación del inmueble en el patrimonio del titular, y por otro lado una finalidad de orden social pues permite que la familia habite bajo un mismo techo. Por eso, una vez constituido el inmueble en bien de familia, su régimen es de orden público, y, por ende, los beneficiarios no pueden renunciar válidamente a sus efectos⁽⁸⁰⁴⁾.

11. Principio de necesidad

Constituye un principio fundamental al proteger las necesidades primarias de la familia, esto es vivienda, amparando de esta manera a los miembros de la familia de las necesidades primarias y protegiéndolas ante un eventual desamparo que pudiera producirse tanto a los menores como a los mayores de edad que requieren trabajar para sustentar a los primeros, ambos en su calidad de miembros integrantes de la familia.

El patrimonio familiar recae solo sobre lo prioritario para la familia, esto es vivienda familiar u otra actividad agrícola, industrial entre otros, lo que les permitirá

(803) LÔBO, Paulo: *Familias (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 369.

(804) ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 558 y ss.

su uso y disfrute del bien solo a favor de los miembros integrantes de la familia de una manera regulada.

Al referirse nuestro Código Civil a “estado de necesidad”, debe entenderse a aquella situación de dependencia económica en que se encuentran respecto al solicitante; es decir, que los padres y otros descendientes carezcan de medios económicos para poder hacer frente a su subsistencia.

12. Principio de solidaridad

Es un principio que deriva de la dignidad del ser humano.

Al tener la institución del patrimonio familiar como sujetos beneficiarios a los familiares del constituyente en estado de incapacidad o de necesidad, se advierte que la afectación de un bien se realiza por el instituyente con la intención de proteger a favor de quienes están en desamparo. La solidaridad debe entenderse como la voluntad de una persona que está dispuesta a afectar un bien que no excede de lo necesario para la morada, con la finalidad de garantizar la seguridad y protección de otra persona (beneficiario).

Patrimonio Familiar	Principios que la inspiran
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Principio de preservación 2. Principio de dignidad 3. Principio de protección a la familia 4. Principio de necesidad 5. Principio de solidaridad

XIV. COMPETENCIA

Nuestro sistema legal sigue un sistema muy restringido para la constitución del patrimonio familiar, tal como lo señala el artículo 496 del Código tomando en cuenta los requisitos para su constitución. En inicio se trató de un sistema judicial.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 inciso 3 de la Ley N° 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos) los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o al notario para tramitar su constitución. Así pasamos a tener dos sistemas, el judicial y el notarial. Si es judicial, se presenta como un sistema mixto en el que debe formalizarse la minuta de patrimonio familiar la que será ratificada por el juez, mientras que si es notarial, basta que el trámite se inicie y concluya frente al notario. En algunos países opera el sistema de pleno derecho, *i.e.* se constituye el régimen por disposición de la ley (algunos estados de Norte América, y en Argentina, Córdoba y Santiago del Estero)⁽⁸⁰⁵⁾.

(805) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., pp. 530 y 531.

Bossert y Zannoni precisan que constitución e inscripción no son conceptos idénticos: si la constitución del bien de familia se realiza como generalmente se hace, en el mismo Registro de la Propiedad Inmueble, en un solo acto se cumple con la constitución y la inscripción en el Registro. Pero también la constitución puede ser hecha por escritura pública caso en el cual, la inscripción en el Registro se practicará posteriormente. Además, en algunas provincias, la constitución puede hacerse por acta judicial; también en este caso deberá hacerse posteriormente la inscripción en el registro respectivo⁽⁸⁰⁶⁾.

En tal sentido, tenemos en el ordenamiento jurídico peruano dos vías para la constitución del patrimonio familiar: la vía judicial y la vía notarial.

13. Vía judicial

Son competentes para conocer el proceso no contencioso de constitución del patrimonio familiar los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, de conformidad con los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil. La competencia de los Juzgados de Paz es exclusiva si la solicitud de constitución de patrimonio familiar contiene una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal; caso contrario la conocerá el Juez Civil. En el proceso no contencioso de constitución de patrimonio familiar es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo fomenta o en cuyo interés se promueve.

En los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.

13.1. Trámite

En el caso de la constitución judicial del patrimonio familiar su tramitación es la siguiente:

Se presentará una solicitud ante el órgano jurisdiccional que corresponda. Luego de calificarla podrá admitirla o declararla inadmisibile o improcedente (arts. 551, primer párrafo, y 752 del Código Procesal Civil). Si es declarada inadmisibile se concederá al solicitante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnabile (arts. 551, segundo párrafo, y 752 del Código Procesal Civil).

Si el Juez declara improcedente la solicitud ordenará la devolución de los anexos presentados (arts. 551, último párrafo, y 752 del Código Procesal Civil). Si admite la solicitud, fijará el fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que deberá realizarse dentro de los quince días siguientes, salvo lo dispuesto en el artículo 758 del Código Procesal Civil, referido a las causas especiales de emplazamiento (art. 754, primer párrafo del Código Procesal Civil).

(806) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 279.

El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisorio, anexando los medios probatorios que estime pertinentes, los que se realizarán en la audiencia de actuación y declaración judicial (art. 753 del Código Procesal Civil). Esta audiencia, conforme lo ordena el artículo 760 del Código adjetivo, se regula, supletoriamente por lo dispuesto en el citado cuerpo de leyes para las audiencias conciliatoria (arts. 468 al 472 y arts. 323 al 329 del Código Procesal Civil) y de prueba (arts. 202 al 211 del Código Procesal Civil).

De haber contradicción, el juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia (art. 754, segundo párrafo del Código Procesal Civil), si no hubiera contradicción, el juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud (art. 754, tercer párrafo del Código Procesal Civil).

Concluido el trámite, ordenará la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado, o expedirá la resolución que corresponda, si es el caso, siendo esta inimpugnable (art. 754, parte final del Código Procesal Civil). Las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda (art. 762 del Código Procesal Civil). La resolución que resuelve la contradicción es apelable solo durante la audiencia. La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declare infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida (siendo aquí aplicable el trámite señalado en el artículo 369 del Código Procesal Civil, que norma lo concerniente a la apelación diferida: artículo 757 del Código Procesal Civil). Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada (art. 755, primer párrafo del Código Procesal Civil).

La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo (art. 755, parte final del Código Procesal Civil). Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido.

En todo lo demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Civil (que trata acerca del plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo). Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final (art. 756 del Código Procesal Civil).

Según el artículo 749 del Código Procesal Civil, el trámite a seguir es el proceso no contencioso. Este cuerpo legal trata sobre la constitución del patrimonio familiar en los artículos que van desde el 795 al 801, y que podríamos resumir en lo siguiente: el constituyente deberá solicitar al Juez la constitución del patrimonio

familiar, individualizado el predio que propone afectar, acompañando documentos que acrediten que el bien se encuentra libre de cargas gravámenes. Deberá precisar los beneficiarios indicando el vínculo familiar que une a ellos con el constituyente. A la solicitud se acompaña la minuta de constitución. Un extracto de esta solicitud se publicará por dos días interdiarios, para el conocimiento de terceros que pudieran verse afectados. En el caso de no deducirse oposición, o desestimada esta, el juez aprobará la solicitud de constitución con la opinión del fiscal provincial. Luego, la misma se eleva a escritura pública y posteriormente se inscribe en el Registro de la propiedad. Debemos anotar que la inscripción registral es indispensable porque constituye un acto constitutivo. Si no hay inscripción consideramos que no se ha constituido el patrimonio familiar⁽⁸⁰⁷⁾.

14. Vía notarial

Trámite del proceso no contencioso del patrimonio familiar.

Es requisito indispensable para el trámite notarial el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, debe suspenderse inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad.

El fundamento es que el notario no tiene facultad jurisdiccional.

Teniendo en cuenta que el patrimonio familiar es un acto constitutivo de derecho debe inscribirse. La inscripción se efectuará en el Registro de la Propiedad Inmueble o en el Registro Predial Urbano, para ello el notario cursará el respectivo parte notarial.

En este caso, el registrador efectuará una calificación legal del título.

La Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, refiere en su artículo primero que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda, entre otros asuntos, la constitución del patrimonio familiar. En efecto, en el artículo IV de esta ley, los artículos que van del 24 al 28 establecen el trámite a seguir para la constitución del patrimonio familiar, y que en síntesis podemos decir que son: la minuta con la declaración expresa de no tener deudas pendientes, acompañando las partidas que acrediten el vínculo del constituyente con los beneficiarios, el certificado de gravámenes del predio. El notario ordena la publicación de un extracto de esta solicitud, y si transcurridos diez días desde la última publicación no hay oposición, extiende la escritura pública y cursará los partes pertinentes al registro de la propiedad inmueble. Una nota importante que resaltar para optar por esta vía notarial es que el constituyente no deba tener ninguna deuda pendiente,

(807) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. 1ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2008, pp. 483-485.

mientras que en el trámite judicial la exigencia está referida a que no se tenga deudas que se vean perjudicadas con la constitución del patrimonio familiar; en consecuencia se trata de dos situaciones diferentes. Si no se demuestra al notario que no se tiene deudas o al publicarse la solicitud de constitución existe oposición, termina en forma inmediata la participación del notario que deberá de abstenerse de seguir conociendo tal constitución⁽⁸⁰⁸⁾.

15. Aspectos procesales

15.1. Intervención del Ministerio Público en el proceso de constitución del patrimonio familiar

Conforme a los artículos 759 y 798 del CPC, el Ministerio Público será notificado con las resoluciones que se expidan a fin de velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia. Además, el último párrafo del artículo 496 del Código Civil preceptúa que en los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.

15.2. Prueba de la ausencia de deudas

Para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución (art. 494). Quien se vería afectado serían los acreedores, puesto que al momento del cobro no podría dirigirse contra el bien.

Para los fines que la constitución del patrimonio familiar sea válido no deben existir deudas que se vean afectadas por la constitución. Cabe precisar que no importa si las deudas figuran registradas en la ficha registral del inmueble.

Una modalidad probatoria del requisito de no tener deudas es la presentación del certificado negativo de gravámenes del predio a ser afectado, expedido por la Oficina del Registro de la Propiedad Inmueble respectivo. Vale decir, las deudas que en primera instancia no se verán perjudicadas serán las provenientes de hipoteca, anticresis y embargos anotados; es decir, las que tengan acceso al Registro y aparezcan en la ficha registral del predio.

15.3. Notificación por edictos

En la solicitud se pedirá la publicación de un extracto de esta por dos días interdiarios en el diario de los avisos judiciales (art. 797 del CPC) con el fin de que cualquier interesado pueda oponerse. La constancia de esta notificación se acompañará a la audiencia.

(808) Ídem.

Mismo trámite es aplicable también para la modificación y extinción del patrimonio familiar (art. 800 del CPC).

XV. REQUISITOS

Los requisitos para constituir patrimonio familiar están referidos tanto a la forma como se manifiesta la declaración de voluntad del constituyente, como también a los requisitos procedimentales para su constitución.

En el derecho comparado surgen diferentes sistemas sobre la forma que adopta la constitución de patrimonio familiar. Es así que tenemos:

- a) El sistema libre; según el cual, no se exige el cumplimiento de formas rigurosas para la constitución del hogar de familia, bastando en muchos casos que la familia ocupe una casa y en otros se hace indispensable la publicidad y notificación para oponer derechos frente a terceros. Este es el sistema que se sigue en los Estados Unidos de Norteamérica. Y que puede variar de un estado a otro.

Hay que tener en consideración que el origen contemporáneo del patrimonio familiar se encuentra en las leyes federales de Estados Unidos y que a partir del ejemplo norteamericano de patrimonio familiar, llamado *homestead*, se ha incorporado en las diversas legislaciones.

- b) El sistema restringido; que pide una forma determinada de constituir el patrimonio de familia, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades que varían de una legislación a otra.
- c) El sistema aún más restringido; que exige escritura pública, inscripción registral y publicidad como ocurre en la legislación peruana.

Respecto de los requisitos que de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano se necesita para constituir patrimonio familiar, de acuerdo con el artículo 496 del Código Civil, para dicha constitución se requiere lo siguiente:

1. Formalizar solicitud ante el juez o notario.
 - a) Precisar su nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio;
 - b) Individualizar el predio que propone afectar;
 - c) Aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; y,
 - d) Señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos;
2. Acompañar a la solicitud la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide:

3. Publicar un extracto de la solicitud por dos días interdiarios en el periódico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere
4. Aprobación por el juez o notario.
5. Elevación de la minuta a escritura pública.
6. Inscripción en el registro respectivo.

En los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.

El Código Procesal Civil, respecto de los requisitos de la solicitud de constitución de patrimonio familiar, señala en su artículo 796 que, además de lo previsto en el artículo 751, se acompañará e indicará en la solicitud:

1. Certificado de gravamen del predio a ser afectado;
2. Minuta de constitución del patrimonio familiar;
3. Documentos públicos que acrediten la relación familiar invocada;
4. Los datos que permitan individualizar el predio; y
5. Los nombres de los beneficiarios y el vínculo que los une con el solicitante.

XVI. MODIFICACIÓN

El artículo 501 del Código Civil peruano permite la modificación del patrimonio familiar de acuerdo a las circunstancias que se presenten para lo cual deberá observarse el mismo procedimiento que para su constitución, básicamente podemos referenciar el caso de los beneficiarios, en el sentido de que puede quitarse algunos y/o colocarse otros, para lo cual deberá realizarse el correspondiente trámite de modificación.

Al respecto, el artículo 800 del Código Procesal Civil prescribe que la modificación y extinción del patrimonio familiar se solicitará ante el juez que lo constituyó, quien, previa opinión del Fiscal, la declarará, procediéndose, luego, a su inscripción en los Registros Públicos. Para la modificación del patrimonio familiar se sigue el mismo procedimiento que el señalado para su constitución. Este procedimiento podrá llevarse a cabo a nivel judicial o notarial. Si la constitución del patrimonio familiar se efectuó a través del trámite judicial ello no es óbice para que su modificación pueda ser hecha a nivel notarial⁽⁸⁰⁹⁾.

(809) ALVIS INJOQUE, Sharon. Ob. cit., p. 334.

XVII. EXTINCIÓN

En el código derogado, el hogar de familia podía disolverse por voluntad del que lo constituía, pero existían casos en los cuales se posibilitaba poner fin a este instituto ya por revocación de su constitución y por muerte del jefe de familia, salvo que este hubiese determinado que pasen a sus herederos.

Pero ahora, el actual Código Civil con mejor criterio señala los casos en los cuales termina o se extingue el patrimonio familiar. En efecto, el patrimonio familiar se extingue, de acuerdo con el artículo 499 del Código Civil:

- a) Cuando todos los beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498 del Código Civil. Tratándose de cónyuges, por divorcio, invalidación y muerte; los hijos y los hermanos menores o incapaces cuando llegan a la mayoría de edad, desaparece la incapacidad o fallecen; los padres y otros ascendientes cuando desaparece el estado de necesidad o mueran.
- b) Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios, dejan de habitar la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo.
- c) Cuando a pedido de los beneficiarios el juez lo declara extinguido, habiendo necesidad de ello o mediando causa grave. Este supuesto permite que los mismos beneficiarios puedan solicitar la extinción del patrimonio familiar siempre y cuando acrediten una causa grave; este trámite deberá llevarse a cabo a nivel judicial a fin de que con la facultad discrecional que posee pueda comprobar la “causa grave” invocada.
- d) Cuando fuere expropiado el inmueble sobre el que se constituye el patrimonio familiar. En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir nuevo patrimonio familiar. Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses que se constituya el nuevo patrimonio familiar. Si al término del año mencionado no se hubiera constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados. Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genere una indemnización.

Como regla general podemos señalar que el patrimonio familiar solo extingue cuando no hay beneficiarios. Muerto el constituyente, el patrimonio permanece y los beneficiarios continúan en tal calidad, suspendiéndose los derechos a la partición del bien entre los herederos.

La resolución judicial y/o el acta notarial que aprueba la extinción será elevada a escritura pública e inscrita en el Registro Público que corresponda.

El momento de extinción del patrimonio familiar debe coincidir con aquel en el cual ha cumplido el objeto para el cual fue constituido, cuando hayan desaparecido las exigencias necesarias para su constitución o cuando se presenten circunstancias que hagan imposible su supervivencia.

Benjamín Aguilar señala respecto de la legislación comparada que “El Código italiano menciona que el hogar de familia se mantiene hasta el cumplimiento de la mayoría de edad del menor de los hijos, sin embargo, la autoridad judicial puede disponer la disolución parcial cuando concurren razones de utilidad para que los hijos mayores de edad adquieran la parte que pertenece al resto sobre la cuota legítima. En Suiza el asilo de familia subsiste hasta el fallecimiento del propietario, salvo que sea transferido a los herederos por disposición de su voluntad (...)”⁽⁸¹⁰⁾. Cornejo Chávez hace, también, un interesante recorrido por la legislación comparada⁽⁸¹¹⁾.

Como puede apreciarse en nuestro ordenamiento el patrimonio familiar se mantendrá hasta que el último de los beneficiarios, en el caso de los menores de edad, obtenga la mayoría de edad o haya desaparecido cualquier otra incapacidad y, aun muerto el constituyente el patrimonio familiar sobrevive a él, y los beneficiarios de este continúan siéndolo, suspendiéndose los derechos a la partición del bien de familia entre los beneficiarios que lo sucedan y, que son, además, por mandato legal, beneficiarios del patrimonio familiar.

Patrimonio Familiar	Causales de extinción
	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando todos sus beneficiarios dejan de serlo 2. Sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo 3. El juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido 4. Cuando el inmueble sobre el cual recae fue expropiado

XVIII. DECLARACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA EXTINCIÓN

Si uno de los beneficiarios pierde tal condición, el patrimonio familiar se extinguirá respecto de él, no de los demás beneficiarios.

El patrimonio solo se extinguirá cuando el último beneficiario deje de serlo.

Para su extinción debe seguirse los mismos pasos que para su constitución. No existe ninguna prohibición para que la extinción de un patrimonio familiar constituido judicialmente pueda seguirse notarialmente o viceversa.

(810) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*. Reimpresión 2009, Ob. cit., p. 495.

(811) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., pp. 319-320.

Asimismo, el artículo 500 del Código Civil establece que: “*La extinción del patrimonio familiar debe ser declarada por el juez y se inscribe en los registros públicos*”.

La extinción del patrimonio familiar deberá ser declarada por el juez y luego se inscribirá en los registros correspondientes y, tal como se tiene manifestando que este instituto puede ser modificado según las circunstancias, observando el mismo procedimiento para su constitución⁽⁸¹²⁾.

En general, se puede sostener que la figura llegará a su término cuando haya cumplido íntegramente su constitución, cuando han desaparecido los requisitos y exigencias en que se sustentaba o sobrevienen hechos o se producen actos ajenos, respecto a esto el Código Civil puntualiza los casos en que termina el patrimonio familiar, la extinción puntualiza en el artículo 500, que debe ser inscrita en el Registro Público, y el artículo 501 permite que el patrimonio se modifique al variar las circunstancias del constituyente⁽⁸¹³⁾.

Así pues, la extinción del patrimonio familiar no opera de pleno derecho con la sola acreditación de las causales para su extinción contempladas en el artículo 499 del Código Civil, sino que debe ser solicitada, declarada –por el juez o el notario– e inscrita.

XIX. CESE DE LA CALIDAD DE BENEFICIARIOS

Las circunstancias por las cuales los beneficiarios del patrimonio familiar cesan, en tal condición, están señalados en el artículo 498 del Código Civil y son:

1. Los cónyuges cuando dejan de serlo o mueren;
2. Los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad;
3. Los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad.

Cese de la calidad de beneficiarios
1. Cuando los cónyuges dejan de serlo o mueren.
2. Cuando los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces mueren.
3. Cuando los padres y otros ascendientes mueren.

(812) *Ibidem*, p. 112.

(813) ARIAS SHREIBER PEZET, Max y ARIAS SHREIBER MONTERO, Ángela. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo IX, 1ª edición, Derecho de familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 112.

XX.DESAFECTACIÓN

La desafectación implica que se libere el bien, que quede sin carga.

El bien afectado readquiere la calidad de transferible, embargable siendo el instituyente, con la anuencia de las personas a favor de quienes se instituyó, los beneficiarios, previos los trámites que señala la ley, quien realiza este acto jurídico familiar cumpliendo con la misma forma con la que se constituyó.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*. 1ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2008.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Editorial San Marcos, Segunda reimpresión, Lima, 2009.
- ALVIS INJOQUE, Sharon. “Beneficiarios del patrimonio familiar”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- ARIAS SHREIBER PEZET, Max y ARIAS SHREIBER MONTERO, Ángela. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo IX, 1ª edición, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- BORDA A, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil. Familia I*. 9ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires.
- CADOICHE, Sara Noemí. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal y Culzoni S.C.C., Santa Fe, 1982.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- DE ALMEIDA SÁNCHEZ, Ana Sofía. “El patrimonio familiar - Breve análisis”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2009.
- *El Código Civil en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007.
- FACHÍN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimonio mínimo*. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de familia en la legislación comparada*. Editorial Hispano-Americana, México, 1947.

- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos no contenciosos*. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2001.
- LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Patrimonio Familiar". En: *Código Civil Comentado*. Tomo III, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003.
- ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho Civil, los Derechos Reales*. Lima 1947. MAZZINGHI, A. *Tratado de derecho de familia: Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio*. Tomo 2, 4ª edición actualizada y ampliada. La ley, Buenos Aires, 2006.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- GUASTAVINO. *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*. Tomo I y Tomo II, p. 92.
- TEDESCHI, Guido. *El régimen patrimonial de la familia*. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo I, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989.

**CAPÍTULO
OCTAVO**

TUTELA

CAPÍTULO OCTAVO

TUTELA^(*)

I. Generalidades y antecedentes. **II.** Etimología. **III.** Noción. **IV.** Definición. **V.** Finalidad. **VI.** Naturaleza jurídica. **VII.** Características. **1.** Supletoria. **1.1.** Tutela y patria potestad. **2.** Personalísima e intransferible. **3.** Obligatoria y temporal. **4.** Representativa. **5.** Remunerada. **6.** Unipersonal. **7.** Institución de amparo familiar y protección de los incapaces. **8.** Institución de interés social. **VIII.** Sujetos. **9.** Pupilo. **9.1.** Deberes. **9.2.** Derechos. **10.** Tutor. **10.1.** Deberes, atribuciones y obligaciones del tutor. **10.1.1.** Deberes. **10.1.2.** Atribuciones. **10.1.3.** Obligaciones. **10.2.** Prohibiciones absolutas. **10.3.** Prohibiciones relativas. **10.4.** Excepciones a la prohibición. **10.5.** Actos no permitidos al tutor. **10.6.** Tutor de tratamiento. **10.7.** Curador-Tutor. **10.8.** Protutor. **10.9.** Tutor ad hoc. **11.** Juez. **12.** Ministerio Público. **IX.** Tipos de tutela. **13.** Tutela testamentaria o escrituraria. **13.1.** Quienes pueden nombrar. **13.1.1.** Padres. **13.1.2.** Abuelos. **13.1.3.** Cualquier otra persona en su calidad de testador. **14.** Tutela legítima. **15.** Tutela dativa. **15.1.** Por medio del consejo de familia. **15.2.** Estrictamente judicial. **16.** Tutela estatal. **X.** Nombramiento. **17.** Definición. **18.** Formas. **19.** Orden de prelación para el nombramiento del tutor. **19.1.** Los padres. **19.2.** El abuelo o abuela. **19.3.** El testador. **19.4.** El consejo de familia. **19.5.** El juez. **XI.** Discernimiento del cargo. **20.** Definición. **21.** Convalidación. **22.** Diligencias previas. **23.** Rol del juez en el discernimiento del cargo. **23.1.** Competencia. **23.2.** Marco jurídico. **23.3.** Actuación del fiscal. **23.4.** Vía procedimental. **23.5.** Medidas cautelares. **24.** Discernimiento formal del cargo y la inscripción en registros. **XII.** Condiciones para la asunción de la tutela. **XIII.** Impedimentos para ejercer la tutela. **25.** Clasificación de los impedimentos. **25.1.** Impedimentos naturales. **25.2.** Impedimentos accidentales. **25.3.** Impedimentos legales. **26.** Impedimentos según el Código. **XIV.** Impugnación del tutor impedido. **XV.** Excusas del cargo de tutor. **XVI.** Rendición de cuentas, fenecimiento de la tutela, extinción del cargo. **27.** Rendición de cuentas. **28.** Fenecimiento. **28.1.** Extinción. **28.2.** Cese. **28.3.** Exoneración. **28.4.** Impugnación.

I. GENERALIDADES Y ANTECEDENTES

Pontes de Miranda⁽⁸¹⁴⁾ precisa que el protector natural es el padre o la madre o, por asimilación el padre adoptivo; a falta de ellos puede conferirse el encargo a los parientes o a un extraño, a quien se le llama tutor.

La tutela se remonta al Derecho Romano Primitivo. Para entender su naturaleza debe tenerse en cuenta la organización de la familia romana, fundada en la autoridad del *pater familias*. Esta autoridad, ejercida en razón de la *patria potestas* sobre los *alieni iuris*, importaba la *auctoritas* sobre los hijos y descendientes

(*) Agradezco a las abogadas Liuben Celi Silva y Sandra Portocarrero la revisión y corrección del presente Capítulo.

(814) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1ª edición, Tomo IX: Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo. Bookseller, Campinas, 2000, p. 304.

e incluso, involucraba la *manus*, que sometía la esposa. La calidad de *sui iuris* no impedía que, tratándose de menores impúberes, se les designase tutor.

Fue entendida como una institución de protección personal y de gestión patrimonial (*auctorias et gestio*) de los bienes de menores, impúberes y de mujeres, cualquiera fuese su edad. El primitivo tutor ejercía el cargo en interés propio, para defender el patrimonio del pupilo del cual era heredero presunto, luego fue cambiando y adquiriendo el carácter actual: ser un cargo.

En el Derecho Medieval, la falta de precisión en el significado y alcances de la tutela, implicó su confusión con la curatela, particularmente en el Derecho Francés. La expresión *tuteur et curateur n'est qu'un* reflejaba este desconcierto total obedeciendo, sin duda, a lo incierto que resultaba el origen de estas, de una y otra, y a la evolución en el curso de los tiempos.

En el Derecho Moderno, el tutor no integra la personalidad del pupilo solo la sustituye y representa. Se llama tutor, al representante de menores impúberes y curador al de los mayores. Aparecen varios sistemas para la regulación de las guardadurías, siendo estos los siguientes:

- Sistema Latino.- La tutela se encarga a la familia (legislación italiana, francesa, española, portuguesa).
- Sistema Germano.- La concibe como una institución pública encargada a cuerpos administrativos o judiciales (legislación alemana, austriaca, sueca).
- Sistema Mixto.- Predomina lo familiar y la intervención de la autoridad judicial (legislación mejicana, chilena, argentina, peruana).

En el Derecho Contemporáneo, ciertos tratadistas y algunas legislaciones, consideran que la tutela y la curatela debieran refundirse en una sola figura, puesto que su separación constituye un resabio del antiguo Derecho Romano y Español que se justificaba porque una se dirigía más al cuidado de los bienes y la persona, mientras que en la otra sucedía lo contrario. Hoy, esta distinción es menos clara. Ambas figuras persiguen lo mismo, prestar amparo a quienes, por causas prede-terminadas, son inhábiles por lo que se tiende a su unificación, tendencia que siguen los códigos suizo, español y alemán y, en cierto modo, el de México.

Como dice Cornejo Chávez: “La tutela, como institución protectora, es una de las primeras figuras de esa institución y tiene su propia estructura”⁽⁸¹⁵⁾. Y es que la tutela aparece como una institución que pretende cumplir con labores sociales de cuidado de determinadas personas y bienes, además de la representación en todos

(815) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 1999, p. 670.

los actos de la vida civil de los hijos menores que no se encuentran sujetos a patria potestad (huérfanos, hospicianos, incluseros y expósitos).

El tutor llena el vacío dejado por el padre. Sus atributos y deberes son análogos, no iguales. La relación paterno-filial surge de la sangre. La que existe entre el tutor y pupilo se da por la voluntad o por la ley.

De la mano y al lado de la patria potestad y la curatela –típicas instituciones del Derecho familiar protectorio– busca suprimir la incapacidad a fin de llevar a cabo los actos de la vida civil. Cada instituto tiene su nota distintiva. La patria potestad es de ejercicio exclusivo de los progenitores; la curatela implica la protección de la persona mayor pero incapaz y la tutela se refiere a los menores sin patria potestad.

II. ETIMOLOGÍA

Del lat. *Tutēla*.

De forma precisa, Aurelia Vargas Valencia⁽⁸¹⁶⁾ señala que Justiniano, en *Las Institutas*, con ese afán a la explicación etimológica, dice “*Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur*” (Inst. 1,13,2), algo como ... Y son tutores los que tienen aquella fuerza y potestad precisamente a partir de la cual tomaron el nombre. Y así se llaman tutores como si fueran *tuitores* [de *tueor*, proteger; por lo tanto, protectores] y defensores, tal como son llamados *aeditui* [de *aedes*, templos y *tueor*, proteger; por lo tanto, protectores de templos] los que protegen los *aedes* [de *aedes* ... templos]. Justiniano pone énfasis en los términos *tutores* y *tuitores* (*tutor* es un vocablo que ya no existe en el español y es derivado del verbo *tueor*, proteger). No satisfecho con esa explicación, siguiendo el impulso etimológico, Justiniano agrega: “*sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur*”. (Inst. 1, 13,2). Los *aeditui*, como se dijo, son los que protegen los templos. La intención de Justiniano, con esta última explicación, es aclarar el origen de la palabra *aeditui* definiendo a los protectores de los templos, en su composición *aedes* y de *tueor*; este verbo da origen a *tuitores*, protectores, de donde se procede en español el término “tuitivo”.

El étimo nos lleva a identificar al tutor como un protector o defensor.

(816) VARGAS VALENCIA, Aurelia. “La etimología en las instituciones de Justiniano. Una característica del lenguaje introductorio al conocimiento del derecho”. En: *XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina, 15 a 17 de setiembre de 2004. <www.edictum.com.ar>, 24/03/2012. Así también en, VARGAS VALENCIA, Aurelia. *Aspectos lingüísticos de índole sistemática en las Instituciones de Justiniano*. Nova Tellus [en línea] 2009, vol. 27, <<http://redalyc.uaemex.mx>>, 24/03/2012>. ISSN 0185-3058.

III. NOCIÓN

El Código regula un sistema de amparo por el cual se encarga a la familia el cuidado de la persona y bienes de los menores, siendo los parientes quienes deben protegerlos. Dentro de la estructura de ese sistema, la patria potestad constituye la figura básica, a falta de ella entra a funcionar la tutela. Esta sustituye a aquella.

La tutela es una institución unitaria, subsidiaria y supletoria de la patria potestad. Se le puede denominar como *institución cuasi-familiar* al ser creada a modo y en sustitución de la familia nuclear, en su sentido estricto de relación paterno-filial.

Considera Borda⁽⁸¹⁷⁾ que es una institución de amparo que procura, dentro de lo humanamente posible, que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres. Según Washington de Barros Monteiro el poder familiar corresponde a los padres. Si no existe quien puede ejercerla, por fallecimiento o por que fueron impedidos o destituidos de la patria potestad o por ausencia, los hijos menores son dados en tutela⁽⁸¹⁸⁾.

La tutela se encuadra dentro de un contexto especial, creando nuevas formas de integración de familia, en especial de la familia substituta⁽⁸¹⁹⁾ que le permita al menor desarrollarse de manera íntegra.

IV. DEFINICIÓN

En el Derecho Clásico se recoge una definición dada por Gayo, atribuida a Servio, “fuerza y poder sobre una persona libre, dada y permitida por el derecho civil con el fin de cuidar a quien, por causa de su edad no puede defenderse por sí mismo”⁽⁸²⁰⁾, “*Est autem tutela, ut servius definit, vis ac potestas ...ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit..*”. (Inst. 1, 13,1).

Siguiendo al Diccionario de la Academia Española “1. f. Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil”.

En nuestro medio Cornejo Chávez refiere que “es una figura supletoria de la patria potestad, por la cual se provee a la guarda de la persona y de los bienes de

(817) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 237.

(818) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Vol. 1: parte general, 40ª edición, revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 572.

(819) Con la denominación Colocación en familia substituta se comienza el desarrollo de la Tutela. Vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V: Direito de Família. 16ª ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 441.

(820) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. 4ª edición, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 842-843.

los incapaces por razón de la edad que carecen de padres expeditos”⁽⁸²¹⁾. Gustavo Palacio Pimentel afirma que “es una institución de Derecho de Familia, igual que la curatela, cuya finalidad esencial es la guarda de la persona y bienes de los menores de 18 años que no tienen padres o, teniéndolos, dichos padres carecen de la patria potestad”⁽⁸²²⁾.

Guillermo Borda dice que “en su esencia, la tutela es una institución de amparo; se procura, dentro de lo que humanamente es posible, que alguien llene el vacío dejado por falta de los padres; que cuide del menor, velando por su salud moral, atendiendo a su educación, administrando sus bienes; que supla su incapacidad, llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural”⁽⁸²³⁾. Para Pontes de Miranda⁽⁸²⁴⁾ es el poder conferido por ley, o según sus principios, a una persona capaz, para proteger a la persona y regir los bienes de menores que están fuera de la patria potestad. Según Limongi França⁽⁸²⁵⁾ es un instituto de protección de la personalidad del menor fuera de la acción de la patria potestad, por medio de la cual se atribuyen, a un sujeto capaz, derechos y deberes, destinados a orientación y representación de la persona y administración de sus bienes.

En anteproyecto de Código Civil argentino de 2012 plantea, diferencia de los proyectos anteriores que: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental” (art. 104).

Es una institución de amparo familiar de especial importancia en el Derecho de Familia. A través de ella se trata de sustituir el ejercicio de la patria potestad a consecuencia de la muerte de los padres, de la privación de sus derechos o bien porque los menores quedaron sin cuidados paternos por otras causas.

V. FINALIDAD

A decir de Cornejo Chávez: “Las razones en que se funda la tutela merecen general aceptación: un deber natural de piedad filial, una exigencia emanada de la solidaridad familiar o social, y aun un elevado requerimiento del espíritu

(821) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 673.

(822) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Manual de Derecho Civil*. Tomo I. 4ª edición, Editorial Huallaga, Lima, 2004, p. 473.

(823) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Familia*. Tomo II, 9ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 230.

(824) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1ª edición, Tomo IX: Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo. Bookseller, Campinas, 2000, p. 305.

(825) LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición revisada y actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 1999, p. 347.

humanitario, obliga a dar protección a quien no puede valerse por sí mismo en razón de su corta edad y de hallarse privado del amparo que naturalmente correspondía a sus padres brindarle”⁽⁸²⁶⁾. Tiene como fundamento la protección, defensa y cuidado del menor, sus derechos y dignidad, buscando la realización de su existencia y permitiendo que ejerza sus derechos y cautelando intereses. Refiere Lasarte⁽⁸²⁷⁾ que la tutela “al igual que la patria potestad, consiste en una función técnicamente hablando: el titular de cualesquiera órganos tutelares ostenta derechos y facultades, en relación con la persona y/o bienes de un menor o de un incapacitado, que le son atribuidos en contemplación y en beneficio del tutelado”⁽⁸²⁸⁾.

A falta de padres, buenos son los tutores. El padre, padre es. Tutor de otros se puede ser, mas no de sus hijos. A través de esta figura se procura la protección del menor cuando el progenitor no puede ejercer la patria potestad. El tutor actúa como *buen padre de familia*. Tiene un conjunto de poderes que se asemejan a los del padre (en el fondo no lo es) que le permiten ejercer su función. De esos poderes surgen los deberes del tutor.

VI. NATURALEZA JURÍDICA

El fundamento de la tutela es el mismo que justifica la organización de cualquier otro instituto de protección de incapaces: la necesidad de salvaguardar y proteger su persona y bienes. Quienes no pueden o no son capaces de ejercer sus derechos ni cuidar sus intereses patrimoniales o personales son atendidos por esta institución.

Conjuntamente con la patria potestad y la curatela constituye un solo sistema de protección de los incapaces; además de buscar un mismo propósito, utilizan medios semejantes y están sustentadas en razones similares. Este hecho justifica la aplicación de las normas de la patria potestad a la tutela y la aplicación de normas de esta última a la curatela cuando no estén previstas de forma expresa en el régimen. Hay muchos puntos en común entre tutela y curatela tanto que la doctrina dice que a curatela es “la tutela de los mayores”⁽⁸²⁹⁾. La tutela es el *genus* y la curatela la *spes*.



Existen una diversidad de criterios en torno a su naturaleza.

(826) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 674.

(827) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 384.

(828) Ídem.

(829) Cfr. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 555.

Se ha dicho que la tutela es una *función jurídica*, un *poder conferido*, un *encargo*⁽⁸³⁰⁾, un *munus*⁽⁸³¹⁾ (servicio), una *carga pública*⁽⁸³²⁾, una *delegación del Estado*⁽⁸³³⁾.

Más allá de todo ello, consideramos que la tutela es una institución jurídica de amparo familiar. Un *munus público*, un servicio, una función de interés público relevante.

VII. CARACTERÍSTICAS

La tutela se caracteriza por presencia de un interés colectivo, carácter público del cargo, obligatoriedad de su asunción y ejercicio y supervigilancia del Estado⁽⁸³⁴⁾. Entre las principales características tenemos:

1. Supletoria

La tutela opera cuando el menor no tiene padres en ejercicio de la patria potestad. No funciona simultáneamente con ella sino en su defecto. La patria potestad es inherente a los padres, la tutela está a cargo de otra persona.

Aquel menor que no está bajo la patria potestad se le nombrará un tutor quien cuidará de su persona y bienes en razón de que es incapaz de gobernarse –dirigirse y formarse– per se.

El interés del menor está presente en todo momento no obstante la presencia de un interés colectivo subyace y exige que los menores se encuentren protegidos.

1.1. Tutela y patria potestad

La tutela es ejercida por el tutor. La patria potestad por los padres.

Dentro de la estructura del sistema de amparo para los menores, la patria potestad constituye la figura básica. Esta corresponde a los padres. A falta de ella entra a funcionar, supletoriamente, la tutela. La patria potestad es natural y reconocida por la ley mientras que la tutela es regulada por la norma.

Ambas figuras están integradas en una sola *institución protectora* y procuran el mismo fin, se sustentan en semejantes fundamentos y se sirven de medios parecidos. Por ello, resultan aplicables a la tutela las normas de la patria potestad siempre que no se contrapongan, razón por lo cual diremos, siguiendo a Gomes⁽⁸³⁵⁾, que la tutela está organizada a semejanza de la patria potestad pero el tutor no ejerce

(830) LIMONGI FRANÇA, Rubens. Ob. cit., p. 347.

(831) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 443.

(832) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Familia*. 10ª edición. Ob. cit., p. 238.

(833) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 403.

(834) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 676.

(835) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 401.

las mismas competencias que el padre, está más limitado. Sus atribuciones son establecidas por la ley y se aproximan a las ejercidas por los padres.

Un punto importante de distinción es el deber de afectividad que no puede ser imputado al tutor, especialmente cuando no son parientes⁽⁸³⁶⁾.

Méndez Costa⁽⁸³⁷⁾ presenta una interesante diferencia entre la tutela y la patria potestad:

	Tutela	Patria potestad
Origen	Ley	Naturaleza, reconocido y regulado por la ley
Sujetos	Unipersonal	Padre y madre
Comienza	Discernimiento	Concepción
Semejanza	Ambas tienen como finalidad el resguardo integral del menor y la consiguiente cristalización y pleno desarrollo de su personalidad	

2. Personalísima e intransferible

Solo puede ser ejercida por una persona debidamente designada.

Es irremplazable. No puede transferirse por acto *inter vivos* o de última voluntad, *i.e.*, no puede ser cedida ni sustituida. Este carácter no impide, naturalmente, que el tutor se sirva de los servicios auxiliares de terceros según la naturaleza y magnitud del patrimonio e intereses que administra (profesionales en general). El tutor delega funciones mas no delega el cargo. No puede delegar *in totum* sus facultades. El responsable es él.

El cargo es *intuitu personae*.

3. Obligatoria y temporal

El tutor debe asumir y ejercer el cargo durante todo el tiempo señalado. Esta característica va de la mano con la anterior en razón que siendo su desempeño personal de su ejercicio se derivan responsabilidades de naturaleza civil, penal y administrativa que trascienden durante el tiempo de vigencia.

El nombrado que no esté incurrido en ningún impedimento deberá asumir el cargo (art. 517), salvo que medie causal que lo excuse (art. 518). En estos casos, el designado se excusará dentro del plazo de quince (15) días desde que tuvo conocimiento del nombramiento o desde que sobrevino la causal si está ejerciendo el cargo (art. 519). Si sobreviniese una causal de excusa, estando en ejercicio del cargo, consideramos que el plazo se computa desde que se produjo el hecho. De

(836) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 390.

(837) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 407.

ninguna forma puede excusarse vencido ese plazo (art. 519) por un tema de seguridad jurídica.

El vínculo tutelar rige en cuanto exista la minoridad. Cesada acaba. En todo caso se activa la curatela. De la patria potestad a la tutela y de esta a la curatela. Instituciones estas consecuentes pero integrantes *in favor* del sujeto requerido de protección.

4. Representativa

El tutor es el representante legal del menor en sus actos.

No es una mera asistencia o de simple concurso. Es una representación auténtica.

No solo se ocupará de la persona, prestándole sustento necesario, dirigiendo su educación, formación moral y laboral sino también gestionará y administrará sus bienes.

5. Remunerada

La retribución se justifica en razón de las responsabilidades que su cargo genera, del tiempo, esfuerzo y dedicación que requiere (art. 539). Esta característica avala el hecho de la denominada tutela profesional, *i.e.* tutela que será confiada a una persona idónea que ejerza el cargo a cambio de una remuneración, *profesionalmente*⁽⁸³⁸⁾. La tutela profesional es un paso, una evolución de la tutela unipersonal (normalmente encargada a los parientes).

En algunos países (Argentina) se establece una referencia al cuántum que lo llaman *décima* y consiste, justamente, en la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor⁽⁸³⁹⁾.

La remuneración debe ser establecida y decretada por el juez, tomando en cuenta –entre otras cosas– el estado del pupilo y el valor total de los bienes administrados.

6. Unipersonal

La tutela en ningún caso puede desempeñarse conjuntamente ni aunque los padres hubiesen dispuesto en esta forma. No es posible admitir que en el testamento se designe un tutor y se encargue la guarda a otra persona, dicha situación implicaría un desmembramiento de funciones. Por excepción, la ley admite la

(838) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 402.

(839) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 424.

designación de un tutor especial para la atención de ciertos asuntos, que por distintos motivos no podría estar a cargo del tutor general.

Nuestro Código no consagra de modo general y expreso la unipersonalidad pero puede decirse que como regla general es así.

7. Institución de amparo familiar y protección de los incapaces

Es una institución de amparo familiar.

Se sustenta en el principio de prevalencia del interés superior del niño y adolescente.

Está dirigida al resguardo de quienes no pueden autodeterminarse ni velar por sus propios intereses por causa de su minoridad. Una institución protectora de resguardo de la persona y bienes.

8. Institución de interés social

Esta característica compone el carácter publicista de la tutela a pesar de no modificar el estado civil de la persona del pupilo (como sí sucede con la curatela).

Es una institución de interés social: busca proteger al menor siendo sus normas de orden público, acordadas ni transadas por las partes pueden ser.

VIII. SUJETOS

Son los sujetos de la tutela, el pupilo y el tutor.

Cabe analizar la relación entre ambos y otros más. También el rol del juez en tanto se encuentre vigente el cargo y la participación del Ministerio Público durante el proceso.

9. Pupilo

Llamado protegido o tutelado.

Es el *sujeto pasivo de la tutela*, aquel a quien se le va a proteger. El protegido.

Resulta ser el beneficiario de la tutela. Los menores de 18 años que no se hallan sometidos a la patria potestad de ninguno de los padres (a contrario sensu la tutela no entraría a funcionar). Los presupuestos son minoridad y ausencia de personas que ejerzan la patria potestad.

Existen dos casos especiales: cuando el menor adquiere la capacidad (i) por matrimonio o (ii) por título oficial que le autorice ejercer una profesión u oficio. La tutela no procede.

Otro caso es cuando la menor pasa a ser madre extramatrimonial supuesto en el que no puede estar sometida a patria potestad ni tutela al deberse integralmente al cuidado de su descendencia.

9.1. Deberes

Los fines de la tutela no podrían ser cumplidos si el representante careciera de autoridad y atribuciones sobre el pupilo. Se acoge a los principios de la patria potestad, asimilando que el menor debe al tutor respeto y obediencia como si fuera su padre. El tutor hace las veces de padre, *padre en apariencia legal*, con título distinto y con facultades limitadas siendo su finalidad de cumplir con los objetivos básicos de un padre, formando y protegiendo.

No existe norma que refiera los deberes que el pupilo tiene respecto de su tutor. En este caso téngase en cuenta que la tutela creada fue como figura supletoria de la patria potestad, en este sentido los pupilos *obligados están a obedecer, respetar y honrar a su tutor*.

9.2. Derechos

La capacidad del pupilo es la misma que la del menor bajo la patria potestad (art. 528). Tiene los siguientes derechos:

1. A recurrir al juez antes de conceder al tutor la autorización que solicite para practicar actos estipulados en el artículo 99 del CNA, concordante con los artículos 531 y 532 del Código Civil.
2. A adquirir bienes a título gratuito.
3. Ejercer derechos estrictamente personales sin la participación del tutor.
4. Contraer obligaciones y renunciar derechos.
5. A ser consultado para actos de la administración.
6. A pedir la remoción del tutor (art. 99 del CNA, concordante con el art. 557 del CC).
7. Celebrar contratos relacionados con las necesidades de la vida diaria.
8. Dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio.
9. Administrar los bienes que se le hubiere dejado o los que adquiriera como producto de la actividad económica que realiza.
10. Contraer obligaciones o renunciar derechos.

11. Ejercer una actividad ocupacional y ser consultado para actos importantes de la administración de su patrimonio, dentro de los límites establecidos por la ley⁽⁸⁴⁰⁾.
12. A ser el de ser oído (art. 102 del CNA).

10. Tutor

Llamado guardador.

Es el *sujeto activo de la tutela*. Aquel a quien le corresponde de su ejercicio. Quien ejerce la tutela. El protector.

Es aquella persona natural, capaz de ejercicio, que actúa en nombre y representación del incapaz menor de edad.

Resulta ser el sujeto activo de la tutela, es él a quien la ley le concede derechos y deberes para el desempeño de su cargo. La ley establece que los parientes del menor, el Ministerio Público o cualquier otra persona pueda pedir la reunión del Consejo de Familia para el nombramiento del tutor dativo y mientras no se designe tutor o no se designe la tutela, el juez de oficio a pedido del Ministerio Público dictará todas las providencias que fueran necesarias para el cuidado del menor y la seguridad de sus bienes.

El tutor es un funcionario público. La tutela, como encargo, puede terminar siendo *conferido por ley* a alguien quien estará investido de un cargo que corresponde a una alta función y misión social. Los hombres, queramos o no, tenemos deberes de solidaridad⁽⁸⁴¹⁾.

10.1. Deberes, atribuciones y obligaciones del tutor

Se rige por las disposiciones relativas a la patria potestad bajo la vigilancia del consejo de familia.

La capacidad del menor bajo tutela es la misma que aquel bajo patria potestad.

10.1.1. Deberes

Respecto del tutor:

1. Alimentar, educar, cuidar de su salud⁽⁸⁴²⁾

(840) VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Huallaga, Lima, 1998, pp. 290-291.

(841) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Familia*. 10ª edición. Ob. cit., p. 238.

(842) La LGS, al tratar el tema del consentimiento del paciente, previo a un tratamiento médico, señala que en el caso de que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces (para el caso de los mayores de 16 y menores de 18 años, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad), negaren su consentimiento para el tratamiento de las personas a su cargo, el médico o el establecimiento de salud comunicará a la autoridad judicial,

2. Proteger y defender su persona
3. Defender y proteger sus bienes
4. Representarlo en todos los actos civiles, excepto en aquellos que conforme a ley, el menor puede ejecutar por sí solo.

10.1.2. Atribuciones

Las facultades y deberes del tutor resultan análogos, aun cuando no iguales, al de aquellos señalados en el artículo 423 del Código.

Se establecen dos clases de atribuciones:

Personales

Atribuciones que se ejercen bajo la vigilancia del consejo de familia.

1. Capacitar al menor para el trabajo.
2. Corregir moderadamente al menor.
3. Acudir a la autoridad cuando resultare insuficiente la autoridad del tutor o fuere preciso internar al menor en un establecimiento de reeducación.
4. Tener a su lado al menor y recogerlo del lugar donde estuviere sin su permiso, recurriendo de ser necesario, a la autoridad.
5. Demandar una pensión de alimentos.

Patrimoniales

Estas atribuciones están sujetas a tres clases de normas:

1. Normas que permiten al tutor actuar por sí solo, en representación del menor.- Constituyen una administración regular y rutinaria.
2. Normas que le obligan a pedir autorización del juez.- Se refieren a actos extraordinarios de administración (gravamen o disposición).
3. Normas que prohíben al tutor, la práctica de determinados actos.- Incluso sin la venia del juez o del consejo de familia⁽⁸⁴³⁾.

Las atribuciones de carácter patrimonial son las siguientes:

1. **Colocación del dinero del menor:** En resguardo de los derechos e intereses del menor, el dinero que este tenga será colocado en instituciones de crédito a su nombre. Podrá ser invertido en la compra de predios o invertirlo, siempre con autorización judicial (arts. 451 y 453).

para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos (art. 4). Vide VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2006, p. 214.

(843) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 730.

- 2. Retiro de valores y dinero del menor:** A fin de salvaguardar los intereses del menor, el dinero solo puede ser retirado de las instituciones de crédito mediante orden judicial.

10.1.3. Obligaciones

Son del cargo del tutor:

1. Prestar garantía antes de discernir el cargo.
2. Efectuar la facción de inventario. En caso de que el menor tuviera 16 años, intervendrá.
3. Discernir el cargo.
4. Administrar y cuidar los bienes del menor.
5. Invertir el dinero del menor en la compra de predios o invertirlo, con autorización judicial.
6. A dar cuenta de su administración, anualmente o al acabar la tutela o al cesar en el cargo.

Conforme al CNA son derechos-deberes del tutor (art. 98):

1. Velar por el derecho integral del pupilo.
2. Proveer su sostenimiento y educación.
3. Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
4. Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente.
5. Cuando su acción no bastará, podrán recurrir a la autoridad competente.
6. Tenerlos en su compañía recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos.
7. Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil.
8. Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
9. Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran.
10. Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.

10.2. Prohibiciones absolutas

Están referidas a los límites del ejercicio de las funciones del tutor en relación con la administración de los bienes, estableciendo prohibiciones absolutas y sanciones de nulidad (art. 538):

1. Se prohíbe a los tutores comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor
2. Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor
3. Disponer de los bienes del menor a título gratuito
4. Arrendar por más de tres años los bienes del menor

Estos actos no pueden ser realizados, ni siquiera, con autorización del juez.

10.3. Prohibiciones relativas

Pueden ser realizadas mediante autorización judicial y previa audiencia del consejo de familia (arts. 531 y 532).

- *Enajenación o gravamen de los bienes del menor.* Se exceptúan de esta disposición los frutos si son necesarios para la alimentación y educación del menor (art. 531).
- *Actos especiales.* Practicar los actos indicados en el artículo 448; hacer gastos extraordinarios en los predios; pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía; permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457 (art. 532).

10.4. Excepciones a la prohibición

Estas limitaciones o prohibiciones son exceptuadas por disposición legal y, en su caso, por autorización judicial.

10.5. Actos no permitidos al tutor

En cuanto a los actos no permitidos al tutor, diversas son las normas limitativas:

1. No está autorizado para dar el asentimiento para el matrimonio del menor (art. 244).
2. No está autorizado a asentir en la adopción de menor, solo a expresar su opinión (art. 378, inc. 6).
3. No está autorizado a gozar del usufructo legal o utilizar de sus servicios, según su edad y condición (art. 423, incs. 4 y 8).
4. No puede autorizar notarialmente el viaje del menor al interior o fuera del país (art. 111 del CNA), el artículo 112 del CNA establece que a falta de padre corresponde al juez dar la autorización judicial.

En lo que respecta a la autorización para que el menor se dedique a un trabajo, ocupación, industria u oficio debe observarse que la previsión del inciso 4 del

artículo 532 del Código, que disponía que el tutor debe obtener autorización judicial previa audiencia del consejo de familia para permitir que el menor se dedique a alguna de esas actividades, ha quedado derogada tácitamente en razón que el artículo 51⁽⁸⁴⁴⁾ del CNA establece la presunción que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables (tutores) para trabajar *cuando habiten con ellos*, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

10.6. Tutor de tratamiento

Surge de acuerdo a la autonomía de la voluntad de aquel que en su momento será paciente. Es una figura aplicable para los mayores de edad, en verdad debería llamarse curador de tratamiento.

El tutor de tratamiento: “Es aquel controla el cumplimiento del tratamiento indicado, para evitar recidivas en un cuadro psiquiátrico-psicológico, en forma alguna justifica la declaración de inhabilitación en general, sino que implica un discreto control de tratamiento, destinado a asegurar los derechos a la salud y a la libertad de la persona involucrada, que no agravia su intimidad, sino que la beneficia ampliamente”⁽⁸⁴⁵⁾.

10.7. Curador-Tutor

Lo llamamos *curator*.

Por el principio de economía, el curador del incapaz que tenga hijos menores será tutor de estos (art. 580). Se presenta un caso especial de doble cargo curador/tutor evitando que existan un curador para el padre y un tutor para los hijos de este (arts. 592 y 596).

10.8. Protutor

Es la persona designada para velar por el pupilo y lo representa en los casos en que sus intereses estén en oposición con los del tutor. Se encarga de vigilar la

(844) Artículo 51.- Edades requeridas para trabajar en determinadas actividades

Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes:

1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia:

- a) Quince años para labores agrícolas no industriales;
- b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y,
- c) Diecisiete años para labores de pesca industrial.

2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

Se presume que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

(845) PONCE, Carlos Raúl. “El tutor de tratamiento: Una decisión innovativa y relevante en el aspecto de la capacidad de las personas”. En: *LLBA*, 2011 (julio), 626.

gestión de tutelar. El protutor, considera Lôbo, es el fiscal designado por el juez para el acompañamiento del ejercicio de la tutela, está investido de una función auxiliar de justicia, reportando directamente al juez⁽⁸⁴⁶⁾. Se dice *fiscal* en sentido figurado en razón de que el protutor es un particular, una persona natural.

Esta figura no está contemplada en nuestro medio. Sí lo está en Francia, Italia, Portugal y Venezuela.

10.9. Tutor ad hoc

Algunas legislaciones aceptan este cargo.

Se da cuando, a pesar de existir patria potestad, sea por ley o por una medida judicial, se autoriza a un tercero para que actúe en nombre del padre o del tutor cuando alguno de estos impedidos están de llevar a cabo cierto acto⁽⁸⁴⁷⁾ o cuando existen intereses contrapuestos.

11. Juez

El juez es una parte más.

Nombra al tutor (art. 112), conforma la tutela (art. 507), reúne y preside el consejo de familia (art. 508), ordena el discernimiento (art. 512), en tanto se nombre tutor dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor (art. 514), depositar valores que a su juicio no deben estar en poder del tutor, serán depositados en instituciones de crédito a nombre del menor (art. 521), autorizar actos del tutor (art. 532), fijar retribución del tutor (art. 539). Está en su competencia la rendición de cuentas del tutor así como los procesos de remoción.

En tanto esté vigente el cargo de tutor, el juez tiene un rol activo de seguimiento del cargo. El control del juez puede ser anterior o posterior a la práctica del acto. En el primer caso se llama *preventivo*, en el segundo, de *homologación* de los actos del tutor⁽⁸⁴⁸⁾.

12. Ministerio Público

El Ministerio Público en estos procesos interviene como dictaminador (art. 96, inciso 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público), en su calidad de *custos legis* guardián de la ley.

(846) LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 389.

(847) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 305.

(848) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 410.

IX. TIPOS DE TUTELA

Podemos dividir a la tutela en cuatro clases:

Tutela	{	1. Testamentaria o escrituraria
		2. Legítima
		3. Dativa
		4. Estatal

13. Tutela testamentaria o escrituraria

Llamada tutela natural.

Se origina (i) por disposición de última voluntad del padre o madre del menor por medio de testamento o, (ii) por escritura pública, instituyéndose el cargo de tutor.

El *munus* de la tutela, en estos casos, reposa en la confianza del designante⁽⁸⁴⁹⁾ de elegir a la persona que más convenga. Como refiere Borda se justifica por ser “(...) algo así como una prolongación de los poderes inherentes a la patria potestad más allá de la muerte. Se explica esta atribución de los padres, pues la ley presume que nadie elegirá mejor que ellos a la persona más indicada para cuidar de su hijo”⁽⁸⁵⁰⁾. En igual sentido Lôbo manifiesta que la preferencia para la nominación del tutor es de los padres presumiéndose que estos sabrán escoger lo mejor para los intereses de sus hijos, en virtud de las razones de confianza y afecto⁽⁸⁵¹⁾.

13.1. Quiénes pueden nombrar

Son facultados (art. 503) los siguientes:

13.1.1. Padres

Los padres tienen preferencia para designar tutor.

Dos puntos debemos tener presente:

- La nominación tendrá que ser hecha necesariamente en conjunto, cuando estén vivos los padres y en pleno ejercicio de sus facultades⁽⁸⁵²⁾.
- Los padres no están sujetos a obedecer el orden de los grados de parentesco, pudiendo escoger a cualquier persona, pariente o no⁽⁸⁵³⁾.

(849) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 445.

(850) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición. Ob. cit., p. 246.

(851) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 385.

(852) Ídem.

(853) Ibídem, p. 386.

Ambos en vida y en plena capacidad. Cada quien por su lado, testamentariamente o por Escritura Pública, teniendo libertad para elegir al tutor.

Incapacidad de uno de los padres

En caso de que uno de los padres fuere o devenga en incapaz valdrá el nombramiento de tutor que hiciere el otro, aunque este muera primero (art. 504).

Premoriencia del padre capaz y sobrevivencia del padre incapaz

Considera Cornejo Chávez que “para los efectos de la guarda del hijo menor, la muerte del padre capaz, siendo incapaz el sobreviviente, equivale a la orfandad respecto de ambos y, de otro lado, tiene solo un carácter aclaratorio, ya que si el padre o madre que tiene la facultad de designar tutor es el que ejerce la patria potestad y esta queda suspendida por incapacidad de uno de ellos, resulta que, aunque no se hubiese incorporado al Código la regla aclaratoria que estudiamos, el criterio que la inspira habría tenido que ser aplicado; pero ha hecho bien, sin duda, el codificador al consignarlo de modo expreso para ahorrar interpretaciones literales que solo habrían redundado en perjuicio del menor”⁽⁸⁵⁴⁾.

13.1.2. Abuelos

El abuelo o abuela respecto de los nietos que estén sujetos a tutela legítima.

A falta de designación hecha por los padres es válida la designación por testamento o escritura pública efectuada por uno de los abuelos que se encuentre bajo la custodia legal del menor. Los abuelos, sobre la base de su cercanía parental, son los que pueden dar un mejor cuidado a sus pupilos/nietos, he ahí su orden de preferencia.

En cuanto a este punto, “la atribución de nombramiento de tutor conferida a los abuelos nace del ejercicio de una tutela que previamente ha sido reconocida por la ley y cuya finalidad, al igual que en el caso del padre o de la madre, es la de asegurar el cuidado y bienestar del niño, niña o adolescente sujeto a tutela”⁽⁸⁵⁵⁾. La norma prioriza que los menores no queden en desamparo bajo ninguna circunstancia.

13.1.3. Cualquier otra persona en su calidad de testador

Cualquier testador, que instituya heredero o legatario, si este último careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.

(854) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 687.

(855) SOKOLICH ALVA, María Isabel. *Código Civil Comentado*. 1ª edición, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 343.

14. Tutela legítima

También llamada legal.

Tiene su origen en la ley que establece quiénes están llamados a ejercer la tutela. Opera a falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública (art. 506) por lo que tiene el carácter de *subsidiaria* pues el llamamiento legal solo rige para el caso de que el padre no hubiere designado otro tutor⁽⁸⁵⁶⁾. En este caso desempeñan el cargo:

- Los abuelos y,
- Demás ascendientes

Se aplica la siguiente preferencia:

- El más próximo al más remoto.
- El más idóneo, en igualdad de grado.

La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.

Como se aprecia se tienen en consideración los vínculos de familia. Se aconseja hacer prevalecer a un familiar allegado. Esta se ejerce a falta de la tutela testamentaria o por escritura pública.

Se trata de una tutela de segunda en orden después de la testamentaria. Se entiende aplicada cuando el padre falleció intestado o cuando, habiendo otorgado testamento, no efectuó designación alguna y se aplica la designación hecha por la ley de manera supletoria.

Conforme lo afirma Sokolich Alva, “la designación de tutor legítimo tiene como consideración principal la cercanía existente (en atención al grado de parentesco) entre el pupilo y la persona en quien recaerá la designación de tutor, lo cual evidentemente obedece a factores de índole afectivo-emocionales toda vez que cuanto más cercano al pupilo resulte ser el tutor se favorecerá un adecuado cumplimiento de los deberes inherentes al cargo (cuidado, educación, alimentación, representación y actos de administración), que muchos coinciden en señalar como semejantes al del buen padre de familia”⁽⁸⁵⁷⁾. Es decir, no se busca a un tercero ajeno, lo que procura la ley es que el tutor tenga algún vínculo con el menor.

La limitación obedece a factores biológicos, el parentesco. Son precisamente los abuelos quienes, en representación de sus hijos, ejercerán en mejor forma el cargo de tutor.

(856) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición. Ob. cit., pp. 252 y 253.

(857) SOKOLICH ALVA, María Isabel. Ob. cit., p. 349.

De concurrir, en la designación de tutor legítimo, abuelos por línea materna y los de la línea paterna prevalecerá la idoneidad para el cargo lo cual será decidido por el juez. En estos casos la opinión del menor es importante “(...) en la designación de la persona que ejercerá el cargo de tutor legítimo, por cuanto por razones de empatía, cercanía o crianza podría existir inclinación hacia una persona específica, lo cual deberá ser evaluado por la autoridad jurisdiccional, por cuanto como ya se ha señalado lo importante es el bienestar del tutelado”⁽⁸⁵⁸⁾.

15. Tutela dativa

También llamada judicial.

Conferida por mandato del juez en defecto de un tutor testamentario, escriturario o legítimo. Es supletoria, es decir opera subsidiariamente a la tutela testamentaria, escrituraria o legítima (art. 508); asimismo, procede cuando los parientes llamados por ley para desempeñarse como tutores (art. 506) son incapaces, inidóneos o hayan dimitido o sido removidos del cargo⁽⁸⁵⁹⁾.

15.1. Por medio del consejo de familia

Es en el consejo de familia que recae la facultad de nombrar tutor.

A esta institución familiar, cuya finalidad es cautelar el bienestar e interés económico y moral del menor sin padres, le corresponde el nombramiento del tutor dativo.

Respecto de esta tutela, existen tres disposiciones específicas (art. 508):

- i) A falta de tutor nombrado por testamento o escritura pública y de tutor legítimo, el consejo de familia nombra tutor dativo a una persona residente en el domicilio del menor (art. 508);
- ii) Tiene el juez la facultad de convocar al consejo de oficio o a pedido de los parientes, del Ministerio Público y aun de cualquier persona, facilitando la reunión de dicho organismo para la designación del tutor (art. 508 *in fine*);
- iii) Ratificación, cada dos (2) años, del tutor dativo. Es el consejo quien debe decidir la ratificación o no dentro del plazo de treinta (30) días. De no pronunciarse en dicho plazo se considera ratificado al tutor (art. 509).

Consideramos que el consejo de familia no solo puede promover la constitución de la tutela, sino que está obligado a promoverla bajo responsabilidad.

(858) *Ibidem*, p. 350.

(859) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Ob. cit.*, p. 416.

15.2. Estrictamente judicial

El Juez especializado es competente para nombrar tutor o guardador y es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor (art. 112 del CNA).

16. Tutela estatal

Esta especie de tutela es la que ejerce el Estado sobre los incapaces menores de edad a falta de tutor testamentario o escriturario, legítimo o dativo. Sus funciones tutelares responden al deber del Estado de proveer a la asistencia de quienes la necesitan desde el primer momento: cuidando de la persona y bienes.

Esta tutela funciona, supletoriamente. *Vg.* En los casos que un menor en estado de abandono que no está bajo la patria potestad, ni es posible darle tutor testamentario o escriturario, ni se conoce a sus ascendientes que pudieran servirle de tutores legítimos, ni goza de parientes que constituyan el consejo de familia que pudiera designar un tutor dativo.

El Estado deriva esta función a sus entidades públicas. “Son los directores o superiores de los hogares o albergues de protección quienes asumen la tutela de los albergados en tanto se encuentren institucionalizados, correspondiéndoles por ende la función de cuidado, asistencia y representación, lo cual además de ser supervisado por el Ente Rector que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 28 del Código de los Niños y Adolescentes corresponde al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (antes PROMUDEH), también puede ser verificado por el fiscal de familia en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 144 del mismo ordenamiento legal”⁽⁸⁶⁰⁾.

A diferencia de las otras formas de tutela, la estatal se confía a persona ajena al pupilo. Esa persona puede ser el director de un establecimiento, un funcionario o una persona o una persona particular, pero ordinariamente no es un pariente del tutelado.

X. NOMBRAMIENTO

17. Definición

El nombramiento del tutor es el acto jurídico familiar a través del cual se manifiesta la voluntad de designar a una persona en el cargo y que su vez esta acepte, observando las formalidades establecidas por ley.

(860) SOKOLICH ALVA, María Isabel. Ob. cit., p. 360.

18. Formas

El nombramiento del tutor puede hacerse:

- Por testamento o en escritura pública (art. 503).
- Por ley, recayendo la designación en los abuelos y demás ascendientes (art. 506)
- Por el consejo de familia (art. 508)
- Por el juez (art. 112, CNA).

19. Orden de prelación para el nombramiento del tutor

Existe un orden preferente para este nombramiento.

19.1. Los padres

Por razones naturales, afectivas y biológicas, son los padres quienes velan y garantizan el cuidado de los hijos.

En caso de muerte de uno, al otro, que asume íntegramente el ejercicio de la patria potestad, le corresponderá el derecho preferente, individual y no compartido, para designación al tutor.

En caso de incapacidad de ejercicio de uno, vale el nombramiento de tutor que hiciera el otro, aunque este muera primero.

La capacidad de nombrar tutor solo es reconocida a los padres que ejercen la patria potestad. Aquel, padre o madre, incapaz no goza de dicha facultad, en atención a su propio estado de incapacidad. Este supuesto constituye el típico caso de orfandad en que quedaría tanto el hijo menor de edad como el padre o madre incapaz ante la muerte del que gozaba de capacidad civil.

19.2. El abuelo o abuela

A falta de padres, entran los abuelos y demás ascendientes (parientes consanguíneos en línea recta ascendente, bisabuelo, tatarabuelo, etc.).

De recaer el nombramiento de tutor sobre estos se ejercerán la tutela legítima de los nietos. Es decir, corresponde a los parientes consanguíneos y se efectiviza en caso que (i) los padres no hubiesen nombrado tutor por testamento o por escritura pública o (ii) el nombrado no hubiese aceptado la designación o hubiese cesado en el cargo.

19.3. El testador

Es la facultad que recae, en tercer orden de preferencia, sobre un tercero que en vida decidió dejarle unos bienes al menor. Para estos efectos, el menor debe carecer de tutor nombrado por el padre o madre o de tutor legítimo y haber sido

beneficiado con herencia o legado (heredero o legatario) a fin de que cuente con una persona que vele por el cuidado y administración del bien o bienes que forman parte del acto de liberalidad del testador. La cuantía de la herencia está sujeta a que baste para los alimentos del menor.

19.4. El consejo de familia

A falta del tutor testamentario o escriturario y de tutor legal, el consejo de familia constituye un sujeto más con facultades de nombrar un tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor.

19.5. El juez

En último lugar tenemos al juez especializado (art. 112 del CNA).

XI. DISCERNIMIENTO DEL CARGO

20. Definición

El discernimiento del cargo es el acto jurídico familiar de orden jurisdiccional mediante el que se realiza la confirmación –formal, solemne y obligatoria– del nombramiento del tutor. Le corresponde al tutor como obligación (art. 512).

Bien precisa Zannoni que: “El llamado discernimiento de la tutela es el acto jurisdiccional por el cual el tutor queda investido jurídicamente de su carácter de tal. No debe confundirse discernimiento de la tutela, con la designación o nombramiento del tutor. El nombramiento constituye una prerrogativa otorgada a los padres para el caso de su fallecimiento o, en su defecto al juez, fuere que la tutela recaiga en alguno de los parientes que la ley prevé o en un tercero. Sin embargo, ese nombramiento debe ir unido a un control de mérito de las calidades personas y morales del designado y de su capacidad y, previo a quedar investido del cargo, el nombrado debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración”⁽⁸⁶¹⁾. Para Borda es una manera de hacer efectivo el control judicial de la designación al permitir investigar y comprobar que el tutor reúna las condiciones de idoneidad que aseguren su buen desempeño en el cargo⁽⁸⁶²⁾. Según Méndez Costa⁽⁸⁶³⁾ es el acto jurídico complementario de la designación por el cual el tutor es judicialmente puesto en posesión del cargo.

Es una diligencia judicial en la que se inviste, confiere y otorga al nombrado en el cargo de tutor. El designado declarará:

- Su habilidad legal para el ejercicio del cargo;

(861) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 863.

(862) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. 10ª edición. Ob. cit., p. 262.

(863) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., p. 419.

- Prometerá que guardará fielmente la persona y bienes del menor;
- Manifestará si es acreedor, deudor o tiene relación comercial con el menor.

Cualquiera sea el origen del nombramiento, el discernimiento judicial constituye un paso indispensable para que el tutor designado pueda desempeñarse como tal.

21. Convalidación

Puede ocurrir que, *de facto*, el nombrado ejerza las funciones de tutor sin discernir el cargo. Para estos casos, se establece que el discernimiento posterior al ejercicio del cargo no invalida los actos anteriores del tutor (art. 513).

También puede ocurrir que no se nombre tutor o no se discierna la tutela. En estos casos, el juez de familia, de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor (art. 514).

22. Diligencias previas

El discernimiento supone el control por el juez de la legitimidad y capacidad del propuesto como tutor.

Antes de procederse al discernimiento deben practicarse las averiguaciones, encuestas y toda otra prueba conducente a establecer la idoneidad y capacidad de la persona que se pretenda nombrar.

23. Rol del juez en el discernimiento del cargo

Las normas que rigen la tutela otorgan a la autoridad judicial los poderes necesarios para constituir y controlar la tutela en los casos y con las formalidades legalmente previstas, por ello, la presencia de esa autoridad puede calificarse de constante y decisiva.

23.1. Competencia

Los jueces de familia son los competentes para intervenir en los asuntos relativos a la tutela.

23.2. Marco jurídico

Código civil, el Código procesal civil, Código penal, Código del niño y del adolescente, Ley Orgánica del Poder Judicial.

23.3. Actuación del fiscal

El Fiscal tiene por función velar por el respeto de los derechos y garantías del menor, promoviendo, de oficio o a petición de parte, las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes.

23.4. Vía procedimental

Los procesos de discernimiento del cargo de tutor se tramitan vía Proceso Único ante el Juez especializado, para resolver. Toma en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del Código de los niños y adolescentes y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil.

23.5. Medidas cautelares

Mientras no se nombre tutor o no se discierna la tutela, de oficio o a pedido del Ministerio Público, el juez dictará todas las providencias necesarias para el cuidado de la persona y de la seguridad de los bienes del menor (art. 514), es decir pueden dictarse en esta etapa, mediante medidas cautelares.

24. Discernimiento formal del cargo y la inscripción en registros

Es el acto solemne por medio de la cual el tutor (o el curador en su caso) queda investido de la potestad para la que fue nombrado. Esta diligencia se hace constar en un acta. El discernimiento posterior al ejercicio del cargo no invalida los actos anteriores del tutor (art. 448).

El discernimiento del cargo debe inscribirse en el Registro Personal, enumerándose los inmuebles inventariados (art. 2030, inc. 4). Para ello deberá remitirse con el parte judicial el acta que contenga el discernimiento con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas.

XII. CONDICIONES PARA LA ASUNCIÓN DE LA TUTELA

Las legislaciones coinciden en consagrar la obligatoriedad de la tutela a fin de coadyuvar a un eficiente amparo jurídico del menor de edad como incapaz. Se precisa que el tutor reúna las condiciones adecuadas para proteger y asegurar los plenos intereses del pupilo.

En general, el tutor deberá tener las siguientes condiciones mínimas:

- Capacidad de ejercicio.
- Condiciones de moralidad y rectitud.
- No debe tener enemistad, intereses encontrados u otros semejantes que hagan perjudicial su actuación para los derechos del pupilo.

Quienes no reúnen estas condiciones están impedidos de asumir y de ejercer el cargo. Pueden ser condiciones parciales o totales, *i.e.* que afecten su legitimidad para ser tutor de uno en especial o de cualquier menor.

XIII. IMPEDIMENTOS PARA EJERCER LA TUTELA

No todas las personas están en aptitud de ser tutores.

La persona a quien la ley señale o reconozca como tutor debe reunir determinadas condiciones que permitan una garantía y seriedad en el cumplimiento del cargo.

25. Clasificación de los impedimentos

Se pueden clasificar en:

25.1. Impedimentos naturales

Afectan a toda persona (edad).

25.2. Impedimentos accidentales

Afectan a algunos, mas no a todos (enfermedad mental, delito)

25.3. Impedimentos legales

Fijadas por la ley (intereses opuestos).

26. Impedimentos según el Código

En el artículo 515 establece taxativamente las personas que no pueden ser tutores.

1. Los menores de edad. Si fueran nombrados en testamento o por escritura pública, ejercerán el cargo cuando lleguen a la mayoría.
2. Los sujetos a curatela.
3. Los deudores o acreedores del menor, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros, a no ser que los padres los hubiesen nombrado sabiendo esta circunstancia.
4. Los que tengan en un pleito propio, o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, interés contrario al del menor, a menos que con conocimiento de ello hubiesen sido nombrados por los padres.
5. Los enemigos del menor o de sus ascendientes o hermanos.
6. Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre.
7. Los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra.
8. Los condenados por homicidio, lesiones dolosas, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres.

9. Las personas de mala conducta notoria o que no tuvieren manera de vivir conocida.
10. Los que fueron destituidos de la patria potestad.
11. Los que fueron removidos de otra tutela.

XIV. IMPUGNACIÓN DEL TUTOR IMPEDIDO

Al momento del nombramiento debe considerarse los impedimentos que contempla la ley para ser tutor (art. 515). El impedimento es un obstáculo para ser tutor, aquello que inhabilita a una persona para que pueda ejercer dicho cargo.

Estos impedimentos se refieren a la existencia de intereses opuestos con el menor o a la falta de idoneidad personal para ejercer tal cargo.

En el supuesto de que se realice un nombramiento, por cualquiera de las formas permitidas, respecto de una persona impedida, procede la impugnación de la designación efectuada (art. 516) la que puede ser efectuada por cualquier interesado y por el Ministerio Público.

Si después del discernimiento sobreviene a la persona nombrada algún impedimento señalado en la ley, el tutor renunciará al cargo. En caso de que no renuncie será removido de la tutela por tal hecho (art. 554, inc. 1).

XV. EXCUSAS DEL CARGO DE TUTOR

La excusa es la dispensa que hace una persona que fuera designada como tutor. Dice Limongi França⁽⁸⁶⁴⁾ que es el acto por el cual aquel que está obligado a ejercerla obtiene la dispensa mediante el requerimiento del magistrado.

Consagradas en el artículo 518 las causales de excusa suelen referirse y aplicarse a:

1. Los extraños, si hay en el lugar pariente consanguíneo idóneo.
2. Los analfabetos.
3. Los que por enfermedad crónica no pueden cumplir los deberes del cargo.
4. Los mayores de sesenta años.
5. Los que no tienen domicilio fijo, por razón de sus actividades.
6. Los que habitan lejos del lugar donde ha de ejercerse la tutela.

(864) LIMONGI FRANÇA, Rubens. Ob. cit., p. 351.

7. Los que tienen más de cuatro hijos bajo su patria potestad.
8. Los que sean o hayan sido tutores o curadores de otra persona.
9. Los que desempeñan función pública que consideren incompatible con el ejercicio de la tutela.

XVI. RENDICIÓN DE CUENTAS, FENECIMIENTO DE LA TUTELA, EXTINCIÓN DEL CARGO

27. Rendición de cuentas

La mayoría de disposiciones están orientadas al beneficio del pupilo.

El tutor está obligado a dar cuenta de su administración anualmente o al acabarse la tutela o cesar en el cargo (art. 540).

La labor del tutor debe ser informada, ponerse en conocimiento, con la finalidad de comprobar el ejercicio del cargo, verificándose si el tutor viene cumpliendo o ha cumplido con sus obligaciones.

En lo que concierne a los ingresos y egresos, es necesario el registro del movimiento patrimonial del pupilo, siendo ese el fin de la rendición de cuentas, *i.e.* su justificación.

Al inicio de la tutela, la cuenta periódica debe ser anual. Una vez rendida la primera, el juez puede autorizar que las siguientes se rindan cada dos, tres o cinco años (art. 543), si la entidad del patrimonio y de su administración lo justifica⁽⁸⁶⁵⁾.

En cuanto a la cuenta final, se rige por las mismas normas procesales; pero con dos garantías a favor del menor⁽⁸⁶⁶⁾:

1. Antes de ser aprobada la cuenta final, el menor llegado a la mayoría, no podrá celebrar convenio alguno con su extutor y tampoco tendrán efecto sin tal requisito las disposiciones testamentarias de aquel a favor de este, salvo las referentes a la legítima. Esta salvedad obedece al propósito de mantener la intangibilidad de la herencia legitimaria, cuya integridad solo debe verse afectada por los casos de indignidad o desheredación.

Asimismo, la donación hecha al extutor está sujeta a la condición suspensiva de que sean aprobadas sus cuentas y pagado el saldo de la administración.

2. El saldo que resulte del cargo del extutor rinde intereses legales desde un mes después del fenecimiento de la función.

(865) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 735.

(866) Ídem.

28. Fenecimiento

28.1. Extinción

Se produce por hechos objetivos (art. 549).

- Muerte del menor.
- Cesación de la incapacidad de ejercicio del pupilo. Por mayoría, por adquirir capacidad de forma especial (art. 46) o cuando la menor tiene un hijo extramatrimonial bajo la patria potestad (art. 421 *in fine*). Aunque la ley no considera específicamente este último caso como causal de cesación de la tutela, no tendría sentido que la madre, que ejerce la patria potestad sobre su hijo, sea, ella misma, incapaz.
- El reingreso del pupilo bajo la patria potestad.

28.2. Cese

Se extinguen los poderes del tutor, debiendo este ser sustituido (art. 550).

- Muerte del tutor: En tal eventualidad los herederos del tutor si son capaces están en la obligación de continuar con la gestión de su causante hasta que se designe un nuevo tutor (art. 551).
- Aceptación de renuncia del tutor: El cargo de tutor es obligatorio para quienes ni tienen impedimento legal o no se excusaron en los casos permitidos por la ley.
- Declaración de quiebra del tutor: Nótese que existe una duplicidad entre el inciso 7 del artículo 515 y el inciso 3 del artículo 550. Esto debe ser interpretado en el sentido de que la declaratoria de quiebra produce de pleno derecho la cesación del cargo. Las otras causas de incapacidad producen dicho efecto cuando la renuncia es aceptada.
- No ratificación: El tutor no está sujeto a la formalidad de ratificación (art. 509). La razón es que el tutor dativo no siempre es pariente lo que requiere la reconsideración periódica a fin de mantenerlo en su cargo.
- Remoción: Procede cuando el tutor incumple sus funciones o deja de ser idóneo para ejercerlas. Será removido de la tutela aquel que cause perjuicio al menor en su persona o intereses y el que incurra en alguno de los impedimentos si no renunciare al cargo (art. 554). Como dice Gomes⁽⁸⁶⁷⁾ la remoción es una pena impuesta al tutor cuando es negligente o prevaricador.

(867) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 415.

No es más que un cambio en la persona del tutor prosiguiendo la tutela con un nuevo tutor.

28.3. Exoneración

Se produce antes de discernirse el cargo, mediante la excusa (art. 518), evitando que esta institución se constituya.

28.4. Impugnación

Es la figura mediante la cual se evita que determinada persona asuma el cargo del tutor, si se realiza antes del discernimiento del cargo.

Fenecimiento del cargo de Tutela	
Extinción	Cese
<ul style="list-style-type: none"> - Por muerte del menor. - Cesación de incapacidad de ejercicio del menor: Cuando llega a la mayoría de edad, cuando el menor contrae matrimonio u obtenga título profesional, o cuando el menor tenga un hijo extramatrimonial. - Reingreso del pupilo bajo la patria potestad. 	<ul style="list-style-type: none"> - Por muerte del tutor. - Por renuncia del tutor: cuando sobrevienen impedimentos que no existían al inicio del cargo, cuando tratándose del tutor dativo, decide apartarse del cargo - Por declaración de quiebra del tutor - No ratificación en el cargo. - Remoción del cargo

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia, 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 1999.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 10ª edición, Forense, Río de Janeiro, 1998.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición revisada y actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 1999, p. 351.
- LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefá. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1ª edición, Tomo IX: Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo, Bookseller, Campinas, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: parte general, 40ª edición, revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Manual de Derecho Civil*. Tomo I. 4ª edición, Editorial Huallaga, Lima, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V: Direito de Família. 16ª ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Forense, Río de Janeiro, 2007.
- PONCE, Carlos Raúl. “El tutor de tratamiento: Una decisión innovativa y relevante en el aspecto de la capacidad de las personas”. En: *LLBA*, 2011 (julio).
- SOKOLICH ALVA, María Isabel. *Código Civil Comentado*. 1ª edición, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- VARGAS VALENCIA, Aurelia. *Aspectos lingüísticos de índole sistemática en las Instituciones de Justiniano*. Nova Tellus [en línea] 2009, vol. 27, <<http://redalyc.uaemex.mx>>, 24/03/2012. ISSN 0185-3058.
- VARGAS VALENCIA, Aurelia. “La etimología en las *instituciones* de Justiniano. Una característica del lenguaje introductorio al conocimiento del derecho”. En: *XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina, 15 a 17 de setiembre de 2004, <www.edictum.com.ar>, 24/03/2012.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2006, p. 214.
- VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Huallaga, Lima, 1998.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. 4ª edición, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

**CAPÍTULO
NOVENO**

CURATELA

CAPÍTULO NOVENO

CURATELA

I. Generalidades y antecedentes. **II.** Etimología. **III.** Definición. **IV.** Denominación. **V.** Finalidad. **VI.** Naturaleza jurídica. **VII.** Características. **1.** Supletoria. **2.** Personalísima e intransferible. **3.** Obligatoria y temporal. **4.** Representativa. **5.** Remunerada. **6.** Unipersonalidad. **7.** Institución de amparo familiar y protección de los incapaces. **8.** Institución de interés social. **9.** Se regula supletoriamente por las normas de la tutela. **VIII.** Sujetos. **10.** Curado. **10.1.** Legitimidad pasiva del curado. **10.2.** Actos realizados por el curado. **10.3.** Actos prohibidos al curado. **11.** Curador. **11.1.** Tipos. **11.1.1.** Curador definitivo. **11.1.2.** Curador provisional. **11.2.** Funciones. **11.2.1.** Atribuciones referentes a la persona del incapaz. **11.2.2.** Atribuciones patrimoniales. **11.3.** Curador y curado. **12.** Juez. **13.** Ministerio Público. **14.** Tutor de tratamiento. **IX.** Solicitud y ejercicio de la curatela. **X.** Impedimentos, excusas y requisitos. **15.** Impedimentos y excusas del curador. **16.** Requisitos previos para el ejercicio del curador. **XI.** Tipos de curatela. **17.** Por el estado o calidad del curado. **17.1.** Curatela típica. **17.1.1.** Pródigo y el mal gestor. Ebrio habitual y toxicómano. **17.1.2.** Penado. **17.1.3.** Fin de la curatela típica y del cargo del curador. **17.2.** Curatela de bienes. **17.2.1.** Curatela de los bienes del desaparecido y del ausente. **17.2.2.** Curatela de los bienes del concebido. **17.2.3.** Curatela de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie. **17.2.3.1.** Cuando los derechos sucesorios sean inciertos. **17.2.3.2.** Cuando una asociación o un comité no puedan seguir funcionando por cualquier causa sin haberse previsto solución alguna en el estatuto. **17.2.3.3.** Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o de escoger un mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador. **17.2.4.** Curatela de bienes dados en usufructo. **17.2.5.** Funciones del curador de bienes. **17.2.6.** Pluralidad de curadores. Cocuradores. **17.2.7.** Juez competente. **17.2.8.** Cesación. **17.3.** Curatelas especiales. **17.3.1.** Para asuntos determinados. **17.3.2.** Casos en que procede la curatela especial. **17.3.3.** Nombramiento. **17.3.4.** Funciones. **17.4.** Especies intermedias. **18.** Por la forma de su naturaleza. **18.1.** Curatela legítima. **18.1.1.** Autotutela. **18.1.2.** Curador legítimo. **18.2.** Curatela testamentaria o escrituraria. **18.3.** Curatela dativa. **18.4.** Otros casos legales de curatela. **18.5.** Fin de la curatela y cargo del curador. **18.6.** Curador procesal. **XII.** Eficacia de la sentencia. **XIII.** Invalidación de los actos anteriores. **XIV.** Término de la curatela. **XV.** Rehabilitación. **XVI.** Levantamiento de la interdicción. **XVII.** Tutela y Curatela.

I. GENERALIDADES Y ANTECEDENTES

Su existencia data de la Ley de las Doce Tablas donde se trataba el tema en relación a los incapacitados accidentales, *i.e. furiosi* (privados de razón con o sin intervalos lúcidos) y pródigos. Luego fue extendida a los *mente capti* (poca inteligencia), a los sordos, mudos y personas que sufrían de graves enfermedades. De allí es aplicada a incapacidades de otro sesgo, básicamente de edad, recayendo en los púberes menores de veinticinco años y en ciertos pupilos⁽⁸⁶⁸⁾.

(868) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987, p. 407.

En Roma estaban sometidos a la curatela los individuos que en virtud de una causa específica o accidental se les consideraba incapaces. La figura se utilizaba para la protección de los furiosos (enfermos, sordomudos, incapacitados perpetuos, locos y dementes) y de los pródigos (los que habían sucedido al padre *intestato* y disipaban los bienes paternos)⁽⁸⁶⁹⁾. Se aplicaba, también, a las mujeres desde los catorce hasta los veinticinco años de edad y a los púberes que tenían curadores para sus intereses.

En la Edad Media desaparece la curatela siendo el demente considerado huérfano y sujeto al encarcelamiento común, al lado de los delincuentes, cuando era peligroso⁽⁸⁷⁰⁾.

Actualmente, la teoría de la curatela propiamente dicha, tiene una posición clara considerando que no todos los incapaces están en la misma situación. Unos son representados por el curador, como es el caso de los enfermos mentales y, otros, solamente asistidos, como ocurre con los pródigos. Para algunos, la causa de incapacidad está en una falta (malos gestores o penados) para otros, la causa reside en una desgracia (retardados o enfermos mentales) y hasta en una ocurrencia de la naturaleza humana (débiles seniles). En todo caso, ellos tienen como denominador común el hecho de tratarse de incapacidad accidental y, en todos, la tónica está en el patrimonio y en la defensa de la persona.

De la mano y al lado de la patria potestad y la tutela, la curatela –típicas instituciones del Derecho familiar protectorio– busca suprimir la incapacidad a fin de llevar a cabo los actos de la vida civil. Cada instituto tiene su nota distintiva. La patria potestad es de ejercicio exclusivo de los progenitores; la tutela se refiere a los menores sin patria potestad y la curatela implica la protección de la persona mayor pero incapaz.

II. ETIMOLOGÍA

La doctrina indica dos orígenes para la palabra curatela.

Unos dicen que viene del latín *curo*, cuidar. Otros afirman que proviene del verbo *curare*, cuidador y que tiene otros sentidos como administrar, dirigir, cuidar, gobernar o, solamente, cargo de curador⁽⁸⁷¹⁾.

(869) La referència en las Institutas a los furiosos y pródigos: "*Furiosi quoque et prodigi, licet maiores vinguinquaginta annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum: sed solent Romae praefectus urbi vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare*". Lib. I, tít. XXIII, § 3.

(870) MEJÍA SALAS, Pedro. *Tutela, Curatela, Consejo de familia: Doctrina, modelos, jurisprudencia*, LEJ, Lima, 2003, pp. 87-88.

(871) MEJÍA SALAS, Pedro. Ob. cit., p. 91.

Lo cierto es que viene de la palabra latina *curator* que proviene del verbo *curare*, cuidar, preocupar.

Entonces, curador es aquel que cuida.

III. DEFINICIÓN

El término curatela tiene dos significados, uno general y otro especial. El primero referido al cuidado de personas o bienes; el segundo, más técnico, conferido a la institución legal que brinda protección a los mayores incapaces.

Para Cornejo Chávez⁽⁸⁷²⁾ es la figura de amparo del incapaz no protegido en general o para determinada situación ni por la tutela ni por la patria potestad, o de la persona capaz impedida de manera circunstancial cuya importancia reside en el cuidado y gestión de los bienes o de los intereses de esta persona y en la defensa de la misma. Con Guillermo Borda⁽⁸⁷³⁾ vemos que la curatela es la representación legal de los incapaces mayores de edad, como es el caso de los dementes, los sordomudos que no pueden hacerse comprender por escrito o penados. Bossert y Zannoni⁽⁸⁷⁴⁾ consideran que es la representación legal que se da a los mayores de edad que son incapaces. Según Chaves de Farias y Rosenvald⁽⁸⁷⁵⁾, en la doctrina brasilera, definen la curatela como la carga impuesta a una persona natural para cuidar y proteger a una persona mayor de edad que no puede autodeterminarse patrimonialmente a causa de una incapacidad. Es una forma de protección a una persona que, a pesar de mayor, no tiene plena capacidad jurídica. Según Rolf Madaleno⁽⁸⁷⁶⁾ consiste en el derecho de gobernar igualmente a la persona y los bienes de los incapaces mayores de edad, protegiendo la salud del curado como también colocando a salvo de riesgos a que está expuesto con relación a los terceros en función a su falta de conciencia. Según Maria Berenice Dias es un instituto protectivo de mayores de edad incapaces, sin condiciones de velar por sus propios intereses, regir su vida y administrar su patrimonio⁽⁸⁷⁷⁾.

Se trata de un instituto del Derecho de Familia que brinda de protección a los mayores de edad que no son aptos para cuidar de sus propios intereses, regir su vida y administrar sus bienes.

(872) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 413.

(873) BORDA, Guillermo. *Manual del Derecho de Familia*. Buenos Aires, 1965, p. 459.

(874) BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª edición actualizada, 2ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 612.

(875) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 879.

(876) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 1135.

(877) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 543.

IV. DENOMINACIÓN

Con el tiempo su denominación ha sido unánime, curatela. Doctrinariamente se conoce también como guardaduría o curaduría.

V. FINALIDAD

El precepto constitucional consagrado en el artículo 7 sostiene que la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridades. La curatela se inserta cómodamente en esta noción pincelada en la Carta magna considerando que su finalidad es preservar la salud y reemplazar la incapacidad de una persona con el objetivo de atender sus intereses personales y materiales.

Faculta a un sujeto llamado curador a fin de que se encargue de asistir a aquel desvalido, el curado, que de manera independiente no puede atender sus deberes ni ejercer sus derechos. La finalidad de la curatela como institución de amparo familiar es la de coadyuvar al bienestar y posible recuperación de la capacidad de obrar del incapaz así como el cuidado de la persona y/o bienes de los incapaces de ejercicio generalmente mayores de edad.

De la curatela se derivan dos obligaciones del curador:

- *Obligación principal*, que se recobre la capacidad de ejercicio en aquellos supuestos en que sea posible tal recuperación del incapaz.
- *Obligación complementaria*, cuidar del patrimonio (administrarlo y gobernarlo) del incapaz de ejercicio.

Una y otra obligación son importantes y se complementan. No solo la persona, ni fundamentalmente el patrimonio. *Debet non solum patrimonium, sed et corpus*. Ambos son de importancia pero debemos reconocer –junto con Magdalena Giavarino– que se trata de una institución con una fuerte impronta patrimonial⁽⁸⁷⁸⁾.

La función del curador debe diferenciarse. Como señalan Bossert y Zannoni si bien el caso del demente, la tarea fundamental a cargo del curador es la de tratar que recupere la salud mental, en el caso del sordomudo es tratar que aprenda a leer y escribir, y en el caso del inhabilitado, respecto del cual el curador cumple una función de asistencia y no de representación, tratará que supere su prodigalidad o su adicción al alcohol o estupefacientes⁽⁸⁷⁹⁾.

(878) GIAVARINO, Magdalena B. “La autonomía de gestión patrimonial. Variable en la relación curador–curado. En: *La Ley*, 18/02/2011, 4.

(879) BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 612.

Las razones que sustentan la curatela, según Mejía Salas⁽⁸⁸⁰⁾, son:

- El estado de desvaluación en que puede encontrarse una persona para ejercer sus derechos y cuidar sus intereses personales y patrimoniales.
- La injusticia que entrañaría el aprovechamiento por terceros inescrupulosos de tal situación de desamparo.
- El germen de disociación que ello implicaría si no evitara o corrigiera y castigara.
- Los sentimientos de piedad familiar, solidaridad familiar o social, fraternidad humana y caridad cristiana que impulsan al hombre normal a defender y proteger a quienes se hallen en tal estado *pietas*.

VI. NATURALEZA JURÍDICA

El fundamento de la curatela es el mismo que justifica la organización de cualquier otro instituto de protección de incapaces: la necesidad de salvaguardar y proteger su persona y bienes. Aquellos que no pueden defenderse por diferentes razones –temporal o permanente– no son capaces de ejercer sus derechos y tampoco cuidar sus intereses patrimoniales o personales⁽⁸⁸¹⁾ son atendidos por esta institución.

Conjuntamente con la patria potestad y la tutela constituyen un solo sistema de protección de los incapaces; además de buscar un mismo propósito, utilizan medios semejantes y están sustentadas en razones similares. Este hecho justifica la aplicación de normas de la patria potestad a la tutela y la aplicación de normas de esta última a la curatela cuando no estén previstas de forma expresa en el régimen. Hay muchos puntos en común entre tutela y curatela tanto que la doctrina dice que la curatela es “la tutela de los mayores”⁽⁸⁸²⁾. La tutela es el *genus* y la curatela la *spes*.

La curatela es un *munus público*, un servicio, una función de interés público relevante. Un encargo público, según María Helena Diniz⁽⁸⁸³⁾. Un cargo conferido por la ley, para Pontes de Miranda⁽⁸⁸⁴⁾. Es una prestación impuesta por la ley a una persona, indivisible y gratuita como el servicio de jurado o la prestación de los servicios de las elecciones, por cuyo ejercicio, el ciudadano ofrece un benefi-

(880) MEJÍA SALAS, Pedro. Ob. cit., p. 93.

(881) VALDIVIA DIAZ, Héctor. *Derecho de Familia*. 2ª edición, Editorial Jurídica Grijley, Arequipa, 1993, p. 283.

(882) Cfr. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 555.

(883) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 511.

(884) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1ª edición, Tomo IX: Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo, Bookseller, Campinas, 2000, p. 373.

cio colectivo, o en el interés de la patria, del orden social y legal, siendo una función que resulta de la solidaridad humana⁽⁸⁸⁵⁾. Como dice Lasarte⁽⁸⁸⁶⁾, la curatela es cargo u organismo tuitivo de segundo orden considerando que en primer lugar está la tutela y en tercer lugar está el defensor judicial, según el Código Civil español. Constituye, para Washington de Barros Monteiro⁽⁸⁸⁷⁾, una medida de amparo y protección, no es una penalidad.

La curatela es una institución jurídica de amparo familiar.

VII. CARACTERÍSTICAS

Las características de la curatela corresponden a las de la tutela, en gran proporción.

Se tipifica por la presencia de un interés no solo individual sino colectivo, por el carácter público del cargo, la obligatoriedad de su asunción y su ejercicio y la supervigilancia del Estado.

Entre las principales características tenemos:

1. Supletoria

La curatela es supletoria de la capacidad de la persona sometida a esta institución tuitiva. Opera a falta de capacidad del sujeto incapaz de ejercer sus derechos y cuidar de sus intereses personales y patrimoniales. La curatela suple la incapacidad de las personas para la práctica de los actos de la vida civil.

2. Personalísima e intransferible

No cabe delegar sus funciones a otras personas que no sean los curadores.

El cargo es *intuitu personae*.

3. Obligatoria y temporal

El curador debe asumir y ejercer el cargo durante todo el tiempo señalado (art. 517). Esta característica va de la mano con la anterior en razón que siendo su desempeño personal de su ejercicio derivan responsabilidades de naturaleza civil, penal y administrativa que trascienden durante el tiempo de vigencia.

(885) Cfr. SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no Direito brasileiro*. Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 8. Cit. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 1137.

(886) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 398.

(887) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: parte general, 40 edición, revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 590.

El vínculo curatelar rige en cuanto exista la incapacidad; readquirida no tiene razón continuar con el encargo⁽⁸⁸⁸⁾.

4. Representativa

El curador es el representante legal del incapaz en todos los actos de naturaleza civil.

Su cometido no es de una mera asistencia o de simple concurso al pupilo sino de una autentica representación. Se ocupará de su persona, de su rehabilitación y administrará sus bienes de la mejor forma posible.

5. Remunerada

La retribución se justifica en razón de las responsabilidades que dicho cargo genera, aparte del tiempo, esfuerzo y dedicación que requiere (aplicación supletoria art. 539 del CC).

6. Unipersonalidad

La curatela por regla es unipersonal pero el Código reconoce la curatela conjunta o compartida.

- La curatela de bienes puede ser encomendada a varios curadores cuando así lo exija la administración de los bienes (art. 601 del CC). Cada curador es responsable del bien que se le encarga. No hay responsabilidad solidaria respecto del actuar de los otros co-curadores por dos situaciones:
 - i) La solidaridad debe constituirse de forma expresa, no puede presumirse, vale decir, que o la ley la establece o se pacta.
 - ii) Habiendo una diversidad de bienes lo óptimo es encargar una administración individual, más aún si los bienes pueden perfectamente estar en lugares distintos.
- Los curadores especialmente nombrados para determinados bienes se encargarán de la administración de estos en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó (art. 608 del CC).
- Tratándose de designación de curador por testamento o escritura pública, pueden nombrarse dos o más curadores. Si fueren nombrados dos o más, los cargos serán desempeñados en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la curatela, esta será mancomunada (art. 505 del CC).

(888) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 967.

7. Institución de amparo familiar y protección de los incapaces

La curatela es una institución de amparo familiar. Se sustenta en el principio de Prevalencia del interés superior de las personas vulnerables (insanos, inhábiles).

Está dirigida al resguardo de quienes no pueden autodeterminarse ni velar por sus propios intereses por causa de su incapacidad. Se presenta como una institución protectora de resguardo a los desvalidos mayores de edad en su persona y bienes.

En base a su carácter proteccionista, la curatela confiere al curado la condición de dependiente del curador para todos los fines, inclusive providenciarlos, sometiéndolo a un régimen de representación y asistencia, dependiendo de su grado de incapacidad⁽⁸⁸⁹⁾.

8. Institución de interés social

Esta característica compone tanto el carácter publicista de la curatela como el hecho de modificar el estado civil de la persona del curado. Se dice que es una institución de interés social en razón que buscan proteger al incapaz y desvalido siendo sus normas de orden público que no pueden ser acordadas ni transadas por las partes al estar de por medio el estado civil, el sujeto y su patrimonio.

9. Se regula supletoriamente por las normas de la tutela

Supletoriamente se le aplican las normas de la tutela.

Tutela y curatela tienen un mismo fin, suplir la incapacidad. Esto significa considerar que el curador tiene los mismos derechos, garantías, obligaciones y prohibiciones que el tutor, de acuerdo con el artículo 568 del Código Civil. Las reglas de la tutela se aplican supletoriamente tomando en cuenta que la tutela es una institución de guarda general mientras que la curatela es especial, digamos parcial que complementa su tratamiento con las normas de la tutela, de acuerdo con el artículo 605 del Código Civil. A decir de Borda: “Son, pues, aplicables a esta institución las reglas de la tutela sobre el nombramiento, discernimiento del cargo, incapacidad para desempeñarlo, inventario, avalúo, distintas categorías legales, derechos y deberes, poderes de administración y disposición, rendición de cuentas, retribución, contralor del estado, cesación en el cargo, etcétera”⁽⁸⁹⁰⁾.

Las instituciones de la tutela y artículos aplicables son (ver anexo 1):

- Impedimentos, art. 515
- Excusa, art. 518

(889) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 880.

(890) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 334.

- Inventario, avalúo, art. 520, inc.1
- Discernimiento del cargo, art. 520, inc.3
- Representación especial, art. 527
- Administrar con diligencia ordinaria, art. 529
- Administración y disposición, arts. 532, 534 a 539
- Rendición de cuentas, arts. 541, 542
- Obligaciones sin dispensa, art. 548
- Retribución, art. 539
- Acabamiento, art. 549
- Cesación, art. 550
- Remoción, art. 554

VIII. SUJETOS

Son los sujetos de la curatela: el curado y el curador.

Cabe analizar la relación entre ambos. También el rol del juez en tanto vigente esté el cargo y la participación del Ministerio Público durante el proceso.

10. Curado

Llamado inhábil, interdicto, cuidado, curatelado. Persona con discapacidad (no discapacitado, ni incapaz), personas con capacidad restringida.

Es el *sujeto pasivo de la curatela*, siendo aquel a quien se le va a proteger. El protegido.

Es el mayor de edad protegido que:

- Se encuentren en una situación de incapacidad restringida de ejercicio de sus derechos y obligaciones.
- No puedan prescindir de socorros y cuidados permanentes respecto de su persona y patrimonio.
- No puedan dirigir sus negocios, o;
- Amenacen la seguridad ajena.

Son aquellos que no pueden ejercer plenamente los actos de la vida civil, necesitando representación y asistencia⁽⁸⁹¹⁾. Se trata de incapaces absolutos o relativos de ejercicio.

También pueden ser curados los menores de edad y en especial los mayores de 16 capaces de ejercicio (art. 46 del CC).

Están sujetos a curatela (art. 564 del CC) las personas a que se refiere los artículos 43, incisos 2 y 3; y 44 incisos 2 al 8 del Código Civil:

- Privados del discernimiento.
- Sordomudos, los ciegos sordos, y ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.
- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, que ha sustituido y ampliado el sentido de los débiles seniles del C.C. de 1936.
- Pródigos.
- Los que incurrn en mala gestión.
- Ebrios habituales.
- Toxicómanos.
- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Dependiendo del grado de incapacidad el juez al declarar la interdicción del incapaz fijará la extensión y los límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquel (art. 581). Esto, Berenice Dias⁽⁸⁹²⁾, lo considera como las graduaciones de la curatela la cual será conferida de acuerdo al estado del curado generando efectos distintos dependiendo de su nivel de conciencia; así tenemos, por ausencia total de capacidad, la interdicción será *absoluta* para todos los actos de la vida civil; mientras que para quien dispone de discernimiento parcial, la interdicción debe ser limitada, *relativa*.

Dice Limongi França⁽⁸⁹³⁾ que es preciso no confundir *interdicto* con *curatelado*, pues no todo *curatelado* es necesariamente un interdicto como también la condición de interdicto precede a la de curatelado.

10.1. Legitimidad pasiva del curado

La interdicción se demanda al curado, contra él. Es el demandado.

(891) LÓBO, Paulo. Ob. cit., p. 394.

(892) DIAS, Maria Berenice. Ob. cit., p. 546.

(893) LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición revisada y actualizada, Saraiva, Sao Pãolo, 1999, p. 360.

La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho.

La persona cuya interdicción se demanda actúa en el proceso por sí misma, mediante representante designado por ella o, en su defecto, por curador procesal.

10.2. Actos realizados por el curado

La sentencia que declara la incapacidad implica la limitación de los derechos del curado y su correspondiente incapacidad de ejercicio careciendo de valor los actos jurídicos *ex post* que realice. Los *ex ante* serán válidos y podrán ser anulados si la causa de la interdicción existía en la época de su realización. En todo caso, de no ser notorio el defecto que conlleva a la incapacidad, podrá obviarse la declaración de nulidad si los intervinientes actuaron de buena.

10.3. Actos prohibidos al curado

Los incapaces declarados interdictos tienen restringida su capacidad de celebrar actos jurídicos con plena validez. El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador.

El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración (art. 591); sin embargo, consideramos que debe prevalecer el hecho de que, a pesar de la interdicción, la persona se muestre apta para administrar sus ingresos a nivel doméstico y cotidiano, lo que debe justificar el reconocimiento de su poder de autogestión, como un derecho propio de la persona de desarrollarse.

11. Curador

Llamado cuidador, preceptor, administrador, guardador.

Es el *sujeto activo de la curatela*, es aquel a quien le corresponde de su ejercicio. Quien ejerce la curatela. El protector.

Es aquella persona natural, capaz de ejercicio, designada por el juez que actúa en nombre y representación del incapaz mayor de edad. Conceptualmente es aquel encargado del cuidado de la persona y bienes del interdicto sometido a la curatela. Debe ser mayor de edad siendo indiferente el sexo para su designación, puede haber una curadora para un curado u un curador para una curada.

Excepcionalmente, el cargo puede recaer en una persona jurídica (art. 435, inc. 2) en el caso de hijos sujetos a la patria potestad de uno solo de los padres el juez puede confiar la administración de los bienes de estos a un curador cuando el otro padre lo haya nombrado en su testamento y el juez lo estimare conveniente.

El curador es un funcionario público⁽⁸⁹⁴⁾, criterio este que se puede sustentar en el hecho de que la curatela es un encargo público *conferido por ley* a alguien⁽⁸⁹⁵⁾, de allí que se sostenga que el curador opera como “brazo ejecutor” de la tutela jurisdiccional⁽⁸⁹⁶⁾.

11.1. Tipos

11.1.1. Curador definitivo

Es aquel declarado en sentencia firme. Este es designado generalmente por un tiempo indefinido y para la generalidad de actos jurídicos del incapaz de ejercicio.

11.1.2. Curador provisional

El juez, en cualquier estado del proceso, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción fue solicitada y designarle un curador provisional de acuerdo con el artículo 567 del Código Civil.

11.2. Funciones

La principal función del curador es proteger al incapaz, en persona y bienes, logrando en la medida de lo posible su recuperación e intentando que supere la causa que originó su incapacidad. Respecto de los bienes, el curador dispone de atribuciones y obligaciones patrimoniales tales como la representación, asistencia y asesoramiento de los negocios del curado, de acuerdo con el artículo 576 del Código Civil.

El curador de pródigos, malos gestores, ebrios habituales y/o toxicómanos que tiene hijos menores representarán legalmente a los hijos menores de dichos incapaces, administrando sus bienes, a menos que estén bajo la patria potestad del otro padre o que tengan tutor.

En alguna medida, por el principio de economía, el curador del incapaz que tenga hijos menores será tutor de estos, de acuerdo con el artículo (art. 580). Se presenta un caso especial de doble cargo curador/tutor evitando que existan un curador para el padre y un tutor para los hijos de este, concordando los artículos 592 y 596 del Código Civil.

El curador gozará de las siguientes atribuciones que podemos agruparlas en dos clases:

(894) SÁNCHEZ VERA, Wilbert. “Curador designado por el consejo de familia”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 3ª edición, abril de 2011, p. 364.

(895) LIMONGI FRANÇA, Rubens. Ob. cit., p. 360.

(896) GIAVARINO, Magdalena B. “El discernimiento de la curatela. La idoneidad del curador”. En: *La Ley*, 2008-E, 486. El discernimiento de la curatela. La idoneidad del curador LA LEY 2008-E, 486 Giavarino, Magdalena B

11.2.1. Atribuciones referentes a la persona del incapaz

Dentro de las atribuciones personales o extrapatrimoniales que tiene el curador respecto del incapaz, está la de proveer a su sostenimiento, protegerlo, procurar su restablecimiento, representarlo o asistirlo en sus negocios, según el grado de su incapacidad, de acuerdo con el artículo 576 del Código Civil. El curador puede emplear los frutos de los bienes del incapaz y, en su caso y previa autorización judicial, también los bienes capitales, de acuerdo con el artículo 577 del Código Civil.

11.2.2. Atribuciones patrimoniales

Respecto de las atribuciones patrimoniales que tiene el curador respecto del incapaz, estas, deben ser precisadas por el juez al declarar la interdicción.

En caso exista duda si un determinado acto está comprendido o no en la resolución judicial de interdicción, o si a juicio del mismo curador es conveniente extenderla, el juez resolverá observando los mismos trámites de interdicción, de acuerdo con el artículo 581 del Código Civil.

11.3. Curador y curado

De presentarse un conflicto entre los intereses del curador con los del curado se preferirá siempre a los de este⁽⁸⁹⁷⁾.

Se suspende la prescripción entre los incapaces y sus curadores durante el ejercicio de la curatela, de acuerdo con el artículo 1994, inciso 5 del Código Civil. (art. 1994, inc. 5).

12. Juez

El juez es una parte más.

Decide la prelación de la curatela legítima (art. 569, inc. 3 del CC), fija la extensión y límites de la curatela (art. 581); asimismo, el juez que nombra al curador puede señalarle sus facultades y obligaciones (art. 605 del CC).

En tanto esté vigente el cargo de curador, el juez tiene un rol activo de seguimiento del cargo.

13. Ministerio Público

El Ministerio Público es estos procesos interviene como dictaminador (art. 96, inciso 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público), en su calidad de *custos legis* guardián de la ley.

(897) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 250.

14. Tutor de tratamiento

Surge de acuerdo a la autonomía de la voluntad de aquel que en su momento será paciente. Es una figura aplicable para los mayores de edad, en verdad debería llamarse curador de tratamiento.

El tutor de tratamiento: “Es aquel [que] controla el cumplimiento del tratamiento indicado, para evitar recidivas en un cuadro psiquiátrico-psicológico, en forma alguna justifica la declaración de inhabilitación en general, sino que implica un discreto control de tratamiento, destinado a asegurar los derechos a la salud y a la libertad de la persona involucrada, que no agravia su intimidad, sino que la beneficia ampliamente”⁽⁸⁹⁸⁾.

IX. SOLICITUD Y EJERCICIO DE LA CURATELA

Se realiza a través del proceso judicial de interdicción, llamada también curatela de interdictos a través del cual se investiga y declara la incapacidad de la persona mayor de edad⁽⁸⁹⁹⁾. Recordemos que la capacidad de las personas es la que se presume mientras que la incapacidad de ejercicio es la que tiene que ser acreditada.

Pueden pedir la interdicción judicial del incapaz, el cónyuge, parientes y el Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 583 del Código Civil.

Se trata de un procedimiento judicial regido por la jurisdicción voluntaria. La curatela definitiva será confiada, terminando el trámite de la interdicción, a la persona llamada por ley a desempeñarla.

Los pasos para el nombramiento de curador son:

- Que no exista impedimento para su nombramiento,
- Que no se haya excusado
- Que haya realizado la formación de inventario,
- Que proceda a la constitución de garantía,
- Que haya discernimiento del cargo,
- Que se proceda al registro e inscripción registral correspondiente.

X. IMPEDIMENTOS, EXCUSAS Y REQUISITOS

Como hemos referido, a la curatela se le aplican supletoriamente las normas de la tutela.

(898) PONCE, Carlos Raúl. Ob. cit., 626.

(899) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 893.

15. Impedimentos y excusas del curador

Nada específico dice nuestro ordenamiento jurídico acerca de estos temas.

De esta forma las mismas circunstancias que incapacitan a alguien para el cargo y desempeño de la tutela, así como las que facultan al llamado o designado para excusarse, tienen vigencia tratándose de la curatela, de acuerdo con el artículo 568 del Código Civil.

16. Requisitos previos para el ejercicio del curador

Antes de iniciar el ejercicio de sus funciones el curador debe:

- Declararse la interdicción del incapaz, de acuerdo con el artículo 566 del Código Civil. (art. 566). En el caso del penado no es necesaria declaración expresa pues la interdicción va anexa a la pena.
- Formular un inventario judicial de los bienes del incapaz;
- Otorgar garantía real o, en su defecto, personal a fin de asegurar su gestión;
- Discernir el cargo ante el juez; e,
- Inscribir en el Registro Personal el acto de discernimiento.

XI. TIPOS DE CURATELA

Los tipos o especies de curatelas son:

17. Por el estado o calidad del curado

El Código se ocupa separadamente de tres clases de curatela:

17.1. Curatela típica

También llamada ordinaria.

Es instituida exclusivamente para incapaces mayores de edad y confieren al curador facultades vinculadas al cuidado de la persona y patrimonio del curado.

Comprende a tres grupos de incapaces:

- Personas privadas de discernimiento, que sufren retardo o deterioro mental, sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad;
- Pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos; y
- Condenados a pena que lleva anexa la inhabilitación.

17.1.1. Pródigo y el mal gestor. Ebrio habitual y toxicómano

El curador del pródigo cumple funciones circunscritas en el ámbito patrimonial, de gravamen y disposición. El incapaz conserva la dirección de su persona y la administración mínima de su patrimonio, de mera administración. Está prohibido de celebrar actos onerosos de importancia, *i.e.* actos de disposición.

Las funciones del curador frente al pródigo y mal gestor no son iguales a las del ebrio o toxicómano. En las primeras se pone énfasis en los problemas de carácter patrimonial y se busca evitar el riesgo en la pérdida de sus bienes. Con el ebrio habitual y toxicómano, además del peligro de menoscabo patrimonial, también se pone empeño en el cuidado, defensa y dirección de la persona además de su rehabilitación (arts. 590, en concordancia con los arts. 576 y 578 del CC).

El pródigo, mal gestor, ebrio habitual y toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración (art. 591 del CC).

17.1.2. Penado

La curatela del penado es un caso *sui generis*.

El penado es aquel que al culminar un proceso penal se le impone una pena de internamiento, penitenciaria o relegación. La interdicción civil no es una pena. Es una circunstancia que acompaña a ciertas penas y, concretamente, a la de internamiento, de acuerdo con el artículo 31 del Código Penal, e implica una pena limitativa de derechos, inciso 3. La inhabilitación va automáticamente anexa a la condena penal, razón por la cual no se necesita seguir un trámite civil de interdicción previo al nombramiento de un curador y dura tanto como la condena misma.

Ejecutoriada la sentencia que conlleve la interdicción civil el fiscal pedirá, dentro de las 24 horas, el nombramiento de curador. Si no lo hiciera, será responsable de los daños que sobrevengan. También pueden pedir el nombramiento de curador el cónyuge y los parientes del interdicto (art. 595 del CC).

17.1.3. Fin de la curatela típica y del cargo del curador

Acaba por innecesaridad de la figura.

El cargo de curador termina cuando, pese a que el incapaz continúa siéndolo y sigue, por ello, necesitado de curador quien venía ejerciendo el cargo no puede continuar en él.

17.2. Curatela de bienes

También llamada extraordinaria, de administración de bienes o *ad bona*.

Se refiere a la custodia y manejo de un patrimonio que puede o no tener titular.

Estas curatelas están previstas para cuatro casos concretos:

- Ausente o desaparecido;
- Concebido;
- Bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, y;
- Usufructuario que no presta las garantías legales.

17.2.1. Curatela de los bienes del desaparecido y del ausente

- *Del desaparecido propiamente dicho.*

Procede la designación de curador interino a menos de que exista mandatario con facultades suficientes (art. 47 del CC). Esta curatela se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618 del Código Civil en cuanto sean pertinentes.

La curatela corresponde en primer lugar, al cónyuge no separado judicialmente en su defecto a los padres. Si no los hay entran los descendientes prefiriéndose el más próximo al más remoto y, en igualdad de grado, al más idóneo según decisión del juez con audiencia del consejo de familia. A falta de los anteriores, a los abuelos y demás ascendientes, y finalmente a los hermanos, observándose, si hay, las mismas reglas reseñadas (art. 569 del CC). Si no existe ninguno de los familiares indicados, la curatela corresponde a la persona que se designe libremente el consejo de familia (ya que solo la última parte del artículo 573 del Código Civil es aplicable al caso bajo estudio, tanto porque el artículo 597 del Código Civil no se remite al 572 del Código Civil, cuanto porque parece inverosímil que los padres prevean el caso que algún día uno de sus hijos desaparezca) o el juez (art. 597 del CC), en defecto del consejo de familia.

En lo que concierne a las funciones y atribuciones del curador, se circunscriben a los actos de simple custodia y conservación y los necesarios para el cobro de créditos y el pago de deudas. Excepcionalmente, los actos que exceden de aquellos límites que no cubren siquiera los demás actos de simple administración podrán ser realizados por el curador si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez con audiencia previa del consejo de familia (art. 602).

Con relación a la atribución que se acaba de mencionar, corresponde al curador la representación en juicio, incluso, por cierto, en aquellos en terceras personas tengan créditos contra bienes (art. 603 del CC); sin perjuicio de ello, el juez que nombró al curador puede señalarle sus facultades y obligaciones, según las circunstancias de cada caso y rigiéndose por lo que está previsto para los tutores (art. 605).

- *Declarada la ausencia.*

En caso de no poderse entregar los bienes en posesión temporal a quienes serían los herederos forzosos –no existen– continuará en sus funciones el curador interino de bienes (art. 50).

17.2.2. Curatela de los bienes del concebido

Es el caso del *curator ad ventris* o curador de vientres. Trata el caso del hijo concebido cuyo padre muere, orfandad parcial esta que determina la calidad de hijo póstumo.

Esta curatela tiene por objeto custodiar y conservar los bienes que han de corresponder al que está por nacer –concebido– si el padre falleciere estando la madre destituida de la patria potestad (art. 598 del CC).

El hijo póstumo (*filius postumus: post, después; humus, enterrar*) es aquel que nace luego de muerto el padre pero que se le reputa matrimonial. Termina siendo el último de los hijos. Existiendo un sujeto de derecho, el concebido es tal para todo lo que le favorece y está bajo el amparo de su padre y madre. Si aquel fallece y esta no pudiere ejercer la patria potestad queda desamparado por lo que se requiere de alguien que custodie y vele por la conservación de sus bienes (por ejemplo, en caso de recibir una herencia, legado o donación).

La ley prefiere que la persona que desempeñe la curatela sea la designada por el padre para la tutela del hijo o para la curatela de sus bienes. Cuando el padre no ha hecho tal designación esta recaerá en el curador de la madre, si esta fuere incapaz, sin duda se trata de una cuestión de economía. Si no existe curador de la madre, por no ser ella incapaz o por otro motivo, la curatela de bienes del póstumo será confiada a la persona que designe libremente el juez.

La curatela de los derechos del que está por nacer cesa por su nacimiento o por su muerte (art. 617 del CC) *a simili* –también– se extingue la representación del concebido. A partir de dicho momento desaparece la incertidumbre. Si nace muerto, la situación es igual a si no hubiere sido concebido; si nace vivo, la curatela transitoria de sus derechos debe ser sustituida por la tutela (a no ser que la madre recobre el ejercicio de la patria potestad).

17.2.3. Curatela de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie

El juez, de oficio o (i) a pedido del Ministerio Público o (ii) de cualquier persona que tenga interés legítimo deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumba a nadie instituyendo una curatela (art. 599 del CC), especialmente:

17.2.3.1. Cuando los derechos sucesorios sean inciertos

Es la denominada herencia yacente (art. 599, inc. 1 del CC).

Estos casos deben ser estudiados en concordancia con las disposiciones del Libro de Sucesiones, de las cuales se desprende:

- i) Que, ordinariamente, los herederos son designados dentro de los límites legales por el mismo causante en su testamento;
- ii) Que, cuando no exista tal designación o esta resulte inválida, la herencia corresponde a los herederos legales (art. 816 del CC).
- iii) Que, cuando no existen estos parientes, los bienes se adjudiquen al Estado y a las beneficencias públicas (art. 830 del CC).

Si al fallecimiento del causante aparecen sus herederos testamentarios o son declarados judicialmente los legales o los bienes son atribuidos a los organismos públicos carece de objeto instituir curatela para tal herencia.

En los casos que:

- No se sepa si existen herederos testamentarios; o,
- Existiendo, no aparecen; o,
- Cuando aún no han sido declarados herederos legales y se ignora si los hay; o,
- Cuando se produce alguna otra eventualidad semejante.

En cualquiera de estos casos debe instituirse curatela.

17.2.3.2. Cuando una asociación o un comité no puedan seguir funcionando por cualquier causa sin haberse previsto solución alguna en el estatuto

En caso de que la asociación no pueda seguir funcionando y de no haberse previsto en el estatuto normas al respecto se procede de conformidad con lo preceptuado en el artículo 599, inciso 2 del Código Civil (art. 97 del CC). En este caso, el juez de primera instancia, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, proveerá a la administración de dichos bienes.

Esta misma mecánica se aplica al comité (art. 123 del CC).

17.2.3.3. Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o de escoger un mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador

Más que incapacidad, en sentido técnico, se refiere a aquella persona no apta –inepta– para administrar por sí misma su patrimonio o una parte de él o designar un mandatario al efecto (art. 599, inc. 3 del CC).

En cuanto al término de esta curatela, el Código Civil no trae más norma que la contenida en el genérico artículo 615 del Código Civil, según el cual la curatela de los bienes cesa por la extinción de estos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron.

17.2.4. Curatela de bienes dados en usufructo

El usufructuario tiene la obligación a prestar garantía frente al derecho de usufructo del cual goza o la que ordene el juez, cuando este encuentre que pueden pelear los derechos del nudo propietario (art. 1007 del CC).

El artículo 600 del Código Civil establece que cuando el usufructuario no preste las garantías el juez a pedido del propietario nombrará curador. Esta norma no es aplicable en el caso de los padres que usufructúan bienes de sus hijos (art. 426 del CC).

El espíritu normativo es asegurar al propietario que al vencimiento del usufructo el bien le sea devuelto en buenas condiciones; pero, no quiere decir que la falta de constitución de garantía invalide el usufructo.

La designación de un curador de bienes atiende y justifica ambas situaciones.

Caso especial de curatela de bienes. La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. La madre menor de edad goza de la patria potestad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de este, cuando el padre no tenga la patria potestad (art. 421 *in fine*).

17.2.5. Funciones del curador de bienes

Las funciones del curador de bienes pueden clasificarse en tres grupos, a saber:

Manejo de los bienes Actos de administración relacionados con la custodia y conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas (art. 602).

Estas funciones no incluyen actos de gravamen, ni disposición.

Para cualquier otro acto, aunque sea puramente administrativo, se requiere autorización judicial que será otorgada cuando se demuestre su necesidad o utilidad, previa audiencia del consejo de familia.

Representación en proceso del titular de los bienes El curador de bienes goza de representación procesal (art. 603 del CC).

Facultades y obligaciones establecidas por el juez según las circunstancias	Las que señale el juez al momento de nombrar al curador, atendiéndose a las normas de la tutela (art. 605 del CC).
	Es el juez quien deberá precisar los alcances de la misma, una vez declarada la interdicción, en virtud del grado de incapacidad ^(*) .

(*) MEJÍA SALAS, Pedro. *Tutela, Curatela, Consejo de familia: Doctrina, modelos, jurisprudencia*. LEJ, Lima, 2003, pp. 87-88

17.2.6. Pluralidad de curadores. Cocuradores

La curatela por regla es unipersonal pero el Código reconoce la curatela conjunta o compartida.

- La curatela de bienes puede ser encomendada a varios curadores cuando así lo exija la administración de los bienes (art. 601 del CC). Cada curador es responsable del bien que se le encarga. No hay responsabilidad solidaria respecto del actuar de los otros cocuradores por dos situaciones:
 - iii. La solidaridad debe constituirse de forma expresa, no puede presumirse, vale decir, que o la ley la establece o se pacta.
 - iv. Habiendo una diversidad de bienes lo óptimo es encargar una administración individual, más aún si los bienes pueden perfectamente estar en lugares distintos.
- Los curadores especialmente nombrados para determinados bienes se encargarán de la administración de estos en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó (art. 608 del CC).
- Tratándose de designación de curador por testamento o escritura pública, pueden nombrarse dos o más curadores. Si fueren nombrados dos o más, los cargos serán desempeñados en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la curatela, esta será mancomunada (art. 505 del CC).

17.2.7. Juez competente

Es juez competente para instituir la curatela el del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes (art. 601 del CC).

17.2.8. Cesación

La curatela:

- De los bienes cesa por la extinción de estos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron (art. 615 del CC).

- De los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto (art. 616 del CC).
- De los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte (art. 617 del CC).

17.3. Curatelas especiales

Son instituidas para casos específicos, concretos, delimitados designándose curados a los incapaces mayores o menores de edad. Puede incluir atribuciones respecto de la persona pero, ordinariamente, solo se dirigen a la defensa o administración de bienes o intereses económicos del incapaz.

17.3.1. Para asuntos determinados

Por regla general en todas las curatelas el curado no es capaz de cautelar sus propios intereses ni tiene persona que los vigile.

17.3.2. Casos en que procede la curatela especial

Se nombra curador especial en los siguientes casos (art. 606 del CC):

- Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.
- Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres.
- Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos.
- Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común.
- Los menores o incapaces tengan bienes lejos de su domicilio que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador.
- Hayan negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquel.
- Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.
- El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones.
- Una persona capaz no puede intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.

17.3.3. Nombramiento

El nombramiento del curador especial corresponde al juez.

En todos los demás supuestos el nombramiento corresponde al consejo de familia (art. 609 del CC).

Debe tenerse presente que en caso de que el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos se nombrará curador especial que vele por los hijos. El juez, a petición del padre o de la madre, del Ministerio Público, de cualquier otra persona o de oficio, conferirá el cargo al pariente a quien corresponda la tutela legítima. A falta de este, el consejo de familia elegirá a otro pariente o a un extraño (art. 460 del CC).

17.3.4. Funciones

Las pautas a que debe ceñirse el curador especial son:

- Quien nombra al curador, sea el consejo de familia o el juez, conferirá las facultades pertinentes y que se ajusten al caso en particular.
- La representación procesal está implícita en el cargo.
- Para la disposición de bienes o negocios la facultad debe ser expresa.
- Tratándose de la administración de bienes son las ordinarias.

Cabe la posibilidad de que el curador especial se dirija a quien lo nombró exigiendo facultades determinadas o especiales en la medida que no le fueron impartidas las necesarias o fueren insuficientes las que se le confirieron.

17.4. Especies intermedias

Pontes de Miranda⁽⁹⁰⁰⁾ considera, analizando el Derecho brasilero, que existen especies intermedias entre la tutela y la curatela, refiriéndose al caso del *curador ad litem* y las *curatelas prorrogadas o extensivas* que es aquella cuyas funciones de curador se extienden a los hijos del curado en calidad de tutor (art. 598 del Código Civil peruano), funcionando como una simple tutela.

Consideramos que más que tres (3) tipos de curatela, existen dos (2) tipos, la típica y la atípica:

Típica	Atípica				
	Curatela de bienes				Curatela especial
Privados de discernimiento, pródigo, mal gestor, ebrio habitual, toxicómano penado	Desaparecido o ausente	Concebido	Bienes que no incumben a nadie	Bienes dados en usufructo	Todas aquellas establecidas por la ley

(900) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 378.

18. Por la forma de su naturaleza

La curatela de acuerdo a su naturaleza puede ser:

- Legítima, establecida por la ley.
- Escrituraria o testamentaria, establecida por la voluntad de una persona.
- Dativa, establecida por el juez.

Por la forma de su naturaleza		
Legítima	Escrituraria o testamentaria	Dativa
Por ley	Por voluntad	Por el Juez

18.1. Curatela legítima

También llamada legal. Es establecida e impuesta por la ley.

La curatela, al ser una institución de amparo a los incapaces mayores de edad, y en el entendido de que estos tienen cónyuges e hijos, la ley impone un orden de preferencia a efectos de establecer a quien corresponde el cargo. Además, este orden de preferencia para ejercerla es lo que la diferencia de la tutela observándose un mayor grado de efectividad o disponibilidad para el cuidado⁽⁹⁰¹⁾.

Se dice que es legítima porque concierne por orden natural y originario a ciertas personas a efectos de que velen por los intereses de otra con quien la une un vínculo conyugal o parental, lo que es reconocido e impuesto por la ley.

Recientemente, se han incorporado en nuestro medio las denominadas estipulaciones de penúltima voluntad⁽⁹⁰²⁾ que permiten a una persona designar a quien será su futuro curador o, en su caso, quien no podría ser nombrado como tal, lo cual deja de lado los criterios de orden natural que establecía la ley.

18.1.1. Autotutela

Mediante Ley N° 29633⁽⁹⁰³⁾, Ley que fortalece la tutela del incapaz, se complementa la institución de la curatela modificándose, vía ampliación, el artículo 568 del Código Civil al incorporar la estipulación de autotutela para la propia incapacidad. A través de esta institución una persona capaz de ejercicio puede anticipadamente establecer la protección de su persona y bienes ante su propia incapacidad futura, facultándosele a que (i) nombre su propio curador; (ii) indicar sus facultades, o; (iii) disponer quiénes no pueden ser designados como tal. Esta innovadora institución del derecho de personas y familia permite superar la situación

(901) LÓBO, Paulo. Ob. cit., p. 394.

(902) MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: La penúltima voluntad*. Grijley, Lima, 2009. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Nombramiento personal de curador". En: *Revista jurídica del Perú*. N° 119, enero de 2011.

(903) DOEP. 17/10/2010.

en la cual se entrega exclusivamente al juez la facultad de resolver o designar la persona que ejercerá el cargo de curador en aquellos supuestos en los cuales ciertas personas, sin distinción de edad, les toca atravesar por un periodo prolongado de vida con limitaciones a la capacidad⁽⁹⁰⁴⁾.

Las razones y circunstancias que pueden colocar a la persona ante la medida extrema, de tener la urgencia de declarar su voluntad con respecto a situaciones que se pudieran presentar dentro de un estado de limitación de su capacidad que él presume o conoce con certeza ocurrirá en un corto plazo, son muy variadas, como por ejemplo, problemas de salud o realización de actividades de alto riesgo⁽⁹⁰⁵⁾.

Nos explica Mejía Rosasco que el avance de la medicina permite diagnosticar y determinar con cierto grado de anticipación y certeza la existencia de una enfermedad o deterioro personal que afectará la capacidad del individuo para expresarse o para valerse por sí mismo. Este diagnóstico se produce aún antes que tenga los primeros síntomas del deterioro que llegará, esto es que toma conocimiento que perderá sus facultades cuando aún se encuentra en pleno goce de ellas⁽⁹⁰⁶⁾. En otras situaciones, sea en virtud del alto riesgo implícito en la actividad profesional que desarrolla un sujeto o sea virtud de una situación meramente circunstancial, puede verse expuesto a sufrir accidentes que, igualmente, afecten su capacidad –sin llegar a quitarle la vida– condenándolos a periodos largos sin tener la posibilidad de tomar decisiones las que son trasladadas a terceros que las tomarán en función de su propia concepción (no necesariamente tomarán las decisiones que el sujeto incapaz hubiese adoptado).

Así también, y en general, podemos pensar en todos aquellos supuestos en los que un sujeto, responsable y consciente que la muerte es el fin ineludible de todo ser humano, reflexiona sobre la posibilidad que esta llegue precedida de un periodo de incapacidad y conociendo su propia situación familiar resulta de su interés expresar con anticipación quién será la persona que tendrá la facultad de tomar las decisiones respecto a su persona.

La denominada autotutela ante la propia incapacidad tiene como sustento el legítimo ejercicio de derecho a la autodeterminación. De forma tal que, en previsión de que en un futuro sea declarado judicialmente incapaz en un proceso de interdicción, se le reconoce la libertad para elegir quién será el responsable del cuidado de su vida y patrimonio. Con esta institución se reconoce el derecho para

(904) CANALES TORRES, Claudia. La Voluntad Anticipada versus la Curatela Legítima. La Autotutela introducida por la Ley N° 29633. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 119. Editorial Normas Legales S.A., Lima, enero 2011, p. 25.

(905) Ídem.

(906) MEJÍA ROSASCO DE ELÍAS, Rosalía. La Declaración de La Penúltima Voluntad: Regulaciones Para La Propia Incapacidad. En: <<http://www.notariarosaliamejia.com>>. Lima, 2008.

que una persona escoja y designe a su curador concediéndole las atribuciones que tenga a bien⁽⁹⁰⁷⁾.

La penúltima voluntad, como también se le conoce, es una forma extraordinaria para que en vida podamos designar o vetar a quien cuide de nuestra persona y bienes. Estas manifestaciones, distintas e independientes a las declaraciones de última voluntad –los testamentos– son situaciones sui generis y únicas, por ello requieren de la creación de normas especiales y diferentes a las ya establecidas para otros casos en que el sujeto expresa su voluntad a través del documento que tiene vigencia a partir de su muerte, esto es, que expresa lo que él ya no puede o a través de tercera persona aunque él esté vivo y en aptitud de hacerlo por sí mismo, como es el mandato⁽⁹⁰⁸⁾.

La Ley N° 29633 en su artículo 1 dispone que:

“Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp). El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez. Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador”.

Este acto se formaliza mediante Escritura Pública con la presencia de dos testigos y se inscribe en el Registro Personal-SUNARP. El sujeto, formalizando su voluntad, decide respecto de quien velará por su persona y bienes con la seguridad de que su decisión será la más beneficiosa y favorable. Al modificarse, ampliarse o limitarse tal acto jurídico unilateral debe cumplirse con las mismas formalidades que para su otorgamiento.

Iniciado un proceso de interdicción, el juez recabará la certificación del Registro a efectos de verificar la existencia del nombramiento de curador, sus facultades o, en su caso, el impedimento impuesto a que cierta persona sea designada. La voluntad debe ser respetada por el juez.

Asimismo el artículo 2 de la citada ley modifica en primer lugar el artículo 569 del Código Civil estableciendo que:

(907) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Nombramiento personal de curador. En: <<http://www.enriquevarsi.com>>. Lima, 2011.

(908) MEJÍA ROSASCO DE ELÍAS, Rosalía. La Declaración de La Penúltima Voluntad: Regulaciones Para La Propia Incapacidad. En: <<http://www.notariarosaliamejia.com>>, Lima, 2008.

“A falta de curador nombrado conforme al artículo 568-A, la curatela de las personas mencionadas en los artículos 43, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde: 1.- Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el artículo 289; 2.- A los padres; 3.- A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al consejo de familia necesariamente; 4.- A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior; 5.- A los hermanos”.

Esta modificación precisa, en primer lugar, que la prelación de la curatela legítima se aplica a falta o en ausencia de nombramiento previo de curador. En lo que respecta al cónyuge que tiene, respecto de la curatela legítima, la primera prelación, se precisa que no debe tener la condición de separado, ni judicialmente ni notarialmente, en una clara adecuación de la disposición a la separación convencional notarial introducida partir de la Ley N° 29227⁽⁹⁰⁹⁾ que regula el Procedimiento No Contencioso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior y su Reglamento, aprobado por DS. N° 009-2008-JUS⁽⁹¹⁰⁾. Se precisa que el cónyuge para tener esta prelación para la curatela legítima, debe cumplir lo establecido en el artículo 289, el cual se ocupa del deber de cohabitación estableciendo que:

“Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”.

En este contexto se da entonces la opción legislativa a que una persona mayor de edad con plena capacidad de ejercicio realice el nombramiento de un curador en una actitud previsor de una posible situación de incapacidad e interdicción en el futuro. Por lo tanto, la prelación para la curatela legítima se aplicará de manera supletoria a la manifestación de voluntad, ante la ausencia de tal nombramiento de curador. Solo a falta de nombramiento de curador se aplica la prelación de curatela legítima consagrada en el artículo 569 del Código Civil.

18.1.2. Curador legítimo

A falta de curador nombrado conforme al artículo 568-A, la curatela se establece con base en el llamamiento directo que hace la ley sobre las siguientes personas, de acuerdo con el artículo 569 del Código Civil:

1. Cónyuge no separado judicialmente;

(909) DOEP., 16/05/2008.

(910) DOEP., 13/06/2008.

2. Padres;
3. Descendientes, prefiriéndose al más próximo al más remoto y, en igualdad de grado, al más idóneo;
4. Abuelos y otros ascendientes, regulándose la designación en la misma forma señalada para los descendientes, y;
5. Hermanos.

Los directores de los asilos son curadores legítimos interinos de los incapaces asilados (art. 570 del CC).

La curatela legítima le corresponde a las personas privadas de discernimiento, sordomudo, ciegosordo y ciegomudo (art. 43, incs. 2 y 3 del CC), retardados mentales o a los que adolecieren de deficiencia mental (art. 44, 2 y 3 del CC).

Estos para ser declarados incapaces y se les nombre curador se requiere (art. 571 del CC):

- Que no puedan dirigir sus negocios,
- Que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o,
- Que amenacen la seguridad ajena.

Tanto el curador como el curado legítimo son personas designada por la ley.

18.2. Curatela testamentaria o escrituraria

Cuando no hay personas llamadas a la curatela legítima (art. 569 del CC) la ley permite que los padres nombren curador por testamento o escritura pública para los hijos privados de discernimiento, sordomudo, ciegosordo y ciegomudo (art. 43, incs. 2 y 3 del CC), retardados mentales o a los que adolecieren de deficiencia mental (art. 44, 2 y 3 del CC), en todos los casos en que puedan darles tutor si fueran menores (art. 572 del CC).

Este llamamiento está sujeto a las siguientes condiciones:

- De incapaces mayores de edad: (i) Hubieren estado bajo la patria potestad su(s) padre(s), y; (ii) Fuera posible que sus padres les nombren tutor.
- La designación del curador debe ser por ambos padres, sin embargo si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de curador que hiciere el otro, aunque este muera primero (aplicación supletoria del artículo 504 del CC).
- La designación debe ser hecha por testamento o por escritura pública.

- El curador está obligado a hacer inventario judicial, prestar garantía y rendir todas las cuentas.

Pluralidad de curadores. Cabe la posibilidad que se nombren dos o más curadores en testamento o por escritura pública. En este caso, el cargo será desempeñado en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la curatela esta será mancomunada (aplicación supletoria del artículo 505 del CC).

18.3. Curatela dativa

También llamada judicial (es la antigua curatela *honoraria* del Derecho Romano).

Dativa viene del latín *dativus*, del verbo *dare*, dar. Razón por la que Suárez Franco sostenga que su nombre proviene al ser el juez quien la *da* a su entera libertad⁽⁹¹¹⁾.

A falta de curador legítimo y curador testamentario o escriturario, la curatela corresponderá a la persona designada por el consejo de familia (art. 573 del CC) ratificado por el juez. Se trata de una curatela de excepción que opera a falta de las otras dos.

Corresponde la curatela dativa a los pródigos y malos gestores (art. 587 del CC), ebrios y toxicómanos (art. 588 del CC).

De los artículos 582 y 585 del Código Civil se desprende que la interdicción puede ser demandada:

- a) Por el cónyuge;
- b) Parientes; y,
- c) Por el Ministerio Público.

Los convivientes no están reconocidos por ley, aunque un análisis jurídico sustentado en la equidad justificaría que pueda ser declarado curador⁽⁹¹²⁾.

(911) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 270.

(912) “Por sentencia del doctor Arturo R. Yungano, titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 15 de la Capital Federal, dictada el 7 de marzo de 1986, se declaró la inhabilitación de una mujer disminuida en sus facultades mentales (art. 152 bis, inc. 2, Cód. Civil -Adla, XXVIII-B, 1799-) y se designó curador definitivo de esta a su concubinario, cuya idoneidad para el cargo quedó demostrada mediante prueba testimonial e informativa. El dictamen previo de la curadora oficial de alienados, doctora María I. Caro Figueroa fue favorable a esa designación, por haberse acreditado ‘correctamente’ la idoneidad para el ejercicio de tal cargo. El asesor de menores, doctor Eduardo Mariano Blomberg, adhirió a dicho dictamen”. Vide ESCRIBANO, Carlos: “Concubinato y curatela”. En: *La Ley* on - line, 29/2/2012.

18.4. Otros casos legales de curatela

El Código plantea varios casos de curatelas especiales:

- Curador facultado para pedir la separación de cuerpos o el divorcio del cónyuge impedido (arts. 334 y 355 del CC);
- Curador para administrar bienes de los hijos cuando el padre o madre que quiera contraer nuevo matrimonio y el consejo de familia resuelva que no conviene mantenerlo en dicha administración (art. 433 del CC);
- Los padres del hijo extramatrimonial se rigen por la regla anterior (arts. 434 y 433 del CC).
- Curador para administrar bienes de los hijos sujetos a patria potestad exclusiva de uno solo de los padres (i) cuando lo pide él mismo indicando la persona del curador o, (ii) cuando el otro padre lo hubiese nombrado en su testamento y el juez estimare conveniente la medida (en este caso el curador puede ser una persona jurídica) (art. 435 del CC);
- Curador especial en caso de que el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos (art. 460 del CC).
- Curador procesal para que represente al hijo en los casos de decaimiento, privación, limitación y suspensión de la patria potestad (art. 467 del CC).
- Curador nombrado por el juez para proveer seguridad de los hijos y sus bienes conforme a las normas pertinentes del Código de Procesal Civil, en caso de que el consejo de familia no cumpla con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Civil, o que pueda resultar perjuicio (art. 468 del CC).

18.5. Fin de la curatela y cargo del curador

La curatela especial se acaba cuando concluyen los asuntos que la determinaron (art. 618 del CC), *i.e.* cuando:

- Finaliza el asunto que suscitó la oposición de intereses entre el incapaz y su curador.
- Readquieren los padres la administración de bienes.
- Cuando los hijos, curados o incapaces asumen personalmente la administración.
- Cuando los bienes son vendidos o hayan desaparecido.
- Cuando desaparezca el impedimento del curado.

18.6. Curador procesal

También llamada curador *ad litem* o *à lide*. Es una curatela específicamente instituída para fines procesales a fin de representar a un interviniente en un determinado proceso.

El artículo 61 del Código Procesal Civil considera que el curador procesal es un abogado nombrado por el juez a pedido de interesado que interviene en el proceso en los siguientes casos:

1. Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el artículo 435 del Código Procesal Civil;
2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal;
3. Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, según lo dispuesto por el artículo 66 del Código Procesal Civil; o
4. Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108 del Código Procesal Civil.

Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.

XII. EFICACIA DE LA SENTENCIA

La capacidad se presume mientras que la incapacidad se prueba.

Es por ello que la sentencia que declara la interdicción es constitutiva.

En este mismo sentido, Berenice Dias⁽⁹¹³⁾ considera que la sentencia es constitutiva pues establece un estado de la persona por lo que solo después de expedida produce efectos jurídicos, *ex nunc* –desde entonces, para adelante– tornando a la persona incapacitada para los actos de la vida civil que vaya a celebrar.

Pero, es fácil entender que la incapacidad en sí precede a la sentencia, *i.e.* preexiste, incluso, antes del proceso por lo que –como dice Pontes de Miranda⁽⁹¹⁴⁾– si bien la sentencia de interdicción es constitutiva no crea la incapacidad, esta existe *per se*, el loco, loco es; el sordomudo, también, ni la sordera ni la mudez es dictada por la sentencia. Considerar la sentencia como declarativa sería conferirle efectos *ex tunc*, retroactivos –desde siempre, para atrás–, surgiendo la posibilidad de reconocer la nulidad de los actos realizados antes de la decisión judicial, situación que puede darse pero solo de forma excepcional.

(913) DIAS, Maria Berenice. Ob. cit., p. 551.

(914) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 411.

Como la incapacidad jurídica no existe sino a partir de la sentencia, pero concurriendo antes con la persona, es viable la acción de anulabilidad de los actos practicados con anterioridad a la declaración de interdicción. Esta acción solo opera en casos muy precisos, de notoriedad de la incapacidad o perjuicio del incapaz, con la finalidad de asegurar las relaciones jurídicas y amparar el principio de buena fe⁽⁹¹⁵⁾.

Como resultado de la sentencia de interdicción, los actos jurídicos del interdicto celebrados después de la declaración judicial serán nulos⁽⁹¹⁶⁾.

XIII. INVALIDACIÓN DE LOS ACTOS ANTERIORES

Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de esta existía notoriamente en la época en que se realizaron (art. 582 del CC). Las personas que pueden promover la declaración de interdicción y el propio curador pueden demandar la anulación de los actos patrimoniales practicados en contravención del artículo 591 del Código Civil (art. 594 del CC).

Jurídicamente, la intervención del curador en ciertos actos rige a partir de su nombramiento. Los actos anteriores a la declaración de interdicción deberían reputarse plenamente válidos pero podría argüirse que, si bien el curador solo puede intervenir desde que se formaliza su nombramiento, el incapaz lo era desde antes (desde que se dieron las circunstancias determinantes de su incapacidad). Siendo estas circunstancias, y no el acto judicial, lo que origina la incapacidad, podemos decir que si la incapacidad existía desde antes, los actos practicados por el incapaz deben ser invalidados o poder serlo, por la vía de la nulidad o de la anulabilidad.

XIV. TÉRMINO DE LA CURATELA

Son aplicables a la curatela, las reglas de la tutela, por expreso mandato de los artículos 568 y 605 del Código Civil. La curatela cesa por la declaración judicial, en tal sentido deberá decretarse cuando cesen las causas que la hicieron necesaria⁽⁹¹⁷⁾.

La curatela típica acaba en dos casos:

- a) Por muerte del incapaz.
- b) Por terminar la incapacidad, rehabilitarse al curado y levantarse la interdicción.

(915) Respecto del principio de buena Fe. Vide DIAS, María Berenice. Ob. cit., p. 551 y FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 904.

(916) MADALENO, Rolf. Ob. cit., p. 1160.

(917) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo VI, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 660.

La terminación del cargo de curador ocurre:

- a) Por muerte del curador.
- b) Por la aceptación de su renuncia.
- c) Por la declaración de quiebra del curador.
- d) Por la no ratificación.
- e) Por la remoción.

Una cosa es el fin de la curatela y otra muy distinta la terminación del cargo de curador.

Puede terminar el cargo de curador sin que termine la curatela. Esta continuará surtiendo efectos con el nuevo curador nombrado. A la terminación o extinguirse la curatela consigo desaparece la necesidad del curador.

Finalizada la curatela el curador debe rendir cuentas de su gestión aparte, obviamente, de aquellas que haya realizado durante el ejercicio de su cargo.

XV. REHABILITACIÓN

La rehabilitación de una persona declarada interdicta por privación de discernimiento (art. 43, inc. 2 del CC) o discapacidad sensorial (art. 43, inc. 3) o incapacidad mental (art. 44, incs. 2 y 3 del CC) no puede ser concedida sin que el juez compruebe directamente o por intermedio de un examen pericial, que ha desaparecido esa causa (art. 612).

La rehabilitación de una persona declarada incapaz por causa de prodigalidad, mala gestión, ebriedad o toxicomanía (art. 44, incs. 4, 5, 6 y 7 del CC) solo puede ser demandada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron su curatela (art. 613 del CC).

La curatela del penado, la interdicción anexa a su condena, no necesita de trámite especial de rehabilitación, sino que concluida la condena cesa de forma automática la interdicción. El liberado condicionalmente continúa bajo curatela (art. 611).

La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.

XVI. LEVANTAMIENTO DE LA INTERDICCIÓN

La recuperación del curado puede o no ser posible.

De ser posible, *i.e.* cuando cesa la causa que la determinó, es necesario proceder a su levantamiento judicial. Esto amerita una pericia para verificar la sanidad

del curado. Es indispensable la tramitación de un nuevo juicio, con la renovación de los procedimientos adoptados para la curatela, que ahora se encaminan en sentido inverso, para proporcionar el levantamiento de la restricción⁽⁹¹⁸⁾.

XVII. TUTELA Y CURATELA

Junto con la patria potestad, estas dos instituciones conforman el sistema legal de protección de los incapaces⁽⁹¹⁹⁾. Tutela y curatela, son instituciones del Derecho de Familia. Ambas cuidan a la persona y de paso sus bienes.

Sus finalidades son la protección, representación y asistencia. La tutela, a menores de edad. La curatela, a personas mayores de edad, los declarados interdictos o insanos a fin de complementar (en el primer caso) o de suplir (en el segundo) el ejercicio de una capacidad legal debilitada, deteriorada o ausente en razón de una dolencia mental⁽⁹²⁰⁾. La tutela reemplaza a la patria potestad, la curatela la continua⁽⁹²¹⁾.

Tutela y curatela son dos instituciones similares a pesar de que el Código no establezca una diferencia fundamental que haga necesaria su coexistencia, la cual solo tiene una justificación histórica⁽⁹²²⁾.

Se llaman tutores a los representantes de los menores y curadores a los de los incapaces mayores de edad y los ausentes. El significado de estas designaciones no tiene validez universal. En algunos países ambos conceptos se confunden en el de tutela y se aplica a menores y mayores. En otros, los curadores tienen una función accidental, referida a ciertos actos de administración de bienes. “Esa falta de precisión en el significado y alcance de los términos obedece, sin duda, a lo incierto que resulta el origen de estas instituciones y a la evolución sufrida por ellos en Roma”⁽⁹²³⁾.

Tener un criterio de distinción para ambas instituciones resulta indispensable.

La máxima de que *el tutor se da a la persona y el curador a la cosa* no es exacta y no sirve para diferenciar ambas instituciones.

(918) MADALENO, Rolf. Ob. cit., p. 1161.

(919) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V: Direito de Família. 16ª ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Forense, Río de Janeiro, 2007, p. 443.

(920) LOYARTE, Dolores. “Tutela-curatela: Ejercicio compartido. Enfoques actuales”, p. 265 y ss. En: *La familia en el nuevo derecho*. Tomo II de Kemelmaje de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa, marzo, 2009.

(921) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 409.

(922) FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil*. T. IV, vol. III, Litografía Universo, Valparaíso, 1959, p. 618. Cit. SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 250.

(923) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Familia*. Tomo II, 9ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 230.

La verdad de las cosas, siendo prácticos, no es necesaria la duplicidad de instituciones tutelares, es perfectamente posible brindar protección al incapaz a través de una sola institución: La Guarda.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- BORDA, Guillermo. *Manual del Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1965.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª edición actualizada, 2ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- CANALES TORRES, Claudia. “La Voluntad Anticipada versus la Curatela Legítima. La Autotutela introducida por la Ley N° 29633”. En: *Revista Jurídica del Perú* N° 119. Normas Legales S.A., Lima, enero 2011.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. vol. 5, 17ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3 tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil*. Tomo IV, vol. III, Litografía Universo, Valparaíso, 1959, p. 618. *Cit.* SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999.
- GIAVARINO, Magdalena B. “La autonomía de gestión patrimonial. Variable en la relación curador-curado”. En: *La Ley*, 18/02/2011 .
- LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición revisada y actualizada, Saraiva, Sao Pãolo, 1999.
- LÔBO, Paulo. *Famílias (Direito Civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- LOYARTE, Dolores. “Tutela-curatela: Ejercicio compartido. Enfoques actuales”. En: *La familia en el nuevo derecho*. Tomo II de Kemelmaje de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa, Marzo, 2009.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, Forense, Rio de Janeiro, 2011.

- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: La penúltima voluntad*. Grijley, Lima, 2009. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Nombramiento personal de curador”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 119, enero de 2011.
- MEJÍA SALAS, Pedro. *Tutela, Curatela, Consejo de familia: Doctrina, modelos, jurisprudencia*. LEJ, Lima, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1ª edición, Tomo IX: Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo. Bookseller, Campinas, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: parte general, 40 edición, revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família. Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3ª tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo VI, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SÁNCHEZ VERA, Wilbert. *Curador designado por el consejo de familia, Código Civil comentado*. Tomo III, 3ª edición, abril de 2011.
- SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no Direito brasileiro*. Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 8. *Cit.* MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999.
- VALDIVIA DIAZ, Héctor. *Derecho de Familia*. 2ª edición, Editorial Jurídica Grijley, Arequipa, 1993.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Nombramiento personal de curador*. En: <<http://www.enriquevarsi.com>>. Lima, 2011.

ANEXO

Cuadro comparativo entre la Tutela y Curatela

El cuadro se ha confeccionado sobre la base de las normas de la tutela de forma que el articulado es confrontado con su similar de la curatela.

Las cuadrículas que están marcadas en trama se consideran que son los artículos aplicables de la tutela a la curatela, conforme lo manda el artículo 568.

CAPÍTULO PRIMERO TUTELA	CAPÍTULO SEGUNDO CURATELA
<p>Artículo 502.- Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.</p>	<p>Artículo 564.- Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 8.</p> <p>Artículo 565.- La curatela se instituye para:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los incapaces mayores de edad. 2. La administración de bienes. 3. Asuntos determinados. <p>Artículo 566.- No se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44.</p>
<p>Artículo 503.- Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad. 2. El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima. <p>Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si este careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.⁽¹⁾</p>	<p>Artículo 568-A.- Facultad para nombrar su propio curador⁽²⁾</p> <p>Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Sunarp. El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez.</p> <p>Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quién sea nombrado como curador.</p>

(1) Modificado expresamente sin considerar el nuevo contenido por el D. Ley N° 26102 del CNA (Derogado por la Ley N° 27337, CNA, Primera DC, DOEP, ...). Véase Art. siguiente:

Artículo 112.- Supervisión del Juez.- El Juez especializado es competente para nombrar tutor o guardador y es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor.

(2) Ley N° 29633, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor mediante la modificación de diversos artículos del Código Civil (DOEP, 18/12/2010).

	<p>Artículo 570.- Los directores de los asilos son curadores legítimos interinos de los incapaces asilados.</p> <p>Artículo 583.- Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público.</p>
<p>Artículo 504.- Si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de tutor que hiciera el otro, aunque este muera primero.</p>	
<p>Artículo 505.- Si fueren nombrados dos o más tutores en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la tutela, esta será mancomunada.</p>	<p>Artículo 572.- Los padres pueden nombrar curador, por testamento o escritura pública, para sus hijos incapaces comprendidos en el artículo 569, en todos los casos en que puedan darles tutor si fueren menores, salvo que existan las personas llamadas en el artículo mencionado.</p> <p>Artículo 607.- El padre extramatrimonial puede nombrar curador en testamento o por escritura pública para que administre, con exclusión de la madre o del tutor nombrado por ella, los bienes que deje a sus hijos. Igual facultad tiene la madre extramatrimonial.</p> <p>Artículo 601.- La curatela a que se refiere los artículos 597 a 600, será instituida por el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes.</p> <p>Pueden ser varios los curadores, si así lo exige la administración de los bienes.</p> <p>Artículo 608.- Los curadores especialmente nombrados para determinados bienes se encargarán de la administración de estos en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó.</p>
<p>Artículo 506.- A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El más próximo al más remoto. 2. El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia. 	<p>Artículo 569.- Prelación de curatela legítima⁽³⁾</p> <p>A falta de curador nombrado conforme al artículo 568-A, la curatela de las personas mencionadas en los artículos 43, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el artículo 289. 2. A los padres. 3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al consejo de familia necesariamente.

(3) Ley N° 29633, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor mediante la modificación de diversos artículos del Código Civil (DOEP, 18/12/2010).

	<p>4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.</p> <p>5. A los hermanos.</p> <p>Artículo 571.- Para que estén sujetos a curatela los incapaces a que se refiere el artículo 569, se requiere que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.</p>
<p>Artículo 507.- La tutela de que trata el artículo 506 no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales si no la confirma el juez.</p>	
<p>Artículo 508.- A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor.</p> <p>El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.</p> <p>Artículo 509.- El tutor dativo será ratificado cada dos años por el consejo de familia, dentro del plazo de treinta días contados a partir del vencimiento del periodo. La falta de pronunciamiento del consejo dentro de dicho plazo equivale a la ratificación.</p>	<p>Artículo 573.- A falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia.</p>
<p>Artículo 510.- Los expósitos están bajo la tutela del Estado o de los particulares que los amparen.</p> <p>La tutela del Estado se ejerce por los superiores de los respectivos establecimientos.</p>	
<p>Artículo 511.- La tutela de los menores en situación irregular, moral o materialmente abandonados o en peligro moral, se rige además por las disposiciones pertinentes del Código de Menores y de las leyes y reglamentos especiales.</p>	
<p>Artículo 512.- El tutor tiene la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hace, el juez debe ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.</p> <p>Artículo 513.- El discernimiento posterior al ejercicio del cargo no invalida los actos anteriores del tutor.</p>	<p>Artículo 596.- La curatela a que se refiere el artículo 595 se discierne por el orden establecido en el artículo 569 y se limita a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado.</p> <p>El curador está también obligado a cuidar de la persona y bienes de los menores o incapaces que se hallaren bajo la autoridad del interdicto hasta que se les provea de tutor o de otro curador.</p>

<p>Artículo 514.- Mientras no se nombre tutor o no se discierna la tutela, el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor.</p>	<p>Artículo 567.- El juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional.</p>
<p>Artículo 515.- No pueden ser tutores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los menores de edad. Si fueran nombrados en testamento o por escritura pública, ejercerán el cargo cuando lleguen a la mayoría. 2. Los sujetos a curatela. 3. Los deudores o acreedores del menor, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros, a no ser que los padres los hubiesen nombrado sabiendo esta circunstancia. 4. Los que tengan en un pleito propio, o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, interés contrario al del menor, a menos que con conocimiento de ello hubiesen sido nombrados por los padres. 5. Los enemigos del menor o de sus ascendientes o hermanos. 6. Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre. 7. Los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra. 8. Los condenados por homicidio, lesiones dolosas, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres. 9. Las personas de mala conducta notoria o que no tuvieren manera de vivir conocida. 10. Los que fueron destituidos de la patria potestad. 11. Los que fueron removidos de otra tutela. 	
<p>Artículo 516.- Cualquier interesado y el Ministerio Público pueden impugnar el nombramiento de tutor efectuado con infracción del artículo 515.</p> <p>Si la impugnación precediera al discernimiento del cargo, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles⁽⁴⁾.</p>	

(4) De acuerdo a la Tercera DF del TUO del CPC, D. Leg. N° 768 todas las referencias al Código de procedimientos civiles se entienden hechas al Código Procesal Civil.

<p>Artículo 517.- El cargo de tutor es obligatorio.</p>	
<p>Artículo 518.- Pueden excusarse del cargo de tutor:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los extraños, si hay en el lugar pariente consanguíneo idóneo. 2. Los analfabetos. 3. Los que por enfermedad crónica no pueden cumplir los deberes del cargo. 4. Los mayores de sesenta años. 5. Los que no tienen domicilio fijo, por razón de sus actividades. 6. Los que habitan lejos del lugar donde ha de ejercerse la tutela. 7. Los que tienen más de cuatro hijos bajo su patria potestad. 8. Los que sean o hayan sido tutores o curadores de otra persona. 9. Los que desempeñan función pública que consideren incompatible con el ejercicio de la tutela. 	
<p>Artículo 519.- El tutor debe proponer su excusa dentro del plazo de quince días desde que tuvo noticia del nombramiento o desde que sobrevino la causal si está ejerciendo el cargo. No puede proponerla vencido ese plazo.</p>	
<p>Artículo 520.- Son requisitos previos al ejercicio de la tutela:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de este si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito. 2. La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquellas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426. 3. El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor. 	<p>Artículo 574.- Si el curador es el cónyuge, está exento de las obligaciones que imponen los artículos 520, inciso 1, y 540, inciso 1.</p> <p>Artículo 579.- Los curadores legítimos están exentos de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.</p>
<p>Artículo 521.- Los valores que a juicio del juez no deben estar en poder del tutor, serán depositados en instituciones de crédito a nombre del menor.</p>	

Artículo 522.- Es de aplicación al dinero del menor lo dispuesto en el artículo 451.	
Artículo 523.- Los valores y el dinero a que se refieren los artículos 521 y 522, no pueden ser retirados de las instituciones de crédito sino mediante orden judicial.	
Artículo 524.- El dinero del menor, cualquiera sea su procedencia, será invertido conforme a lo dispuesto en el artículo 453.	
Artículo 525.- El tutor responde de los intereses legales del dinero que esté obligado a colocar, cuando por su negligencia quede improductivo durante más de un mes, sin que esto lo exima de las obligaciones que le imponen los artículos 522 y 524.	
Artículo 526.- El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este y proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia. Cuando el menor carezca de bienes o estos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.	Artículo 576.- El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios. Artículo 575.- Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad.
Artículo 527.- El tutor representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, este puede ejecutar por sí solo.	
Artículo 528.- La capacidad del menor bajo tutela es la misma que la del menor sometido a la patria potestad.	
Artículo 529.- El tutor está obligado a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria.	
Artículo 530.- El menor que ha cumplido catorce años y cualquier interesado puede recurrir al juez contra los actos del tutor.	
Artículo 531.- Los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor.	Artículo 577.- Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

<p>Artículo 532.- El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Practicar los actos indicados en el artículo 448. 2. Hacer gastos extraordinarios en los predios. 3. Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía. 4. Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457. 5. Celebrar contrato de locación de servicios. 6. Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso. 7. Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios. 	
<p>Artículo 533.- En los casos de los artículos 531 y 532, cuando el menor tenga dieciséis años cumplidos, si fuera posible, el juez deberá oírlo antes de prestar su autorización⁽⁵⁾.</p>	
<p>Artículo 534.- Es de aplicación a la autorización judicial lo dispuesto en el artículo 449.</p>	
<p>Artículo 535.- La venta puede hacerse, excepcionalmente, fuera de subasta, con aprobación del juez y previa audiencia del Ministerio Público, cuando lo requiera el interés del menor.</p>	
<p>Artículo 536.- Los actos practicados por el tutor sin la autorización judicial requerida por los artículos 531 y 532, no obligan al menor sino dentro de los límites del segundo párrafo del artículo 456.</p>	
<p>Artículo 537.- La acción del menor para anular los actos celebrados por el tutor sin las formalidades legales prescribe a los dos años. Este plazo se cuenta a partir del día en que cesó la incapacidad.</p>	
<p>Artículo 538.- Se prohíbe a los tutores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor. 	

(5) Modificado expresamente sin considerar el nuevo contenido por el D. Ley N° 26102 del CNA (Deroga- do por la Ley N° 27337, CNA, Primera. Véase el artículo siguiente:

Artículo 122.- Autorización.- Los que administran bienes de niños o adolescentes, necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad de conformidad con el artículo 447 del Código Civil.

<p>2. Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor.</p> <p>3. Disponer de los bienes del menor a título gratuito.</p> <p>4. Arrendar por más de tres años los bienes del menor.</p>	
<p>Artículo 539.- El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada periodo.</p> <p>Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados.</p>	
<p>Artículo 540.- El tutor está obligado a dar cuenta de su administración:</p> <p>1. Anualmente.</p> <p>2. Al acabarse la tutela o cesar en el cargo.</p>	<p>Artículo 574.- Si el curador es el cónyuge, está exento de las obligaciones que imponen los artículos 520, inciso 1, y 540, inciso 1.</p>
<p>Artículo 541.- Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 427 en lo que concierne a la obligación que impone el inciso 1 del artículo 540.</p>	
<p>Artículo 542.- La rendición, a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado. La presentación, en audiencia que el juez señalará al efecto y con presencia del menor si tiene más de catorce años, se hace por escrito, adjuntando copia de los documentos justificantes u ofreciendo otros medios probatorios. En la audiencia, el tutor proporcionará las explicaciones que le sean solicitadas.</p> <p>La demanda de desaprobación se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento⁽⁶⁾.</p>	
<p>Artículo 543.- Rendida la cuenta del primer año, el juez podrá resolver que las posteriores se rindan bienal, trienal o quinquenalmente, si la administración no fuera de entidad.</p>	
<p>Artículo 544.- La garantía que preste el tutor puede aumentarse o disminuirse durante el ejercicio de la tutela.</p>	

(6) Modificado por la Primera DM del TUO del CPC, D. Leg. 768.

<p>Artículo 545.- Son aplicables los artículos 451 y 453 al saldo que resulten de la cuenta anual en favor del menor.</p>	
<p>Artículo 546.- El menor, llegado a la mayoría, no podrá celebrar convenio alguno con su antiguo tutor antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final. Las disposiciones testamentarias del menor en favor del tutor tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referentes a la legítima.</p>	
<p>Artículo 547.- Son aplicables a los intereses del saldo de la cuenta final las disposiciones contenidas en el artículo 430.</p>	
<p>Artículo 548.- Las obligaciones que impone este capítulo a los tutores no son susceptibles de dispensa.</p>	
<p>Artículo 549.- La tutela se acaba:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por la muerte del menor. 2. Por llegar el menor a los dieciocho años. 3. Por cesar la incapacidad del menor conforme al artículo 46. 4. Por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del artículo 580. 5. Por ingresar el menor bajo la patria potestad. 	
<p>Artículo 550.- El cargo de tutor cesa:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por muerte del tutor. 2. Por la aceptación de su renuncia. 3. Por la declaración de quiebra. 4. Por la no ratificación. 5. Por su remoción. 	
<p>Artículo 551.- Los herederos del tutor, si son capaces, están obligados a continuar la gestión de su causante hasta que se nombre nuevo tutor.</p>	
<p>Artículo 552.- El tutor dativo que haya desempeñado el cargo seis años puede renunciarlo.</p>	
<p>Artículo 553.- El tutor que renuncie la tutela, así como aquel cuyo nombramiento sea impugnado, debe ejercer el cargo hasta que se le releve.</p>	
<p>Artículo 554.- Será removido de la tutela:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El que incurra en alguno de los impedimentos del artículo 515, si no renuncia al cargo. 2. El que cause perjuicio al menor en su persona o intereses. 	

Artículo 555.- El juez, después de presentada la demanda de remoción, puede suspender provisionalmente al tutor, si existe peligro en la demora.	
Artículo 556.- Contestada la demanda por el tutor testamentario o legítimo, se encargará del menor y de sus bienes, durante el juicio, un tutor legítimo y, a falta de este, uno dativo.	
Artículo 557.- El menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor ⁽⁷⁾ .	
Artículo 558.- Los parientes del menor y el Ministerio Público están obligados a pedir la remoción del tutor.	
Artículo 559.- Cualquiera puede denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción.	
Artículo 560.- Si el juez tiene conocimiento de algún perjuicio que el tutor cause al menor, convocará de oficio al consejo de familia para que proceda, según las circunstancias, a usar de sus facultades en beneficio de aquel.	
Artículo 561.- Es aplicable a las acciones recíprocas del menor y del tutor lo dispuesto en el artículo 432.	
Artículo 562.- Las acciones de responsabilidad subsidiaria contra el juez prescriben a los seis meses contados desde el día en que se hubieran podido interponer.	
Artículo 563.- La persona que se encargue de los negocios de un menor, será responsable como si fuera tutor. Esta responsabilidad puede serle exigida por el Ministerio Público, de oficio o a pedido de cualquier persona. El juez, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que se regularice la tutela. Si ello no fuera posible, dispondrá que el tutor oficioso asuma el cargo como dativo.	
	Artículo 568.- Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

(7) Modificado expresamente sin considerar el nuevo contenido por el D. Ley N° 26102 del CNA (Derogado por la Ley N° 27337, CNA, Primera DC). Véase el artículo siguiente:

Artículo 109.- Impugnación de los actos del tutor.- El adolescente puede recurrir ante el juez contra los actos de su autor, así como pedir la remoción del mismo.

	<p>Artículo 578.- Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia.</p>
	<p>Artículo 580.- El curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de estos.</p>
	<p>Artículo 581.- El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquel. En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción.</p>
	<p>Artículo 582.- Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de esta existía notoriamente en la época en que se realizaron.</p>
	<p>Artículo 584.- Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.</p>
	<p>Artículo 585.- Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.</p>
	<p>Artículo 586.- Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.</p>
	<p>Artículo 587.- Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, solo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados.</p>
	<p>Artículo 588.- Solo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.</p>

	Artículo 589.- La curatela de los incapaces a que se refieren los artículos 584, 585 y 586 corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al consejo de familia.
	Artículo 590.- El curador del ebrio habitual y del toxicómano debe proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación conforme a las reglas contenidas en los artículos 576, 577 y 578.
	Artículo 591.- El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración.
	Artículo 592.- El curador de los incapaces a que se refiere el artículo 591 representa legalmente a los hijos menores del incapaz y administra sus bienes, a menos que estén bajo la patria potestad del otro padre o tengan tutor.
	Artículo 593.- Los actos del pródigo y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa. Los del ebrio habitual y del toxicómano pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria.
	Artículo 594.- Las personas que pueden promover la declaración de interdicción y el curador pueden demandar la anulación de los actos patrimoniales practicados en contravención del artículo 591.
	Artículo 595.- Ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil ⁽⁸⁾ , el fiscal pedirá, dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado. Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan. También pueden pedir el nombramiento el cónyuge y los parientes del interdicto.

(8) Es inhabilitación según los artículos 31 y 36 a 40 del Código Penal.

	<p>Artículo 597.- Cuando una persona se ausenta o ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero según lo establece el artículo 47, se proveerá a la curatela interina de sus bienes, observándose lo dispuesto en los artículos 569 y 573. A falta de las personas llamadas por estos artículos, ejercerá la curatela la que designe el juez.</p>
	<p>Artículo 598.- A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido.</p>
	<p>Artículo 599.- El juez de primera instancia, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, e instituir una curatela, especialmente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando los derechos sucesorios son inciertos. 2. Cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando, sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo. 3. Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o de escoger mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador.
	<p>Artículo 600.- Cuando el usufructuario no preste las garantías a que está obligado conforme al artículo 1007 el juez, a pedido del propietario, nombrará curador.</p>
	<p>Artículo 602.- El curador de bienes no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia.</p>

	<p>Artículo 603.- Corresponde al curador de bienes la representación en juicio. Las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos del respectivo curador.</p>
	<p>Artículo 604.- El curador instituido conforme a los artículos 599, incisos 1 y 2, y 600 está también sujeto a lo que prescribe el Código de Procedimientos Civiles⁽⁹⁾.</p>
	<p>Artículo 605.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 603 y 604, el juez que nombra al curador puede señalarle sus facultades y obligaciones, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está previsto para los tutores.</p>
	<p>Artículo 606.- Se nombrará curador especial cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad. 2. Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres. 3. Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos. 4. Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común. 5. Los menores o incapaces tengan bienes lejos de su domicilio que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador. 6. Hayan negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquel. 7. Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general. 8. El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones. 9. Una persona capaz no puede intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.

(9) De acuerdo a la Tercera DF del CPC, D. Leg. N° 768 todas las referencias al Código de procedimientos civiles se entienden hechas al Código Procesal Civil.

	Artículo 609.- En los casos de los incisos 1 y 9 del artículo 606, el curador será nombrado por el juez. En los demás casos lo será por el consejo de familia.
	Artículo 610.- La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.
	Artículo 611.- La curatela del condenado a pena que lleva anexa la interdicción civil acaba al mismo tiempo que la privación de la libertad. El liberado condicionalmente continúa bajo curatela.
	Artículo 612.- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refiere los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, solo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo.
	Artículo 613.- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos en que se refiere el artículo 44, incisos 4 a 7, solo puede ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela.
	Artículo 614.- El curador de un mayor incapaz no siendo su cónyuge, ascendiente o descendiente, será relevado si renuncia al cargo después de cuatro años.
	Artículo 615.- La curatela de los bienes cesa por la extinción de estos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron.
	Artículo 616.- La curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto.
	Artículo 617.- La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte.
	Artículo 618.- La curatela especial se acaba cuando concluyen los asuntos que la determinaron.

**CAPÍTULO
DÉCIMO**

**CONSEJO
DE FAMILIA**

CAPÍTULO DÉCIMO

CONSEJO DE FAMILIA

I. Antecedentes. **II.** Etimología. **III.** Concepto. **IV.** Denominación. **V.** Definición. **VI.** Naturaleza jurídica. **VII.** Clasificación. **1.** Consejo de familia testamentario o escriturario. **2.** Consejo de familia legal. **3.** Consejo de familia dativo. **4.** Consejo de familia mixto. **VIII.** Finalidad. **IX.** Fundamento. **5.** Doctrina negativa. **6.** Doctrina positiva. **X.** Características. **7.** Institución tuitiva. **7.1.** Institución supletoria. **7.2.** Acto jurídico familiar. **7.3.** Supervisión. **7.4.** Cargo gratuito e inexcusable. **7.5.** Obligatoriedad del cargo. **7.6.** Normas de carácter imperativo. **XI.** Formalización. **XII.** Formación e instalación. **8.** Procedencia. **9.** Improcedencia. **XIII.** Aspecto personal. **10.** Protegido. **11.** Miembros. **11.1.** Impedidos. **11.2.** Individualización. **XIV.** Conformación. **XV.** Órgano jurisdiccional competente. **XVI.** Legitimación. **XVII.** Tramitación. **XVIII.** Procedimiento a seguir en caso de reemplazo de los miembros. **XIX.** Funcionamiento. **12.** Citación. **13.** Convocatoria y reuniones del Consejo. **14.** Personas que pueden pedir su convocatoria. **15.** Presidencia. **16.** Sanción por inasistencia. **17.** Excusa y aplazamiento de la reunión. **18.** Quórum y mayoría para la adopción de acuerdos. **19.** Libros de actas de Consejo de Familia y obligatoriedad de extender actas. **20.** Recursos impugnatorios. **21.** Sesiones con presencia del tutor o curador. **XX.** Responsabilidad solidaria de los miembros. **XXI.** Atribuciones. **22.** Atribuciones específicas. **23.** Atribuciones especiales. **XXII.** Terminación. **24.** Del cargo de miembro. **25.** Del Consejo. **XXIII.** Regulación legal. **26.** Antecedentes. **27.** Legislación. **28.** Código Civil. **29.** Código de los niños y adolescentes. **30.** Código Procesal Civil. **XXIV.** Tratamiento en el Derecho comparado.

I. ANTECEDENTES

El consejo de familia reconoce su origen histórico en el Derecho romano.

En su regulación moderna se halla en el *Code* que lo tomó de la asamblea de parientes que funcionaba en las regiones de Derecho Consuetudinario francés designando al tutor nombrado por el Tribunal.

II. ETIMOLOGÍA

El Consejo de Familia es una palabra compuesta. Deriva de los términos latinos *concilium* y *familia*.

III. CONCEPTO

Es la máxima institución de amparo de los incapaces y desvalidos.

Frente al desamparado de menores, mayores incapaces o ausentes se requiere, en cada caso, de la intervención de una institución ejecutiva, deliberante,

protectora, garantizadora, fiscalizadora y precautoria que no solo ofrezca y otorgue amparo a los necesitados.

En el sistema latino, en el que la guarda de los incapaces se entrega preferentemente a los familiares y no al Estado, el Consejo de Familia cumple tal papel⁽⁹²⁴⁾.

IV. DENOMINACIÓN

Encontramos algunas denominaciones para esta institución de amparo familiar.

Consejo de tutela, asamblea de parientes, junta o tribunal doméstico, tribunal privado, cuerpo familiar y asamblea familiar.

Para los franceses, *conseil de famille* o *conseil de tutelle* en el Código de Quebec.

V. DEFINICIÓN

Se trata de una institución de amparo familiar. Se constituye para velar por los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de los miembros de una familia, sean estos incapaces –mayores o menores de edad– o ausentes que se encuentran en el desamparo.

Según Octavio Linares⁽⁹²⁵⁾ es una asamblea que tiene por objeto velar por los intereses de un incapaz mayor de edad o menor de edad integrado por sus parientes y presidida por el juez de paz. Para Columba del Carpio Rodríguez “es un órgano de control, o de fiscalización de la tutela, curatela y excepcionalmente de la patria potestad, cuya organización se funda en la necesidad de supervigilar al tutor o curador y a veces a los padres en el cumplimiento de sus funciones, en garantía de los derechos e intereses de los incapaces”⁽⁹²⁶⁾. Amézquita De Almeida⁽⁹²⁷⁾ considera que se trata de una institución legal, cuyo propósito es proteger a las personas y los bienes de los que por alguna razón no tienen capacidad o no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios.

Es una institución del Derecho de Familia que funciona como órgano de supervisión, control y vigilancia de las funciones del tutor, curador o, según sea el caso, de los padres frente a los hijos menores, mayores incapaces y, también, de los

(924) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril 1999, p. 793.

(925) LINARES, Octavio. *Programa Razonado del Curso de Derecho de Familia*. H.J. Rozas, Cusco, 1959, p. 199.

(926) DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba. *Derecho de los Niños y Adolescentes*. Editorial Dongo, Arequipa, 2001, p. 109.

(927) AMÉZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. *Lecciones de Derecho de Familia*. Editorial Temis, Bogotá, 1980, p. 199.

ausentes. La falta de presencia de los padres, quienes son los directamente preocupados y responsables por sus hijos, ha llevado a que el Derecho cree esta institución supletoria de amparo familiar. Resguardar, aconsejar, ejecutar son acciones que el consejo lleva a cabo a fin de salvaguardar los intereses económicos y morales del protegido.

Bases para una definición			
	- Persona	Menores	
<i>Consejo de familia</i>		Mayores	Sin padres o por Ley
	- Patrimonio	Ausentes	

VI. NATURALEZA JURÍDICA

En lo referido a la naturaleza jurídica no se ha producido en doctrina mayor debate. Podemos resumir este tema en cuatro posiciones:

- *Órgano de la familia* reconocido por la ley para suplir la falta de amparo de ciertos miembros de la familia para supervisar actos, revisar y autorizar cuentas de quienes están a cargo de incapaces.
- *Cuerpo deliberadamente familiar* o una *asamblea de pariente* que cumple, básicamente, funciones deliberativas y ejecutivas.
- *Institución familiar* independiente, con atribuciones propias y privativas, regulada por un procedimiento especial, ligada al amparo familiar.
- *Negocio jurídico familiar*. Posición con la cual nos adherimos.

VII. CLASIFICACIÓN

En doctrina tiene la siguiente clasificación:

1. Consejo de familia testamentario o escriturario

Solo pueden ser designados en testamento o en escritura pública por los padres (art. 623).

2. Consejo de familia legal

Constituido, en defecto del consejo testamentario o escriturario con las personas que la ley (art. 623).

Es aquel conformado por los abuelos, tíos y hermanos del menor o incapaz.

3. Consejo de familia dativo

Se conforma por otros parientes consanguíneos en el caso en que no haya ningún miembro nato como sobrinos y primos hermanos, siendo establecido por el juez (art. 626).

4. Consejo de familia mixto

Cuando en su constitución se combinan una o más de las formas antes mencionadas (art. 626).

VIII. FINALIDAD

Se trata de un órgano de carácter colectivo que garantiza y posibilita una mejor administración de los intereses del débil.

Su finalidad es la supervisión, control y vigilancia de las funciones del tutor, curador o, según sea el caso, de los padres frente a los hijos menores, mayores incapaces y, también, de los ausentes. El Consejo está al pendiente de los actos del tutor / curador / padres en el cumplimiento de sus funciones como garantía de los derechos e intereses personalísimos y patrimoniales de los incapaces.

La base de esta figura es la necesidad de contar con un órgano que ofrezca garantía al buen desempeño de la actividad de la guarda, vigilando y controlando a aquellos que la ejercen directamente. Como tal, está por encima del tutor y del curador, que tenga facultades consultivas y ejecutivas.

El consejo no sustituye al guardador ni lo somete a un receloso control que lo prive de atribuciones reales o lo ahogue en perjuicio del incapaz, sino lo vigila.

IX. FUNDAMENTO

Respecto de su tratamiento jurídico encontramos dos corrientes doctrinarias.

5. Doctrina negativa

Postula la inconveniencia de su regulación en el Código basado en:

- *Carencia de reacción.* La falta de rapidez en la acción de todo organismo colectivo que retrasa los actos del tutor o curador haciendo de estos meros ejecutores de los acuerdos del consejo.
- *Institución imperfecta.* Exige de funciones especiales –técnicas y jurídicas– a sus integrantes que generalmente no la tienen por su escasa preparación y desconocimiento sobre la materia. Las funciones son realizadas conforme el leal saber y entender de los integrantes del Consejo.
- *Falta de responsabilidad.* Los miembros no tienen responsabilidad respecto de sus actos, puesto que esta se diluye entre ellos.
- *Falta de solidaridad.* La familia moderna no produce los vínculos de solidaridad necesarios para permitir la eficiencia del consejo. El carácter individualista propio de la modernidad no permite la integración y compenetración suficiente que permita al Consejo de Familia realizar sus funciones eficientemente.

- *Laxitud de las relaciones familiares.* La relajación y el debilitamiento de los lazos familiares producto de la falta de integración impiden toda iniciativa para actuar rápidamente.

Se dice que debiera desaparecer para que sus funciones sean encargadas al Estado mediante procuradurías familiares o determinando funciones específicas sobre la materia a la judicatura especializada, esto es, reemplazar la tutela familiar por la tutela de la autoridad⁽⁹²⁸⁾.

6. Doctrina positiva

Sustenta la tesis que el Consejo de Familia es conveniente su inclusión en el ordenamiento jurídico por las razones siguientes:

- *Institución de garantía.* Frente a los malos manejos del tutor y curador respecto de la persona sujeto a guarda y de su patrimonio, el consejo de familia actúa como un ente cautelador. Es una institución que contribuye a la supervisión de otras instituciones de amparo familiar.
- *Autonomía familiar.* El Consejo de Familia conserva y aviva el espíritu familiar alejando la intervención estatista, básicamente, judicial.
- *Proteccionismo.* La protección es permanente, en tanto que la del juez es accidental.

El consejo actúa con mayor rapidez, eficacia y gratuidad, en tanto que el juez opera con dilación, sin interés; además lo judicial es oneroso en tiempo y dinero.

El actual Código Civil asimila la doctrina positiva.

X. CARACTERÍSTICAS

Tiene las siguientes características:

7. Institución tuitiva

Es una institución de amparo familiar, de protección de la persona incapaz o ausente y sus bienes.

Tiene su cimiento en el principio de protección de la familia en concordancia con el principio de protección y defensa de los menores de edad e incapaces.

7.1. Institución supletoria

Es una institución de amparo familiar, porque funciona generalmente en defecto de los padres a fin de supervisar la labor del tutor y curador y, excepcionalmente,

(928) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*. 2ª edición, Editorial Idemsa, Lima, 1996, p. 479.

cuando existiendo padre o madre es necesario cautelar sus intereses por razones de incompatibilidad.

Actúa en defecto de la patria potestad, como institución supervisora de la tutela y curatela.

7.2. Acto jurídico familiar

Establecido por voluntad o por ley. Es un cuerpo familiar deliberante formado por parientes consanguíneos y, también por terceras personas, siempre que estas demuestren el interés protectorio.

7.3. Supervisión

El Consejo de Familia tiene el carácter de ser una entidad de control, vigilancia, inspección del curador y tutor y en determinadas circunstancias de los mismos padres de familia de los sujetos a guarda. Su labor es compleja. Comprende los actos efectuados por el tutor o curador y de las situaciones comprendidas con el patrimonio de los sujetos incapaces.

7.4. Cargo gratuito e inexcusable

No hay de por medio retribución y el cargo debe ser cumplido por los designados como miembros. Por excepción, puede ser onerosa y excusable en otros. El cargo debe desempeñarse personalmente salvo que el juez autorice, por causa justificada, la representación mediante apoderado.

7.5. Obligatoriedad del cargo

El amparo de la persona e intereses de los incapaces, sobre todo cuando no tienen padres, es asunto que importa a la sociedad, no solamente a los interesados y comprometidos. No depende de la voluntad de los particulares decidir si van a formar parte o no del consejo: un deber familiar y de solidaridad social les impone intervenir.

Lo mismo ocurre en la patria potestad o los alimentos, ya que es la naturaleza la que así lo instituye, y la ley no hace al respecto otra cosa que sancionar al deber, elevándolo a la categoría de obligación civil⁽⁹²⁹⁾.

7.6. Normas de carácter imperativo

Su estructura institucional está compuesta de normas de carácter imperativo.

(929) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: Derecho Familiar Peruano, 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril 1999, p. 807.

XI. FORMALIZACIÓN

El Consejo, como mecanismo cautelador, para su conformación e instalación está provisto de formalidades rigurosas y trámites complejos lo que genera que en el momento actual no sea muy utilizado; no obstante que, de hecho, los ciudadanos comprometidos se reúnen para ejercer de facto las funciones que la ley atribuye a este instituto.

Debe tenderse a liberalizar su conformación, independiente de formalismo y sin ataduras impregnadas de solemnidad. Se requiere promover la participación plural, solidaria y desinteresada de los parientes y allegados que están realmente comprometidos en la protección del incapaz.

XII. FORMACIÓN E INSTALACIÓN

La formación del Consejo consta de los siguientes aspectos⁽⁹³⁰⁾:

8. Procedencia

Por regla general se forma para velar por la persona, bienes e intereses tanto de menores como de incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. Esta es la finalidad que persigue la figura jurídica en comento.

El consejo se forma:

Por regla general, para los menores de edad y para los incapaces mayores que no tengan padre ni madre (art. 619). Por excepción, pueden darse dos situaciones extremas, a saber: a) En vida del padre o la madre; y b) pese a tratarse de menores o mayores incapaces que carecen de padres, el consejo no se forme.

El primer caso se presenta en las circunstancias siguientes:

- Cuando se busca decidir si los bienes de los hijos de un matrimonio anterior deben seguir siendo administrados por el padre o la madre (viudos, divorciados o cuyo matrimonio anterior se invalidó) que desean contraer nuevas nupcias. Esta norma es extensible a los padres del hijo extramatrimonial (art. 433).
- Cuando sea necesario o conveniente solicitar al juez que dicte medidas en favor de los hijos de padres separados o divorciados.
- Cuando se trate de pedir que los padres constituyan garantía para asegurar la responsabilidad de la administración de los bienes de sus hijos o que rindan cuentas durante la administración.

(930) PERALTA ANDÍA, Javier Rolando: Derecho de Familia en el Código Civil peruano. 4ª edición, Lima, Editorial Idemsa, 2008, p. 674.

- Cuando se tenga que nombrar un curador al hijo para el proceso en que se discuta y resuelva la pérdida por los padres de la administración y usufructo de los bienes de sus hijos o la destitución del ejercicio de la patria potestad.
- Cuando llegue el caso de nombrar curadores especiales (art. 609).
- Cuando, por tratarse de una partición extrajudicial en que alguno de los interesados sea incapaz o de una transacción hecha por el representante de este, el consejo deba opinar al respecto.
- Cuando se deba opinar acerca de la designación de curador legítimo para el incapaz mental o el minusválido o de curador dativo para el pródigo, mal gestor, ebrio o toxicómano, o para nombrar curador dativo del incapaz mental o minusválido.
- Cuando se trata de ejercer sus atribuciones en favor de la personas judicialmente declaradas ausentes (art. 638).

9. Improcedencia

Se presentan supuestos en los que no procede la formación del Consejo, pese a que el menor o mayor incapaz carece o ha perdido a sus padres o estos incurrieran en alguna causal de incapacidad para ejercer la patria potestad.

Tales circunstancias son las siguientes:

- Si se trata del menor de edad cuyo tutor legítimo es al mismo tiempo curador de su padre o madre (arts. 620 y 580).
- Cuando no exista un mínimo de cuatro miembros para la formación del consejo. En este caso no se constituye y las funciones del consejo son asumidas por el juez de paz o el de familia, según sea el caso, quien las ejercerá oyendo a los miembros natos que hubiere (art. 630).
- Si tratándose del hijo extramatrimonial, el padre o madre ha prohibido tal consejo.
- Si se trata de menores expósitos tampoco es viable la formación del consejo, porque estos no cuentan con padres o demás familiares o, si los tuvieran, no han demostrado la responsabilidad e interés suficientes para asumir obligación alguna frente al protegido. En este supuesto, los superiores del establecimiento en que estuviere colocado el menor o mayor incapaz, ejercerán sobre él las funciones propias del consejo (art. 631).

XIII. ASPECTO PERSONAL

El Consejo de Familia tiene en su componente personal dos tipos de miembros o integrantes.

10. Protegido

Es solo uno.

Puede ser el hijo menor de edad, aquel que no tiene padres o teniéndolos carecen de patria potestad, así también los mayores incapaces y los ausentes.

11. Miembros

Son varios. Mínimo cuatro (4)⁽⁹³¹⁾. Llamados los consejeros.

En nuestro medio pueden ser miembros del Consejo de Familia cualquier persona no impedida (art.632). Las guardas solo atañen a las personas naturales.

Prima la libertad del último de los padres o abuelo (supérstite) para escoger quienes pueden ser miembros (familiares, allegados, vecinos o terceros). Solo a falta de especificación de ellos, se conformará de acuerdo a los grados de parentesco, siendo *miembros natos* los consanguíneos en línea recta en segundo grado (abuelos), en la línea colateral en segundo grado (hermanos) y tercer grado (tíos) (art. 623), estos son, en el entendido, los más allegados en sangre e interés. A falta de estos miembros, el juez llamará a los demás parientes consanguíneos prefiriéndose al más próximo sobre el más remoto y de mayor edad frente al menor (art. 626).

Miembros	
Natos	No natos
Padres	Sobrinos
Hijos mayores	Primos hermanos
Abuelos	
Hermanos	
Tíos	
A falta de miembros las atribuciones las asume el Juez de familia o en su caso el de paz oyendo a los miembros natos que hubiera (art. 626).	

Consideramos que así como los padres/abuelos tienen el derecho de designar a los miembros del Consejo, nada obsta para que estos restrinjan tal calidad a ciertas personas (art. 632-3), *i.e.* sin designar a un consejo se diga en el testamento o escritura pública quienes no pueden ser miembros en caso sean llamados por el juez, o, haya sido prohibida su conformación (art. 630).

Casi siempre, aunque no es absoluto, como su denominación intuye, el Consejo de Familia se integra con miembros de la propia familia del incapaz pero, en ciertos

(931) El *Code* menciona, artículo 407, que el consejo de familia se compondrá de cuatro (4) a seis (6) miembros, incluido el protutor, pero no el tutor ni el *Juge des tutelles*. Así también el Código Civil de República Dominicana refiere que el Consejo de Familia se compondrá de no menos de cuatro ni más de seis miembros (art. 497).

casos, dependiendo de las legislaciones, se permite la intervención de extraños⁽⁹³²⁾ (allegados, vecinos).

La calidad de miembro es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios y que no están bajo potestad o autoridad de los padres que puedan darles la protección debida⁽⁹³³⁾.

11.1. Impedidos

Cornejo Chávez⁽⁹³⁴⁾ dice que la obligatoriedad del cargo no significa que todos y cualesquiera de los llamados puedan y deban aceptar y ejercer el cargo. Solo han de hacerlo quienes no estén incurso en alguna causal de impedimento, en otras palabras: el cargo es obligatorio, no solo se encuentra obligado a aceptar el cargo, sino que está obligado a no aceptarlo ni ejercerlo en caso tenga impedimento.

No pueden ser miembros del consejo de familia el tutor, el curador, aquellos a los que no se les permite ser tutores o curadores (art. 515), aquellos a quienes los padres (conjunta o indistintamente), el abuelo o la abuela hubiesen excluido de ese cargo en su testamento o por escritura pública, los hijos de quien por abuso de la patria potestad da lugar a la formación del consejo y los padres, en el supuesto que el consejo se forme en vida de ellos, a menos que no administren los bienes de sus hijos, en cuyo caso sí podrán conformarlo (art. 632).

Están impedidos también los incapaces (arts. 43 y 44).

11.2. Individualización

El código otorga a los padres y a los abuelos la facultad de designar por testamento o escritura pública a las personas que conformarán el Consejo de Familia. Tratándose de este caso sus componentes vienen nominados e individualizados por el constituyente.

En otros casos, la ley se limita a precisar qué parientes deben ser llamados a formar el consejo pero no los individualiza, ni nombra, ni podría hacerlo⁽⁹³⁵⁾.

XIV. CONFORMACIÓN

Si la conformación es voluntaria, si bien la ley no establece un número de miembros que lo conformen, podemos deducir que son mínimo cuatro (4), conforme

(932) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril 1999, p. 793.

(933) AMÉZQUITA De ALMEIDA, Josefina. *Lecciones de Derecho de Familia*. Editorial Temis, Colombia, 1980, p. 199.

(934) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 808.

(935) *Ibidem*, p. 804.

se interpreta de los artículos 626 y 637 del Código; así también si es designada por el juez.

Una regla general es que el Consejo no puede formarse mientras no exista un número mínimo de parientes que garantice una verdadera deliberación. La prudencia, por otra parte, pareciera aconsejar que se evite el sobredimensionamiento y la congestión con un número excesivo de componentes.

Cuando por una u otra razón no es posible la intervención de por lo menos cuatro miembros, el consejo no se forma siendo sus funciones asumidas por el juez (art. 626). Las asumirá también en el caso de disolución (art. 659).

XV. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

Conforme se desprende de los artículos 621 y 622 del Código, en el proceso de formación del consejo son competentes el juez de familia o el juez de paz, en sus respectivos casos. Sobre el particular, el artículo 639 prescribe:

El juez de familia preside el consejo que se forma para supervigilar.

El juez de paz lo preside cuando el consejo se forma para incapaces mayores de edad.

En cuanto al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de formación debe tenerse presente el artículo 23 del Código Procesal Civil, según el cual, en el proceso no contencioso es competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario.

XVI. LEGITIMACIÓN

El proceso no contencioso de formación del Consejo de Familia puede ser promovido por el tutor testamentario o escriturario, los ascendientes llamados a la tutela legítima (art. 506), los miembros natos del Consejo de Familia y el Ministerio Público (arts. 621 y 622).

XVII. TRAMITACIÓN

Corresponde al proceso no contencioso en razón de que la pretensión carece de contención y por lo dispuesto en el artículo 162, inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes.

Debe tenerse en consideración lo normado en los artículos 634 y 635 del Código, conforme a los cuales:

- La persona que solicita la formación del consejo debe precisar los nombres de quienes deban formarlo. El juez ordenará publicar la solicitud y los nombres en periódico o carteles (art. 634).
- Durante los diez días siguientes a la publicación cualquier interesado puede observar la inclusión o exclusión indebida. El juez resolverá dentro del plazo de cinco días teniendo a la vista las pruebas acompañadas (art. 634).
- La reclamación no impide que el consejo inicie o prosiga sus funciones, a menos que el juez disponga lo contrario (art. 634).
- Si el peticionario ignora los nombres de las personas que deben integrar el consejo, el aviso se limitará a llamar a quienes se crean con derecho. El juez dispondrá la publicación de los nombres de quienes se presenten (art. 634).
- Transcurrido el plazo (10 días contados desde la publicación de la solicitud del interesado para la formación del Consejo de Familia) sin que se haya producido observación alguna, o resuelta esta, el juez procederá a instalar formalmente el consejo, dejándose constancia en acta (art. 635).

XVIII. PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN CASO DE REEMPLAZO DE LOS MIEMBROS

Cuando por causa de muerte, impedimento sobreviviente o ausencia sin dejar apoderado, no queden cuatro miembros hábiles se completará este número guardándose las mismas reglas que para su formación (art. 637).

XIX. FUNCIONAMIENTO

12. Citación

Instalado el consejo, sus miembros serán citados por esquila, cada vez que sea necesario (art. 636).

13. Convocatoria y reuniones del Consejo

Instalado el Consejo será convocado para reunirse cuando lo exija el interés del incapaz o, en todo caso, para cumplir alguna atribución determinada por la ley.

14. Personas que pueden pedir su convocatoria

El tutor o curador, o a cualquiera de sus miembros y aun al mismo juez cuando el interés del incapaz lo exija (art. 640).

15. Presidencia

Por mandato legal, el juez preside el Consejo.

16. Sanción por inasistencia

En armonía con la obligatoriedad del cargo, los miembros del consejo están obligados a concurrir a las reuniones, salvo causa justificada. Designado que fuera un miembro es obligatoria su función (art. 627 a contrario sensu). Los designados tienen la obligación de cumplir con todos los requerimientos que su cargo confiere; asumido el cargo, la asistencia es personal a las reuniones⁽⁹³⁶⁾, salvo que el juez autorice, por causa justificada, la representación mediante apoderado. Su inasistencia es pasible de multa (art. 642).

17. Excusa y aplazamiento de la reunión

La participación de todos los miembros es importante.

Si es justificada la inasistencia de algún miembro el juez podrá diferirla para otro día siempre que lo vea conveniente y no se perjudiquen los intereses del menor o incapaz (art. 643).

18. Quórum y mayoría para la adopción de acuerdos

El consejo no puede adoptar resoluciones sin que estén presentes en la deliberación y votación por lo menos tres de sus miembros, además del juez y sin que haya conformidad de votos entre la mayoría de los asistentes (art. 641).

Las decisiones adoptadas por el Consejo de Familia no son materia de consulta al Superior, tomando en cuenta que en vía de interpretación se entenderá que los alcances del artículo 408 del Código Procesal Civil están referidos a aquellas situaciones en las cuales haya sido necesaria la intervención judicial en el nombramiento de tutor o curador⁽⁹³⁷⁾.

Según el *Code* las deliberaciones del Consejo de Familia serán nulas cuando hubieran sido realizadas mediante dolo o fraude, o se hubieran omitido las formalidades sustanciales (art. 416).

19. Libros de actas de Consejo de Familia y obligatoriedad de extender actas

De las sesiones del Consejo se extenderá acta en los libros de Consejo de Familia del juzgado y en un libro especial que conservará el pariente más próximo. En ambos libros firmarán todos los miembros asistentes y se dejará constancia de este hecho (art. 652).

(936) ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge: "Carácter gratuito e inexcusable del cargo de miembro del Consejo". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 3ª edición, Derecho de Familia (segunda parte), Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003, p. 469.

(937) Vide *El Código Civil en su jurisprudencia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007, p. 231.

20. Recursos impugnatorios

Basado en el principio de doble instancias pueden presentarse recursos impugnatorios en los siguientes casos:

- *De las resoluciones del consejo presidido por el juez de paz* pueden apelar el juez de primera instancia (art. 648): Cualquiera de sus miembros que haya disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, tutor o el curador, cualquier pariente del menor, cualquier otro interesado en la decisión. El plazo para apelar es de cinco (5) días, salvo lo dispuesto en el artículo 650.
- *De las resoluciones del consejo presidido por el juez de menores* pueden apelar a la Sala Civil de la Corte Superior, dentro del mismo plazo y con la misma salvedad, las personas indicadas en el artículo 648 (art. 649).
- *Las resoluciones en que el Consejo de Familia declare la incapacidad* de los tutores o curadores, acuerde su remoción, o desestime sus excusas, pueden ser impugnadas, ante el juez o la Sala Civil de la Corte Superior, en su caso, en el plazo de quince días (art. 650).

21. Sesiones con presencia del tutor o curador

El tutor o el curador tienen la obligación de asistir a las reuniones del Consejo cuando sean citados. También podrán asistir siempre que el consejo se reúna a su solicitud. En ambos casos carecerán de voto (art. 645).

XX. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS MIEMBROS

Los miembros del Consejo de Familia son, solidariamente, responsables de los daños que, por dolo o culpa, sufra el sujeto a tutela o curatela, excepto aquel que hubiese disentido del acuerdo que los causó y que consta de las actas correspondientes (art. 651).

XXI. ATRIBUCIONES

Las atribuciones del Consejo de Familia tienen por objeto velar por la persona e intereses de menores, mayores incapaces y de los ausentes.

22. Atribuciones específicas

Estas atribuciones están en el artículo 647 del Código.

Corresponde al consejo:

Nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales, conforme a este Código, admitir o no la excusa a la renuncia de los tutores y curadores dativos que nombre, declarar la incapacidad de los tutores y curadores dativos que se

nombren y removerlos a su juicio, provocar la remoción judicial de los tutores y curadores legítimos, de los testamentarios o escriturarios y los nombrados por el juez, decidir, en vista del inventario, la parte de rentas o productos que deberá invertirse en los alimentos del menor o del incapaz, en su caso, y en la administración de sus bienes, si los padres no lo hubiera fijado, aceptar la donación, la herencia o el legado sujeto a cargas, dejando al menor o en su caso, al incapaz, autorizar al tutor o curador a contratar bajo su responsabilidad, uno o más administradores especiales, cuando ello sea absolutamente necesario y lo apruebe el juez, determinar la suma desde la cual comienza para el tutor o curador, según el caso, la obligación de colocar el sobrante de las rentas o productos del menor o incapaz, indicar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta y ejercer las demás atribuciones que le conceden el Código Civil y el Código Procesal Civil.

23. Atribuciones especiales

Las demás atribuciones del Consejo de Familia que aparecen dispersas en muchos artículos del Código, son:

Atribuciones del Consejo de Familia (aparte de las consideradas en el art. 347)		
Menores sujetos a patria potestad	Menores sujetos a tutela	Mayores incapaces sujetos a curatela
341, 355, 426, 427, 428, 433, 434, 467, 987, 1307	277, 378-6, 407, 502-2, 647-3-4-7-9, 526, 531, 532, 542, 560, 987	378-6, 569, 573, 609, 647-2-3-4, 987, 1307

XXII. TERMINACIÓN

24. Del cargo de miembro

El cargo en mención termina por muerte, declaración de quiebra o remoción. Además, culmina por renuncia fundada, motivada por impedimento legal sobreviniente. En cuanto a la remoción de los miembros del Consejo de Familia, le son aplicables las normas referidas a la remoción de los tutores, artículo 554 (art. 657).

25. Del Consejo

Por haber terminado sus funciones y finalidad, lo que lo torna innecesario.

El Consejo de Familia cesa o termina en los mismos casos en que acaba la tutela o curatela (art. 658): (i) Por muerte del menor o del incapaz, (ii) Por llegar el menor a los 18 años de edad, (iii) Por cesar la incapacidad del menor conforme el artículo 46 y también del mayor incapaz, por su rehabilitación y por levantarse la interdicción, (iv) Por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del

artículo 580, (v) Por reingresar el menor a la patria potestad (art. 549). Además, debe tenerse en cuenta los artículos 610, 611, 615, 616, 617 y 618 del Código.

En principio, puede haber lugar al término del cargo de miembro pero subsistir el consejo. Asimismo, el consejo puede disolverse judicialmente al no darse el número de miembros necesarios para su funcionamiento (arts. 626 y 659).

El término no es definitivo. Pueden reaparecer algunas circunstancias que justifiquen nuevamente su instalación y formación⁽⁹³⁸⁾. A respecto, Cornejo Chávez⁽⁹³⁹⁾ sostiene dos supuestos:

- Si ocurriera que en el futuro vuelve a instaurarse para el mismo incapaz otra tutela o curatela, volverá a formarse el consejo.
- Tratándose del ingreso o reingreso del menor a la patria potestad, después de haber estado bajo tutela, el cese del consejo no significa que no podrá volver a formarse, aun en vida de sus padres cuando ello sea procedente, si volviese a la tutela o se instaurase en el futuro una curatela.

XXIII. REGULACIÓN LEGAL

26. Antecedentes

El Código Civil francés sirvió de modelo al nuestro para regular al Consejo de Familia.

27. Legislación

El Consejo de Familia está normado en el Código Civil, en el Código de los Niños y Adolescentes y, referencialmente, en el Código Procesal Civil.

28. Código Civil

Aparte de su tratamiento ordenado y esquemático en cuarenta (40) artículos –artículos 619 al 659– tratados en el Capítulo Tercero - Consejo de Familia, Título II - Instituciones supletorias de amparo, Sección Cuarta - Amparo Familiar del Libro III de Derecho de Familia; son 26 los artículos adicionales que a lo largo del Código se refieren al Consejo de familia.

Veamos:

- El Consejo de Familia ejerce la acción de anulabilidad de matrimonio del impúber a falta de ascendientes que no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio (art. 277, inc. 1).

(938) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*. Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 612.

(939) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril 1999, p. 817.

- En caso de separación de cuerpos o divorcio, en cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del Consejo de Familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (arts. 341 y 355).
- Para la adopción se requiere que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al Consejo de Familia si el adoptado es incapaz (art. 378, inc. 6).
- Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración de los bienes de sus hijos, salvo que le juez, a pedido del Consejo de Familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo (art. 426).
- Los padres no están obligados a dar cuenta de su administración de los bienes de sus hijos sino al terminar esta, a no ser que el juez, a solicitud del consejo de familia, resuelva otra cosa (art. 427).
- El juez, a pedido del Consejo de Familia, puede modificar o suspender en cualquier tiempo las medidas que hubiese dictado de conformidad con los artículos 426 y 427 (art. 428).
- El padre o la madre que quiera contraer nuevo matrimonio debe pedir al juez, antes de celebrarlo, que convoque al Consejo de Familia para que este decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos del matrimonio anterior (art. 433).
- Los padres del hijo extramatrimonial se sujetan al artículo 433 (art. 434).
- Siempre que el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos, se nombrará a estos un curador especial. El juez, a petición del padre o de la madre, del Ministerio Público, de cualquier otra persona o de oficio, conferirá el cargo al pariente a quien corresponda la tutela legítima. A falta de este, el Consejo de Familia elegirá a otro pariente o a un extraño (art. 460).
- En los casos de los artículos 446, 463, 464 y 466, inciso 3, el Consejo de Familia proveerá de un curador al hijo para que represente a este en el proceso respectivo (art. 467).
- El juez, a solicitud de parte o de oficio, nombrará curador para los hijos y proveerá a su seguridad y a la de sus bienes, conforme a las normas pertinentes del Código Procesal Civil, en caso que el Consejo de Familia no cumpla con lo dispuesto en el artículo 467, o que pueda resultar perjuicio (art. 468).
- A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: (i) El más próximo al más remoto, (ii) El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al Consejo de Familia (art. 506).

- A falta de tutor testamentario, escriturario o legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor. El Consejo de Familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona (art. 508).
- El tutor dativo será ratificado cada dos años por el Consejo de Familia, dentro del plazo de treinta días, contados a partir del vencimiento del periodo. La falta de pronunciamiento del consejo dentro de dicho plazo equivale a la ratificación (art. 509).
- El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este, proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del Consejo de Familia. Cuando el menor carezca de bienes o estos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia (art. 526).
- Los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados, sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del Consejo de Familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor (art. 531).
- El tutor necesita autorización judicial, concedida previa audiencia del Consejo de Familia, para (art. 532): (i) Practicar los actos indicados en el artículo 448, (ii) Hacer gastos extraordinarios en los predios, (iii) Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía, (iv) Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457, (v) Celebrar contrato de locación de servicios, (vi) Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso, (vii) Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios.
- La rendición de cuentas, a solicitud del tutor o del Consejo de Familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado (art. 542).
- Si el juez tiene conocimiento de algún perjuicio que el tutor cause al menor convocará de oficio al Consejo de Familia para que proceda, según las circunstancias, a usar de sus facultades en beneficio de aquel (art. 560).
- A falta de curador nombrado conforme al artículo 568-A, la curatela de las personas mencionadas en los artículos 43, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde: (i) Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el artículo 289, (ii) A los padres, (iii) A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al Consejo de Familia necesariamente, (iv) A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior, (v) A los hermanos (art. 569).

- A falta de curador legítimo, testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el Consejo de Familia (art. 573).
- Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del Consejo de Familia (art. 578).
- La curatela de los incapaces a que se refieren los artículos 584, 585 y 586 corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al Consejo de Familia (art. 589).
- El curador de bienes no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, así como los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez previa audiencia del Consejo de Familia (art. 602).
- En los casos de los incisos 1 y 9 del artículo 606, el curador será nombrado por el juez. En los demás casos lo será por el Consejo de Familia (art. 609).
- Si alguno de los copropietarios es incapaz, o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Puede prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios. La solicitud de aprobación se sujeta al trámite del proceso no contencioso, con citación del Ministerio Público y del Consejo de Familia, si ya estuviera constituido (art. 987).
- Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al Consejo de Familia cuando lo haya y lo estime conveniente (art. 1307).

29. Código de los niños y adolescentes

Contiene un tratamiento muy referencial, sea por la extensión del Código Civil o por que la especialidad de la norma no permite mayor expansión.

- *Consejo de Familia.*- Habrá Consejo de Familia para velar por la persona e intereses del niño o del adolescente que no tenga padre ni madre o que se encuentre incapacitado conforme lo dispone el artículo 619 del Código Civil (art. 101).

Aguilar Llanos⁽⁹⁴⁰⁾ respecto del artículo 101 del Código de los Niños y Adolescentes concordado con el artículo 619 del Código llega a la conclusión de que la primera norma crea una confusión, pues pueden existir niños o adolescentes con padres pero que no están en el ejercicio de la patria potestad, caso en el cual obviamente entra a tallar el consejo, por lo tanto, la norma debió referirse a los niños y adolescentes cuyos padres no ejercen patria potestad.

- *Participación del adolescente en el Consejo de Familia.*- El adolescente participará en las reuniones del Consejo de Familia con derecho a voz y voto. El niño será escuchado con las restricciones propias de su edad (art. 102).
- *Proceso.*- La tramitación de todo lo concerniente al Consejo de Familia se rige por lo dispuesto en el artículo 634 del Código Civil y lo señalado en el presente Código (art. 103).

30. Código Procesal Civil

- *Autorización judicial.*- El administrador judicial de bienes requiere autorización del juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil. Esta le será concedida oyendo al Consejo de Familia, cuando así lo disponga la ley (art. 776).
- *Ministerio Público.*- El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo [autorización para disponer de bienes de incapaces] solo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad (art. 787).

XXIV. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

Curiosamente, se trata de una institución de amparo de familiar poco común en la legislación comparada. Pocos son los Códigos que la presentan lo que no importa, necesariamente, un desmerecimiento a su esencia sino que, a contrario sensu, podríamos decir que es una figura legal solo con poca raigambre institucional a pesar de sus romanos orígenes. Su poca presencia en los Códigos se debe varias razones, entre ellas: (i) La poca practicidad en su uso, (ii) Excesiva exigencia de trámites para su constitución, (iii) El sistema existente de guarda (tutela y curatela) cumplen buena función, (iv) Las relaciones familiares fundamentadas en el afecto (vecino, allegados)⁽⁹⁴¹⁾ suplen la falta de parientes, entre otras tantas, llegan a suplir al Consejo de Familia.

Hoy, es más, la liberalización de la relaciones familiares se apartan de las instituciones fiscalizadoras, inspectoras. Este gendarme que lleva oculto el Consejo

(940) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 596.

(941) Vide: Tomo I, número 8.7.

de Familia lo hace poco atractivo dentro de la estructura de la familia contemporánea, fundamentada más en la voluntariedad y en la libertad.

De un análisis en la legislación comparada podemos verificar lo siguiente:

Consejo de Familia en la legislación comparada	
Sí	No
Francia	Alemania ^(*)
Estado de Hidalgo Guadalajara, Jalisco (México)	Argentina
	Brasil
	Costa Rica
Portugal	Colombia
Quebec	Cuba
República Dominicana	Chile
	Ecuador
	El Salvador
	España
	Guatemala
	Italia
	México DF
	Nicaragua
	Panamá
	Paraguay
	Puerto Rico
Antecedentes Nacionales	
Perú	
Código Civil de 1852 y 1936	

^(*) Estuvo regulado, luego se derogó.

En los países donde no está regulado la función de vigilancia recae en el Estado, sea en organismos especialmente creados o en el Poder Judicial.

Las decisiones adoptadas por el Consejo de Familia no son materia de consulta al Superior, pues en vía de interpretación debe entenderse que los alcances del artículo 408 del Código Procesal Civil están referidos a aquellas situaciones en las cuales haya sido necesaria la intervención judicial en el nombramiento de tutor o curador. Vide *El Código Civil en su jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, 1ª edición, mayo 2007, Lima, 231.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.
- AMÉZQUITA De ALMEIDA, Josefina. *Lecciones de Derecho de Familia*. Editorial Temis, 1980, Colombia, 1980.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril 1999.
- DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba. *Derecho de los Niños y Adolescentes*. Editorial Dongo, Arequipa, 2001.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Carácter gratuito e inexcusable del cargo de miembro del Consejo”. En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo III, Derecho de Familia (segunda parte), Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003.
- *El Código Civil en su jurisprudencia*, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007.
- LINARES, Octavio. *Programa Razonado del Curso de Derecho de Familia*. H.J. Rozas, Cusco, 1959.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. 2ª edición, Editorial Idemsa, Lima, 1996.

**CAPÍTULO
DÉCIMO PRIMERO**

**COMPENSACIÓN
POR
DESEQUILIBRIO**

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO^(*)

I. Marco general. **II.** Origen. **III.** Dimensión institucional. **IV.** Dimensión conceptual. **V.** Los procesos sociales y el contexto. **VI.** Delimitación conceptual e institucional. **1.** Alimentos y compensación por desequilibrio. **2.** Divorcio, extinción de los alimentos y compensación por desequilibrio. **3.** La legitimidad de los procesos de transmisión patrimonial y la titularidad de los recursos. **VII.** Los presupuestos de la compensación por desequilibrio. **4.** Separación o divorcio. **4.1.** El cese de la comunidad de vida. **4.2.** La convivencia o vida en común. **4.3.** Criterio de inmediatez. **5.** Desequilibrio económico –respecto del otro cónyuge–. **5.1.** Teoría objetiva del desequilibrio. **5.2.** Teoría subjetiva del desequilibrio. **5.2.1.** Concepto y amplitud del patrimonio. **5.3.** Las teorías objetiva y subjetiva en el artículo 97 del Código Civil español. **5.4.** Criterios temporales del desequilibrio. **5.4.1.** Desequilibrio, igualdad y justicia. **6.** Empeoramiento de situación anterior en el matrimonio “especial referencia al oportunismo”. **6.1.** Estrategias matrimoniales y oportunismo contractual. **6.2.** La idea de periodo de normalidad como punto de equilibrio a la luz del empeoramiento. **6.3.** Criterios temporales del empeoramiento. **6.3.1.** El empeoramiento frente a la igualdad de oportunidades: algunas “malinterpretaciones” jurisprudenciales. **6.3.2.** Distinción temporal del empeoramiento. **VIII.** Circunstancias. **7.** Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. **7.1.** Disponibilidad del derecho: Renuncia. **7.2.** Vigencia de los acuerdos, cambio de circunstancias y existencia de información. **8.** La edad y el estado de salud. **9.** La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. **9.1.** Amplitud del concepto de cualificación profesional. **9.2.** Amplitud del concepto de probabilidad de acceso a un empleo. **9.3.** Consolidación de los conceptos: la amplitud de la circunstancia. **10.** La dedicación pasada y futura a la familia. **10.1.** La pérdida de expectativas. **10.2.** Los costes de oportunidad. **10.3.** La dedicación pasada y el enriquecimiento indebido. **10.4.** La dedicación futura. **10.5.** La dedicación a la familia: amplitud del concepto. **11.** La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. **12.** La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. **13.** La pérdida eventual de un derecho de pensión. **14.** El caudal, los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. **15.** Cualquier otra circunstancia relevante. **IX.** Temporalidad. **X.** Sustitución. **XI.** Modificación. **XII.** Extinción. **16.** El cese de la causa. **17.** Nuevo matrimonio o convivencia del acreedor. **17.1.** Amplitud conceptual de la vida marital. **17.1.1.** Elementos configuradores. **18.** Delimitación y consolidación conceptual. **XIII.** Características de la compensación por desequilibrio. **19.** Naturaleza. **19.1.** Tesis indemnizatoria. **19.2.** Tesis compensatoria. **19.2.1.** Nuestra tesis. **20.** Objeto. **21.** Finalidad. **21.1.** Directa. **21.1.1.** El equilibrio obligacional. **21.2.** Indirecta. **21.2.1.** La equivalencia. **21.3.** Posicionamiento, redistribución y adjudicación. **22.** Fundamento. **XIV.** Planteamiento de la compensación por desequilibrio y la compensación económica por razón de trabajo en el hogar en Cataluña. **23.** Compensación por desequilibrio catalana. **24.** Compensación económica por razón de trabajo. **24.1.** Presupuestos de legitimidad. **24.2.** Compensación económica por razón de trabajo y cargas familiares. **24.3.** Principio de igualdad y retribución. **25.** Compatibilidad de ambos derechos. **26.** Distinción de ambos derechos. **27.** La retribución. **28.** Relación de causalidad. **XV.** Conclusión.

(*) Este capítulo fue elaborado en conjunto con el Dr. Abelardo Ortiz Solé y está basado en su Tesis Doctoral titulada: El altruismo y la equidad en las crisis familiares. Los fundamentos jurídicos de la compensación por desequilibrio, Universidad de Salamanca, 2011. Vease en: <<http://tdx.cat/handle/10803/29054>>.

El 8 de julio de 2001 entró en vigencia la Ley N° 27495 que principalmente incorporó las causales de separación de hecho y la imposibilidad de hacer vida en común, como causales de separación de cuerpos y divorcio en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, la referida norma incorporó el artículo 345-A al Código Civil peruano referido a la *indemnización en caso de perjuicio en la separación de hecho*.

Con ella el legislador peruano establece una obligación legal en virtud de la cual, de ser el caso, el juez en el ejercicio de su deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho debe señalar, en favor de este último, una indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Desde aquel entonces, ya sea por efecto de una redacción imprecisa o de una declaración ausente de claridad conceptual, tímidamente la indemnización en caso de perjuicio en la separación de hecho ha adquirido una determinada naturaleza y, fuera de distinguirse convenientemente, como una institución independiente del Derecho de Familia peruano, se ha constituido como una regla accesoria a los efectos del decaimiento y disolución del vínculo matrimonial.

Frente a este hecho, la jurisprudencia nacional ha hecho denodados esfuerzos a fin de clarificar y cubrir algunas de las deficiencias de la norma a través de una serie de precedentes obligatorios⁽⁹⁴²⁾, tras un análisis exhaustivo del artículo en cuestión y en atención a instituciones de análogos propósitos en el Derecho comparado y en forma especial, de la compensación por desequilibrio española.

Con ello, aun cuando a la luz del contenido del artículo 345-A del Código Civil peruano y la compensación por desequilibrio española, puede intuirse la existencia de un común y similar espíritu, no dejan de existir diferencias conceptuales irreconciliables, dignas de observación.

Por lo tanto, resulta de interés analizar la compensación por desequilibrio española y sus particularidades de forma, tal que pueda servir como base para establecer una conveniente delimitación entre esta y el artículo 345-A del Código Civil peruano.

I. MARCO GENERAL

La compensación por desequilibrio es una institución del Derecho de Familia español, cuya fuente primaria es el artículo 97 del Código Civil español que establece:

(942) En particular, el Tercer Pleno Casatorio Civil de fecha 18 de marzo de 2011.

Artículo 97.- *El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal, los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancia relevante.

El derecho a esta compensación se complementa con el artículo 99 del mismo cuerpo legal, que establece que puede convenirse en cualquier momento su sustitución por una *renta vitalicia*, el *usufructo* de determinados bienes, o la *entrega de capital en bienes o dinero*.

El contenido del derecho, como el propio nombre la identifica, es una compensación que implica *dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado*. Esta compensación puede revestir diversas modalidades tales como las de *pensión temporal*, *pensión por tiempo indefinido*, *prestación única*, *renta vitalicia*, *usufructo de bienes*, o *entrega de capital en dinero o bienes*.

Se trata en suma, de una institución compleja que en términos económicos podría imputarse a la aplicación del criterio de Kaldor-Hicks a las crisis matrimoniales⁽⁹⁴³⁾. Aboga por la búsqueda de un equilibrio patrimonial y obligacional tras la ruptura del vínculo en el que han sucedido y confluyen una serie de interrelaciones patrimoniales con motivaciones indeterminadas de alto contenido subjetivo las que, en virtud de un estricto rigor técnico, van más allá de los alimentos, la

(943) En cuanto a esta afirmación hay divergencias académicas. Muchas opiniones se decantan por calificarla como un criterio de equidad, mas no de eficiencia a través de una compensación potencial.

contribución a las cargas familiares, o supuestos de responsabilidad civil, y que por su contenido y amplitud, superan ampliamente las fórmulas y soluciones ofrecidas por la liquidación del régimen económico matrimonial.

En efecto, con elementos de diversas índoles y con matices especiales, la compensación por desequilibrio, se relaciona de manera especial –al tiempo que marca distancia– con instituciones tales como los alimentos, la contribución a las cargas familiares, el enriquecimiento indebido y algunos supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Interesante es ver que el anteproyecto de Código Civil argentino de 2012 ya contempla esta institución para los casos de divorcio y cesación de la unión estable:

- ***Aplicable en los casos de divorcio***

Artículo 441.- Compensación económica. *El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado.*

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Artículo 442.- Fijación judicial de la compensación económica. *A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:*

- a) *El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;*
- b) *La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;*
- c) *La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;*
- d) *La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;*
- e) *La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;*
- f) *La atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.*

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

- **Aplicables cesada la convivencia**

Artículo 524.- Compensación económica. *Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.*

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

Artículo 525.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad

El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) El estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;*
- b) La dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;*
- c) La edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;*
- d) La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;*
- e) La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;*
- f) La atribución de la vivienda familiar.*

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en artículo 523.

II. ORIGEN

El origen de la compensación por desequilibrio obedece a un proceso evolutivo, y posiblemente su más temprano vestigio se encuentre en la institución de los alimentos. Dicho proceso evolutivo (social) ha de interpretarse a nuestro juicio, desde dos dimensiones, una *institucional* y otra *conceptual*.

III. DIMENSIÓN INSTITUCIONAL

Los distintos fenómenos y necesidades sociales van confluendo progresivamente de manera tal que dan vida a instituciones que regulan tanto su propio funcionamiento como sus consecuencias, y de manera paulatina (espontánea o no), interiorizan nuevas aplicaciones o utilidades sociales.

Este hecho es de fácil apreciación en los alimentos. Los alimentos como institución ha servido para otorgar asistencia, socorro y solventar necesidades básicas, fundamentada en una ampliación a nivel social normativo del altruismo propio de las relaciones familiares. Sin perjuicio de ello, la complejidad de las distintas relaciones involucradas en dicha institución ha promovido y facilitado el hecho que a nivel intuitivo y de manera progresiva dicha institución internalice otra variedad de funciones jurídico-económicas. La institución de los alimentos tras un proceso acompasado adquirió gran *versatilidad institucional*⁽⁹⁴⁴⁾, al permitir anexas a ella una serie de funciones, conceptualmente aún poco delimitadas pero existentes.

IV. DIMENSIÓN CONCEPTUAL

Del lado de la dimensión institucional, el contenido de una pensión de alimentos, —como se sabe— aunque a tenor de la ley estuviera delimitada en su naturaleza, función y contenido, se da por obra de la intuición judicial, capaz de subsumir en una misma naturaleza una serie de funciones y contenidos relacionados, más aún si estos podían resultar de una muy complicada cuantificación económica.

En efecto, desde el punto de vista estrictamente jurídico, por lo común, confluyen conceptualmente en la institución de los alimentos, obligaciones de distinta naturaleza, pero no por ello incompatibles. Tenemos así, como algunas funciones económicas de los alimentos, (las que a su vez se transforman y representan conceptualizaciones jurídicas) las siguientes:

- *Resarcimiento de daños por incumplimiento matrimonial.*- Tendríamos que pensar en la sanción que constituye un incumplimiento contractual en función de las expectativas de los cónyuges ante la existencia de riesgos e

(944) Esta versatilidad institucional sería la explicación de la complejidad analítica de los alimentos. Según Posner, la antigua deuda de alimentos parece desempeñar por lo menos tres funciones económicas distintas: i) una forma de indemnización de los daños por el incumplimiento matrimonial; ii) un método para pagar a la esposa su parte de los activos de la sociedad matrimonial; y, iii) es posible que la función económica más importante de la pensión alimenticia sea dar a la esposa una forma de indemnización por despido o de subsidio por desempleo. En un modelo de familia tradicional en la que la esposa se especializa en la producción y labores domésticas y por tal razón, todas las habilidades que haya tenido en la producción de mercado se deprecian y, a la postre, sus principales posibilidades de empleo —si se disolviera su matrimonio— se reducirán a la perspectiva de volver a casarse y formar una nueva familia en la que pueda desempeñar dicho oficio. POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1992, p. 143.

incertidumbre. Salvador Coderch y Ruiz García⁽⁹⁴⁵⁾ señalan acertadamente que cada parte tiene derecho a esperar de la otra, o del ordenamiento jurídico, que el cumplimiento voluntario o forzoso del contrato la deje dónde y cómo habría llegado a estar, si el contrato se hubiera cumplido de acuerdo a sus propias condiciones y previsiones.

- *Pago de la parte de los activos de quien permaneció en el hogar.*- Habría de relacionarse con la frecuente inexactitud en la liquidación del régimen económico matrimonial y la determinación de los aportes a las cargas familiares. En la práctica, la liquidación de los bienes tangibles suele realizarse con relativa facilidad, ya que son susceptibles de tasación y consecuente valoración económica; no así ciertas aportaciones intangibles las que en muchas ocasiones son incorporadas por tanteo al monto global de los alimentos.
- *Indemnización por despido o de subsidio por desempleo.*- En ella, las inversiones en capital humano y especialización, y el hecho que, en principio, el matrimonio en ocasiones significa la garantía de un espacio de desarrollo de actividades productivas para cualquiera de los cónyuges, su disolución terminará por cercenar toda expectativa de producción y subsistencia.

Con todo y así pues, muchas de estas funciones económicas⁽⁹⁴⁶⁾ al delimitarse conceptualmente en el plano jurídico, sobrepasan y exceden la Institución que las viene interiorizando, y en algunos casos, como lo es el de la compensación por desequilibrio, forman el contenido de nuevas Instituciones.

En efecto, en cuanto a la compensación por desequilibrio, algunas de estas funciones han tenido en la doctrina española, ciertas referencias. Lacruz y Rams⁽⁹⁴⁷⁾, tomando en cuenta las circunstancias establecidas en el artículo 97 del Código Civil español, apuntan que estas establecen parámetros muy variados en cuanto a su significación en orden a la determinación graduada del montante económico de la compensación, de los cuales unas confieren a esta (la compensación por desequilibrio), el carácter de un *salario diferido* (dedicación a la familia, ayuda en la

(945) SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. En: Egea I Fernández, Joan y Ferrer I Riba. (Directores). *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*. p. 56.

(946) Para mayor abundamiento, y sin perjuicio de las funciones anteriormente desarrolladas, Posner agrega una serie de funciones adicionales que pueden estar incluidas en una sentencia de divorcio conjuntamente con el establecimiento de un derecho de alimentos. Anota que aparte de *prescribir la división del trabajo de los activos familiares*, la sentencia de divorcio podría ordenar que el esposo pague a la esposa: 1) una suma fija periódica, *a menos que ella vuelva a casarse* –él arguye que se trata de una pensión alimenticia para la mujer, sin embargo no es otra cosa que un matiz de la compensación por desequilibrio, nótese que el artículo 101 del Código español establece la extinción de la pensión compensatoria por nuevo matrimonio, y 2) *una parte del costo de crianza de los hijos del matrimonio y parte de los costes de oportunidad* asumidos por la madre en tanto asume la custodia de estos. POSNER, Richard A. *Ibidem*, p. 142.

(947) LACRUZ BERDEJO, José Luis y RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. José María Bosch Editor, Barcelona 1990, p. 251.

profesión o negocios del otro esposo) o incluso, el de un *salario futuro* (dedicación futura a la familia) y hasta, en último extremo, un cierto carácter alimentario (edad, salud, posibilidades de empleo).

Por otro lado, Egea⁽⁹⁴⁸⁾ refiere que la participación de uno de los cónyuges en la actividad profesional o empresarial del otro no tiene una relación directa con el deber de ayuda mutua, sino que corresponde más con una relación de tipo laboral o, si es el caso, societaria por la cual las cuestiones de valoración se han de resolver estrictamente con criterios de mercado laboral o del contrato de sociedad. Albaladejo⁽⁹⁴⁹⁾ por su parte, con un razonamiento parecido refiriéndose al artículo 1438 del Código Civil español⁽⁹⁵⁰⁾, dedicado a la compensación por trabajo en el hogar, sostiene que dicha figura podría llamarse compensación final y es como una especie de *indemnización por paro* que se debe al cónyuge que trabaja fuera de la casa y percibe así rendimientos, no deja de obtener medios por la cesación del matrimonio, mientras el que trabajaba para la casa queda sin empleo y, como no ganaba, sino ahorra gastos, necesita ahora algo aparte para mantenerse ya que antes su mantenimiento estaba entre las cargas familiares.

V. LOS PROCESOS SOCIALES Y EL CONTEXTO

Como se puede observar por lo general, las *instituciones* jurídicas suelen ser más amplias que su delimitación *conceptual*. Este hecho a su vez, de la mano de determinados cambios sociales, es normalmente la causa de las reformas legislativas o la creación de nuevas y más específicas *instituciones*.

En efecto, desde el punto de vista *conceptual* los alimentos se hicieron insuficientes y a la vez tras un proceso social, emergió *la compensación por desequilibrio* como una nueva *institución*. Los procesos sociales y un contexto determinado en ese sentido, impulsan y sustentan los cambios en los paradigmas jurídicos.

Así pues, la existencia de un modelo de familia tradicional en el que la producción femenina forma parte de un insumo desvalorizado y subestimado, un mercado sin ampliación suficiente, en el que aún no se producen parte de los insumos que las mujeres suelen producir en el hogar, y en consecuencia la dependencia económica que mantiene la esposa respecto a su consorte, sirven no solo de un marco explicativo a nivel socioeconómico, sino de igual manera, de

(948) EGEA FERNÁNDEZ, Joan. En: *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions de situacions convivencials d'ajuda mútua*. Egea I Fernández, Joan y Ferrer I Biba, Josep (Directores). Tecnos, Madrid, 2000, p. 112.

(949) ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV, Derecho de Familia. Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

(950) Artículo 1438 CC: "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

pensamiento a nivel general. Los alimentos pues, sirvieron así tanto *institucional* como *conceptualmente*, de vía a través de la cual se procuraba dar solución al dilema patrimonial surgido tras la separación o divorcio, en lo posible, en todos sus aspectos.

Más tarde, en un contexto en el que el mercado empieza a expandirse, y en el que la oferta de bienes y servicios es más amplia, la progresiva necesidad de capital humano cualificado eleva ostensiblemente los costes de oportunidad femeninos asociados a su permanencia en el hogar⁽⁹⁵¹⁾ y urge un remedio patrimonial específico con un rótulo distinto a una obligación alimentaria y una situación de dependencia: la compensación por desequilibrio.

VI. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL E INSTITUCIONAL

La reformulación y limitación de conceptos a nivel jurídico parte de realizar distanciamientos entre las naturalezas jurídicas de las *instituciones* relevantes.

La tarea de los juristas tendente a delimitar la naturaleza jurídica de una *institución* es en el fondo, un esfuerzo por prescribir el *rol* del Derecho sobre los individuos en función de dicha *institución* y no de otra. Se remarca la naturaleza jurídica de una *institución* determinada para desvirtuar a otra. La nueva naturaleza jurídica de la compensación por desequilibrio vino a desvirtuar el pretendido carácter asistencial propio de los alimentos. Análoga es la función jurisprudencial en este sentido. Transmite el paulatino tránsito de las concepciones y la adecuación de las *instituciones* a su real (o pretendida) naturaleza.

1. Alimentos y compensación por desequilibrio

Aun cuando la compensación por desequilibrio había entrado ya en escena, conceptual y jurisprudencialmente se siguió en cierta medida apelando aun a los

(951) Es importante resaltar que la heterogamia, define una unión entre personas con características sociales distintas. En consecuencia, la descomposición de la heterogamia en un sentido jerárquico puede estimarse según la dirección en la que se realiza la unión marital. Tomando en cuenta a uno de los dos cónyuges, el matrimonio supone la unión con una pareja que es más, un matrimonio “hacia arriba”, o que es menos, un matrimonio “hacia abajo”. Estas dos opciones dan lugar a los términos de hipergamia y de hipogamia. Ambas tendencias pueden ser masculinas o femeninas, según el cónyuge que se haya tomado como referencia. Cabe indicar que la literatura especializada suele usar por defecto ambos términos en relación a la “mujer”, y obviar de esta manera el indicar un género. Actualmente, nuestro modelo, la hipergamia es un sistema de acumulación de riqueza. En muchos casos, los intereses económicos, las posiciones de clase sociales, los intereses inter-étnicos marcan estas reglas sobre quiénes sí o no pueden ser nuestros afines. En la mayor parte de los casos, estas reglas no están formalizadas, pero en todas las sociedades existen criterios que marcan una norma o crean regularidades que se cumplen por la mayoría de los individuos. La negociación hipergámica, hora a nivel social normativo, requiere una garantía respecto a las nuevas condiciones, así como un remedio a las ya existentes y desfavorables para algunas mujeres. Estos hechos, se configuraron como el preludio de una modificación legal (reforma de 7 de julio de 1981) y de la reformulación y limitación de conceptos a nivel jurídico en virtud de modelos ya existentes en países como Francia (*prestation compensatoire*) o Italia (*assegno per divorzio*).

alimentos. De acuerdo a esta paulatina evolución, Lacruz⁽⁹⁵²⁾ señalaba que la *pensión compensatoria* viene a sustituir a la antigua deuda de alimentos, y que cumple una función alimenticia que, incluso, se potencia; por lo que la pensión se presenta como integradora y superadora a la vez de la antigua deuda de alimentos, siendo su alcance mayor en la actualidad, como resultado de esa renovación de tipo cualitativo.

Este fenómeno puede apreciarse claramente a nivel jurisprudencial. Según la Sentencia Audiencia Provincial N° 93/1999 Lleida (Sección 1), de 14 junio, (AC 1999, 7130) el “(...) concepto de pensión compensatoria, en la que ciertamente pueden englobarse los antiguos y ya extinguidos derechos alimenticios, quedando por lo tanto concentradas bajo tal ropaje jurídico tanto las finalidades estrictamente compensatorias como las de índole alimenticia”.

De igual manera, se hace evidente la continuidad en la aplicación de la compensación por desequilibrio bajo criterios alimentistas. La Sentencia Audiencia Provincial N° 4/2000 Toledo (Sección 2), de 10 enero, (AC 2000, 160) señala: “y, así, la desaparición de las necesidades de los hijos como alimentistas, no debe conllevar que la esposa haya de quedar absolutamente desprovista de cualquier percepción. Percepción que, entonces y ahora, debe tener el carácter de compensatoria, aunque en el convenio, dejara de aludirse, literalmente, a esa naturaleza de la misma, y sin esta consideración contradiga, en el caso, el carácter jurídico-privado y los principios de disponibilidad y rogación, propios de esa suerte de compensación por desequilibrio económico (art. 97 y ss. del Código español). Porque, además, en ningún momento de los sucesivos avatares judiciales por los que han venido atravesando los ahora excónyuges, se ha mostrado otra cosa distinta de que la mujer ha venido dedicando su vida al cuidado y atención de la familia, y que pertenece a una generación de mujeres que, por sus condicionamientos, carecen de capacitación profesional, habiendo llegado a una edad en la cual es muy difícil pensar que puedan adquirir una autonomía económica”.

Más tarde, en medio de cambios sociales, legislativos y de concepción a nivel general; conceptualmente y, por ende, jurisprudencialmente, se fueron marcando distancias en cuanto a distintas naturalezas jurídicas; una nueva *institucionalidad*. Los cambios sociales y legislativos, son pues en buena cuenta, también cambios intelectuales.

2. Divorcio, extinción de los alimentos y compensación por desequilibrio

El principal argumento sobre el cual se erige esta nueva institucionalidad a la que se hace referencia, y que radica en la delimitación de una naturaleza jurídica

(952) LACRUZ BERDEJO, José Luis y RAMS ALBESA, Joaquín. Ob. cit., pp. 1162-1163.

autónoma de la compensación por desequilibrio en caso de divorcio *respecto a los antiguos alimentos* es a nuestro entender, la extinción de la obligación alimentaria.

Según se desprende del artículo 143 del Código Civil español, la obligación de alimentos se extingue tras la disolución del vínculo conyugal. Este es un hecho con trascendencia jurídica a nivel de determinadas consecuencias jurídico-patrimoniales. Sin embargo, la distancia entre una u otra figura habría de verse desde nuestra perspectiva, además en función de ciertos fundamentos filosóficos.

3. La legitimidad de los procesos de transmisión patrimonial y la titularidad de los recursos

Más allá de consideraciones acerca de requisitos de configuración, criterios de tipicidad u otros elementos de apreciación en uno u otro caso, resulta necesario a nuestro juicio, distinguir el papel de la titularidad de los recursos, tanto en cuanto a los alimentos como en la compensación por desequilibrio.

Ello nos ofrece un fundamento filosófico hacia la nueva *institucionalidad*, esta puede radicar en la titularidad. En el caso de los *alimentos*, la titularidad sobre ciertos recursos pasa de una mano a otra en función de una obligación determinada abocada a atender las necesidades de quien legítimamente requiere su satisfacción. En la *compensación por desequilibrio* ocurre cosa distinta, la titularidad sobre ciertos recursos permanece (o debería permanecer) incólume, no así su disponibilidad. Por efecto de las distintas interrelaciones patrimoniales, la disponibilidad de los bienes puede no ser correspondiente a la titularidad, o incluso, su titularidad puede ser dudosa. La compensación por desequilibrio, busca en nuestra opinión restituir tanto la disponibilidad como el valor de determinados recursos en función de las promesas hechas y sus expectativas (los procesos de transmisión patrimonial) definiendo la titularidad de los recursos. En el fondo la determinación de un derecho de compensación por desequilibrio es el reconocimiento y delimitación de la titularidad de un agente sobre un patrimonio determinado mediante la asignación de un derecho sobre este mismo patrimonio, que se traduce en una obligación de restitución. La compensación en este sentido está referida al ajuste en las diferencias en el valor de los bienes.

Es decir, nuestra opinión es que existen ciertas transmisiones patrimoniales cuya titularidad es incierta en la medida que aparece escondida tras una tenue frontera entre la necesidad y el requerimiento legítimo. Esta fue la base de la primaria confusión a nivel conceptual entre la compensación por desequilibrio y los alimentos. Esa es la razón del requisito del *desequilibrio* y *una relación de causalidad*. Si no existe un *desequilibrio*, a nivel interno las transmisiones se realizaron de manera tal, que no acusaron al cese de la relación un resultado *relevante*, en tal sentido, lo más adecuado es dejar las cosas como están.

Sin embargo, el *desequilibrio* es visto en muchas ocasiones, como una *fuerza de necesidad* de una de las partes, un llamamiento a la solidaridad; y no tiene, pensamos, porqué ser de esta manera.

En ello radica creemos, la distinción en cuanto a la *legitimidad* del reconocimiento del derecho a una compensación por *desequilibrio*. Si se asimilara a la compensación por *desequilibrio* como un requerimiento acerca de la necesidad de uno de los excónyuges y su disminución relativa de riqueza, y que obliga al otro a compensar esta pérdida de bienestar, estaríamos ante un fundamento alimentista.

Si por el contrario, se asume que quien sufre el *desequilibrio*, mantiene la titularidad sobre determinados recursos, no obstante no dispone de ellos en función de una situación de distribución asimétrica e ilegítima, y que urge le sean restituidos en virtud de un derecho de propiedad que ostenta sobre estos, así como de la compensación en la pérdida del valor de dichos recursos, nos encontraremos ante un fundamento restitutorio o compensatorio.

Y es que, lo inaceptable en este sentido no es, desde el punto de vista *conceptual*, la aparición de un *desequilibrio* (que suele ser en gran medida inevitable), sino el tratamiento que se dé respecto a la *titularidad* de los recursos. El perjudicado por un *desequilibrio* no necesita contar con instrumento de materialización de la solidaridad y consecuente redistribución de riqueza, sino de reconocimiento de su *titularidad* sobre un patrimonio, y la delimitación y asignación de sus derechos de propiedad.

“Nada que tenga historia puede definirse” decía Friedrich Nietzsche, y aunque es muy cierta esta afirmación, comprender el origen de la compensación por *desequilibrio* en este orden de ideas, puede ayudarnos a resolver una serie de dudas acerca de su funcionamiento y su sentido, al mismo tiempo que puede servir de pauta para el análisis del artículo 345-A del Código Civil peruano.

No se trata en lo absoluto de una institución híbrida, una “nueva” prolongación de los antiguos alimentos, o acaso un apartado o matiz específico de alguna o varias de las funciones antes incluidas a nivel intuitivo en la obligación legal de alimentos o en las obligaciones derivadas de una sentencia de divorcio, a las que hicimos referencia. Se trata de una *institución* que tras la evolución de otras instituciones, de contextos sociales determinados y concepciones, ha adquirido una *autonomía* determinada.

VII. LOS PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO

Son tres los elementos o presupuestos configuradores de la compensación por *desequilibrio*, a saber: i) *la separación o divorcio*, ii) *el desequilibrio económico*

–respecto del otro cónyuge– y, iii) un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio.

Sin perjuicio de ello, hay quienes, como Seoane, entienden como único presupuesto de la compensación, el desequilibrio económico, al que dotan de un concepto más amplio, el que por motivos metodológicos y de planteamiento, disgregamos en la presente exposición. Según dicho autor, dentro del concepto de desequilibrio están subsumidas las circunstancias determinadas por el empeoramiento respecto a la situación anterior al matrimonio, y otra, respecto a la situación respecto al cónyuge. Así, nos dice, “para determinar si esta situación de desequilibrio se ha producido, es preciso desarrollar un examen que se desenvuelve en dos dimensiones, una temporal, en la que se compara si la situación posterior a la separación o divorcio es peor que la que ostentaba en el matrimonio, y otra dimensión personal relativa, que atiende solo a la situación posterior a la crisis del matrimonio, y en la que se pretende establecer si la situación en que queda cada uno de los cónyuges es peor que la del otro. Solo en el caso de que la situación actual de un cónyuge sea peor que la pérdida y a la vez peor que aquella en la que queda el otro cabe establecer que se ha producido una situación de desequilibrio”⁽⁹⁵³⁾.

En sentido opuesto, otros criterios como el manifestado por la SAP Madrid 5 junio de 1991, refieren que “desequilibrio” y “empeoramiento” son circunstancias diferenciadas en cuanto a que el desequilibrio tiene como referencia la posición del otro cónyuge, y el empeoramiento de la situación anterior al matrimonio, de tal modo que no basta comprobar la existencia del primero para entender concurrente el segundo, pues el empeoramiento matiza el desequilibrio impren-tándole una circunstancia de graduación, de forma que un desequilibrio de escasa entidad o que no cambie la cotidianeidad económica resultará insuficiente (e ineficiente por los costos que significa) para producir el crédito. Bajo esta interpretación, la separación o divorcio, serían simplemente un mero presupuesto formal.

Con todo, y sea cual fuere la interpretación del artículo 97 del Código Civil español acerca de la existencia de uno o más presupuestos; hay cierto grado de consenso en cuanto a la presencia de un doble criterio comparativo (temporal y personal) así como de una *relación de causalidad*, la que sirve de base para la procedencia del otorgamiento del derecho.

De esta manera se manifiesta la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18), 6 de mayo de 1999, (AC 1999, 5919) al establecer que:

(953) SEOANE PRADO, Javier. *Prestaciones económicas: Derecho de alimentos y pensión compensatoria*. En: González Poveda, Pedro, y González Vicente, Pilar. (Coordinadores) Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales. Sepín Editorial Jurídica. Madrid, 2005, p. 432. Esta es a nuestro juicio, una posición bastante acertada, sin perjuicio de lo cual, la disgregación del desequilibrio y el empeoramiento no nos resulta inadecuada. Se trata en todo caso reiteramos, de opciones metodológicas de planteamiento.

“(…) en cuanto a la pensión compensatoria, esta Sala ya ha venido declarando reiteradamente que para que la pensión compensatoria pueda concederse, es preciso que se pruebe adecuadamente el soporte fáctico descrito en el párrafo primero del artículo 97 del Código Civil, consistente en que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; se determina pues, sobre un doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión), exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial”.

Asimismo, y consecuentemente, la Sentencia Audiencia Provincial Madrid 5 de junio de 1991, señala por su parte que:

“(…) el hecho constitutivo tiene una estructura catenular, en cuanto sus elementos están ordenados concatenadamente (…)”.

Hecho que por supuesto, a los efectos de esta exposición condicionan y dificultan el tratamiento de los presupuestos de manera aislada, no obstante y sin perjuicio de lo cual, desarrollaremos en la medida de lo posible los presupuestos antes descritos en detalle y de forma independiente.

4. Separación o divorcio

El primer presupuesto para que se configure el derecho a la percepción de una compensación por desequilibrio estriba en la causa que origina: i) el desequilibrio y ii) el empeoramiento de la situación anterior en el matrimonio. Esto es, la separación o el divorcio y, además, debe observarse entre dicha separación o divorcio una relación de causalidad⁽⁹⁵⁴⁾ con los otros dos presupuestos.

Ahora bien, con respecto a este presupuesto existen ciertos matices a los que consideramos hay que prestar atención. Estos tienen que ver con la objetividad y subjetividad de los términos y los conceptos que el legislador ha dispuesto sobre la ley, a propósito de la determinación de dicha pensión y del momento en el cual se configure.

(954) GARCÍA VARELA Román. En: Sierra Gil De La Cuesta, Ignacio. (Coordinador) Comentario del Código Civil, Tomo II, Bosch, 2006, p. 159. El autor sostiene que es necesaria la existencia de una relación de causalidad. En la misma línea se pronuncia la jurisprudencia como es el caso de la SAT Bilbao, 11 de noviembre de 1982, que establece que el desequilibrio “ha de tener su origen o causa precisamente en la separación o en el divorcio”.

4.1. El cese de la comunidad de vida

El artículo 97 del Código Civil español establece como causa necesaria del desequilibrio económico y el empeoramiento de situación anterior en el matrimonio, la separación o el divorcio. Esta referencia nos parece objetiva. Sin embargo, Campuzano sostiene, a nuestro juicio acertadamente, que el Código Civil recoge un sistema de divorcio basado en el hecho objetivo del cese efectivo de la convivencia conyugal⁽⁹⁵⁵⁾. Nuestra opinión, es que la causa genérica llamada separación o divorcio, de manera objetiva, está referida al presupuesto formal de procedencia de la pensión; sin embargo, es el cese de la comunidad de vida, un presupuesto subyacente esencial⁽⁹⁵⁶⁾, puesto que solo a partir de este es posible determinar con base en criterios subjetivos la pensión compensatoria, efectos del análisis comparativo que implica dicha determinación.

La doctrina mayoritariamente entiende esto en el mismo sentido. Lacruz⁽⁹⁵⁷⁾ señala que el desequilibrio ha de referirse al momento de producirse la ruptura de la convivencia, por su parte, Campuzano⁽⁹⁵⁸⁾ refiere que el momento que el juez ha de tener en cuenta para la fijación del desequilibrio es aquel en el que tiene lugar la cesación de la convivencia conyugal, y Seoane⁽⁹⁵⁹⁾ entiende que el momento final al que ha de atenderse para establecer la comparación que exige el artículo 97 del Código español es la ruptura de la convivencia, no cuando se promueve el matrimonio ni cuando se dicta la sentencia.

No resulta raro que siendo el cese de la comunidad el hecho generador del desequilibrio, a observarse en la separación o divorcio, la jurisprudencia haya incluido dentro de los supuestos de procedencia de la pensión compensatoria, no solo las uniones matrimoniales, sino también las extramatrimoniales que hayan contado con un proyecto de vida en común y cuya comunidad de vida haya sido fracturada. Al respecto, Seoane señala que en principio la compensación por desequilibrio exige la preexistencia de un matrimonio válido, pero la jurisprudencia ha extendido su aplicación al supuesto de la extinción de la unión extramatrimonial⁽⁹⁶⁰⁾.

(955) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 87.

(956) Este planteamiento nuestro, resulta coherente con la SAT Bilbao, 22 de julio de 1986, a tenor de la cual “el derecho de resarcimiento nace, no de la cesación del vínculo jurídico, sino más bien de la cesación de la convivencia”.

(957) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil IV*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 104.

(958) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 88.

(959) SEOANE PRADO, Javier. *Prestaciones económicas: Derecho de alimentos y pensión compensatoria*. En: Gonzáles Poveda, Pedro, y Gonzáles Vicente, Pilar. (Coordinadores) *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005, p. 433.

(960) SEOANE PRADO, Javier. Ob. cit., p. 434.

En efecto, la idea del cese de la convivencia como “presupuesto subyacente esencial” para el otorgamiento del derecho de compensación por desequilibrio está presente en el plano jurisprudencial en innumerables sentencias. La Sentencia Audiencia Provincial Nº 337/2004 Valencia (Sección 10), 27 de mayo, (AC 2004, 2234) establece que:

“(...) el desequilibrio que se ha de valorar para que propicie el derecho a la misma, es el que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia, comparándolo con el estado inmediatamente anterior de normalidad matrimonial y ese cese de la vida en común respecto de los hoy litigantes, tuvo lugar con ocasión del precedente del juicio de separación, que por lo tanto, era el marco procedimental y el momento adecuado para examinar si concurrían o no los requisitos para conceder pensión compensatoria a la esposa, lo que así se hizo, y siendo esto así, es claro que si esta cuestión fue estudiada en dicho juicio y resuelta, ese pronunciamiento resulta vinculante, sin que pueda pretenderse ahora su revisión, pues, como se ha dicho, el momento para ponderar el desequilibrio, tanto en lo referente a la cuantía como a la duración, fue aquel en que se produjo el cese de la convivencia y no el presente, de ahí que por lo expuesto, se esté en el caso de revocar la sentencia de instancia en este punto habida cuenta de que los cónyuges en el convenio por ellos suscrito para la separación ya acordaron que no existía desequilibrio alguno como consecuencia de la separación, lo que impide poder apreciar tal desequilibrio en una demanda posterior de divorcio (...)”

4.2. La convivencia o vida en común

Esto conlleva a la consideración de que un requisito esencial de configuración del derecho sea la existencia de la convivencia, la que entendemos, sirve de base y fundamento a la comunidad de vida como parte de los cimientos sobre los cuales se erige la interacción de la pareja. Con esta lógica, un título formal, como lo es el matrimonio no es garantía de la configuración del derecho, más aún, dicho derecho, tal y como afirman multitud de sentencias, no es de configuración automática.

En efecto, dicha convivencia debe revestir distintas cualidades tales como habitualidad, estabilidad y publicidad; en suma, a nuestro juicio, debe responder a la existencia de *affectio maritalis*, y en esencia, se traduce en lo que la jurisprudencia en alguna ocasión ha denominado “interdependencia en lo corporal y lo espiritual”⁽⁹⁶¹⁾.

(961) En particular, la Sentencia Audiencia Provincial núm. 28/2006 Cádiz (Sección 3), de 28 marzo, (JUR 2006, 231396). Para mayor detalle acerca de las cualidades de la convivencia; ver puntos 9.2.1 y 9.2.1.1.

4.3. Criterio de inmediatez

Este carácter eventual y circunstancial al que se hace referencia en función a la configuración del derecho, no obstante, está también determinado a nuestro modo de ver, por el momento en el cual se busque su otorgamiento. Parece ser, que en cuanto a este tema, hay un criterio unánime por parte de la jurisprudencia, la que sostiene que debe existir una suerte de *criterio de inmediatez* (basado en una consideración de certeza real en la relación de causalidad) entre la separación o divorcio (cese de la convivencia) y el desequilibrio económico.

En virtud de este razonamiento, cabría interpretar la posible existencia del desequilibrio –y por ende la concesión del derecho⁽⁹⁶²⁾– con un margen temporal de puesta en evidencia del empeoramiento mayor o menor, en cuyo caso, podría asumirse, o bien que el desequilibrio aun cuando existe, puede implicar un empeoramiento a posteriori, o por el contrario, que el desequilibrio sin contar con un empeoramiento real y actual ha de tener mérito para el otorgamiento de la compensación. Esta contradicción a nuestro juicio, no cuenta con una única y genérica respuesta, debe resolverse en atención a las circunstancias particulares.

Con todo ello, y aun cuando desde un determinado punto de vista, las opiniones puedan ser divergentes, parece ser que desde la jurisprudencia hay cierto consenso acerca de este criterio, según el cual, como refiere Seoane⁽⁹⁶³⁾; el momento final al que ha de atenderse para establecer la comparación que exige el artículo 97 del Código Civil español, es la ruptura de la convivencia, no cuando se promueve el proceso matrimonial ni cuando se dicta la sentencia. Ello nos conduce a considerar que la compensación por desequilibrio se restringe a los casos en que existe una comunidad de vida anterior a la separación o al divorcio que persiste hasta entonces, de modo tal que cada uno de los esposos haya consolidado un determinado estatus que se ve interrumpido. Sería improcedente por lo tanto, cuando la disgregación familiar haya tenido lugar con mucha antelación al proceso matrimonial, o cuando la escasa duración del matrimonio impida entender que haya podido tener impacto en el desarrollo vital de los esposos⁽⁹⁶⁴⁾, o, que alguno de ellos haya alcanzado un determinado estatus que merezca protección⁽⁹⁶⁵⁾.

(962) Si estimáramos por ejemplo, la existencia de “un solo” presupuesto consistente en el desequilibrio.

(963) SEOANE PRADO, Javier. Ob. cit., p. 433.

(964) La jurisprudencia discrecionalmente, establece como insuficientes plazos que van desde cinco meses hasta tres años. Cabe mencionar, sobre este tema, la SAT Barcelona, 7 de octubre de 1986, que se manifiesta en el siguiente sentido: “En autos, son circunstancias de singular importancia, ya valoradas por el juez a quo para denegar la pensión, la existencia de una corta convivencia conyugal, inferior a dos años, y la separación efectiva desde hace más de treinta y cinco años”.

(965) SEOANE PRADO, Javier. Ob. cit., p. 433.

5. Desequilibrio económico –respecto del otro cónyuge–

El segundo de los presupuestos de la compensación es el desequilibrio económico existente entre los patrimonios personales de cada uno de los dos cónyuges o miembros de la pareja, a partir de la separación o divorcio.

En palabras de Campuzano⁽⁹⁶⁶⁾, el desequilibrio económico aparece, en principio, como una alteración patrimonial negativa experimentada por uno de los cónyuges en sus condiciones de vida materiales como consecuencia de la separación o divorcio.

Dicha autora hace una importante y reveladora distinción acerca de dos matices de dicho desequilibrio. Según ella existen dos teorías que explican el desequilibrio.

5.1. Teoría objetiva del desequilibrio

El desequilibrio económico es el mero hecho objetivo de la disminución patrimonial experimentada por uno de los esposos con posterioridad a la separación o al divorcio, siempre que esta disminución lo sea en relación con la posición del otro cónyuge y la situación gozada durante el matrimonio. En tal caso la función del juez para ver si procede o no la entrega de una pensión (compensación) quedará reducida a la mera comparación del patrimonio de uno y otro cónyuge, de forma que cuando el de uno de ellos fuera inferior al del otro e inferior a aquel del que podía disponer durante la vida matrimonial, entenderá que existe derecho a pensión a favor del perjudicado, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia.

5.2. Teoría subjetiva del desequilibrio

La expresión desequilibrio económico abarcaría un concepto más amplio, englobando no solamente el hecho objetivo de ser el patrimonio de uno de los esposos inferior a la del otro, sino también otra serie de factores subjetivos, personales de los cónyuges y conformadores de la vida matrimonial: dedicación a la familia, pérdida de expectativas futuras, estado de salud, cualificación profesional, edad, etc.⁽⁹⁶⁷⁾.

Para dilucidar convenientemente este tema es preciso tomar ciertas consideraciones acerca del concepto de *patrimonio personal* y el *tipo de bienes* o *recursos* involucrados en la determinación del desequilibrio.

(966) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. Ob. cit., p. 76.

(967) *Ibidem*, p. 30.

5.2.1. Concepto y amplitud del patrimonio

A propósito de esto, es conveniente anotar que el profesor Lacruz⁽⁹⁶⁸⁾ señala que se debe plantear, si a los efectos de la compensación ha de tenerse en cuenta para valorar la posición del esposo potencialmente deudor, todo su patrimonio, incluidos los bienes raíces, el capital e incluso aquellos que son improductivos, o solo determinada clase de bienes y recursos. Así dicho autor, señala que parece ser que se han de apreciar aquellos bienes y recursos que significan realmente una disponibilidad económica de su titular y ponen de relieve el poder adquisitivo de una determinada persona, en este caso el cónyuge potencialmente deudor, siempre que haya contribuido a fijar el nivel de vida del matrimonio.

Pues bien, Lacruz nos revela que a efectos de la determinación de la compensación por desequilibrio han de considerarse los bienes y recursos que signifiquen una disponibilidad económica, solo en la medida de que estos hayan trascendido en la fijación del nivel de vida, no obstante, es fundamental para nosotros no dejar de considerar que el bien primordial con el cual cuenta un sujeto, y en buena cuenta, sobre el que construye un plan de vida es el que se haya incorporado en él mismo; su *capital humano*.

Estas consideraciones acerca de la amplitud del *patrimonio personal* son las que en esencia, nos aproximan a manifestarnos en pro de la teoría subjetiva, la que entendemos, debe ser tomada en cuenta a efectos de la determinación del desequilibrio, sin perjuicio de que como en adelante precisaremos, ciertos elementos objetivos sean traídos a observación.

5.3. Las teorías objetiva y subjetiva en el artículo 97 del Código Civil español

Dentro de este razonamiento Campuzano⁽⁹⁶⁹⁾ refiere que partiendo de una interpretación subjetiva del desequilibrio económico, no basta con que se acredite que después de la separación o divorcio su patrimonio objetivamente apreciado –en términos monetarios– es inferior al del otro e inferior al que poseía durante el matrimonio; puesto que en opinión de la misma autora no se intenta conseguir una igualdad aritmética entre los patrimonios de los esposos una vez producido el divorcio sino que lo que se persigue es impedir no solo que como consecuencia de la ruptura del vínculo se produzca entre los cónyuges una desigualdad considerable en sus condiciones de vida materiales⁽⁹⁷⁰⁾; sino que asimismo, “de lo que se trata, es de evitar que como consecuencia de la ruptura de la vida matrimonial, uno de los esposos, quede en una situación tal, que a vista de las circunstancias

(968) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Matrimonio y Divorcio*. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil. Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 1163.

(969) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. Ob. cit., p. 86.

(970) *Ibidem*, pp. 83-84.

que rodearon la vida matrimonial así como las personales de los cónyuges, se revele manifiestamente injusta⁹⁷¹⁾.

Desde esta lógica, y en función de las teorías subjetiva y objetiva, podemos concluir, que el desequilibrio objetivo solo muestra el resultado de las *interacciones* y, por el contrario, el desequilibrio subjetivo muestra los medios mediante los cuales se ha interactuado. Al respecto, nos resulta, pertinente citar a Gherisi⁹⁷²⁾, en tanto afirma que las decisiones (un antecedente de la situación de equilibrio) vienen determinadas por experiencias subjetivas. Sin embargo, se reflejan objetivamente (a través del nivel de vida y la capacidad adquisitiva) en resultados verificables y cuantificables que, a su vez, actúan como fuentes de información respecto de las nociones subjetivas.

Con todo, y al margen de un aparente objetivismo en la terminología del artículo 97 del Código Civil español, podemos afirmar que existe una tendencia subjetivista contenida en una serie de factores expuestos *ad exemplum* como algunas de las circunstancias relevantes de dicha norma. Son dichas circunstancias u otras eventuales (eminentemente subjetivas –las del citado artículo 97, y sobre las que más adelante hablaremos) las que en opinión de Campuzano unidas a la desfavorable situación económica en que, como consecuencia de ellas, puede quedar alguno de los miembros de la relación conyugal, las que van a determinar la aparición de un desequilibrio patrimonial capaz de originar un derecho a pensión⁹⁷³⁾. Ello conduce, a que la situación del cónyuge que no ha tenido posibilidades de acumular durante el matrimonio unos ingresos propios, va a quedar sensiblemente deteriorada. En tal caso, puede hablarse de desequilibrio económico susceptible de compensación.

5.4. Criterios temporales del desequilibrio

Ahora bien, el planteamiento ofrecido da ocasión de reflexionar –en atención a la amplitud del patrimonio personal– sobre las circunstancias de interacción que han determinado esta menor o mayor capacidad individual de acumular riqueza. Para desarrollar este aspecto, a nuestro modo de ver, hay que atender a dos momentos diferenciados o dos desequilibrios económicos en concreto, uno el desequilibrio existente al inicio de la relación, y dos, el desequilibrio acaecido como fruto de la crisis matrimonial, tema que guarda una importante relación con el empeoramiento en la situación de uno de los cónyuges respecto al otro, otro de los presupuestos de la compensación por desequilibrio. Sin embargo, conviene hacer ciertas precisiones acerca de estos dos momentos en el desequilibrio, en tanto

(971) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. Ob. cit., p. 84.

(972) GHERSI, Enrique. *El costo de la legalidad. Una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho*. En: *Themis*. N° 19, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 8.

(973) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. Ob. cit., pp. 30 y 78. Entiéndase compensación.

considera la situación personal y las diferencias existentes entre los cónyuges, a propósito del *patrimonio personal* de cada uno de ellos.

5.4.1. Desequilibrio, igualdad y justicia

Es importante hacer hincapié en el hecho de que al inicio de una relación de pareja o de un matrimonio existen desigualdades en las condiciones naturales y personales de cada uno de los contrayentes (lo que a la postre significará diferencias patrimoniales en consideración al concepto de *patrimonio personal* anteriormente desarrollado). De hecho, según creemos, la razón de ser de una relación específica desde el punto de vista de la complementariedad, atiende tanto a las diferencias como a las similitudes.

En efecto, Cabrillo⁽⁹⁷⁴⁾ sostiene, a nuestro juicio acertadamente, que una situación de desigualdad en el punto de partida (del matrimonio o de la vida en común) puede dar origen no solo a diferencias importantes en la división familiar del trabajo, sino también en las ventajas que cada uno de los cónyuges obtiene del matrimonio.

El punto es aquí, que parte de dichas diferencias o desigualdades, se fundan precisamente en cierto matiz del *patrimonio personal*, el *capital humano* con el que se ingresa a la vida en común, sin ningún tipo de inversión o desmedro a raíz del matrimonio o la vida conyugal, y las cuales a la aparición de una crisis, se ponen de manifiesto por el simple hecho de no existir ya más la *interrelación* anterior.

Con relación a esta idea Cabezuela⁽⁹⁷⁵⁾ pone de manifiesto de manera muy sistemática y conveniente que no toda desigualdad equivale a desequilibrio, lo cual sospechamos está referido justamente al *back-up* previo –o constante– de cada uno de los cónyuges.

Conviene agregar en este sentido, lo que según Campuzano⁽⁹⁷⁶⁾ significa que el matrimonio constituye una comunidad de vida voluntariamente aceptada por ambas partes, y que el hecho de que una de ellas acceda a este sin ningún tipo de formación cultural, mientras la otra lo hace con un alto nivel profesional, no quiere decir, en modo alguno, que producida la disolución del matrimonio el juez haya de proceder a igualar a los esposos en sus condiciones personales y profesionales. Tal pretensión devendría en absurda y de imposible materialización⁽⁹⁷⁷⁾; a lo que matiza que lo que en realidad ha de perseguirse ante tal situación es procurar compensar a aquel de los cónyuges que llegó al matrimonio en inferior posición, personal y profesional, de las consecuencias que se han derivado de tal inferioridad,

(974) CABRILLO, Francisco. Ob. cit., p. 107.

(975) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. La limitación temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

(976) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. Ob. cit. p. 42.

(977) *Ibidem*, p. 42.

y que una vez disuelto el matrimonio le llevarían a soportar unas difíciles condiciones de vida⁽⁹⁷⁸⁾. No obstante, y con ello, conviene traer nuevamente a análisis a Lacruz⁽⁹⁷⁹⁾, en tanto sostiene, que los bienes o el patrimonio susceptible de consideración, han de tenerse en cuenta solo en la medida en que hayan trascendido en la fijación del nivel de vida del matrimonio en crisis.

Por ello, y además de estas consideraciones, coincidimos con Campuzano⁽⁹⁸⁰⁾ cuando refiere que un afán excesivo de igualación entre los esposos podría conducir a situaciones anormales y los criterios de delimitación de la compensación por desequilibrio no pueden prescindir de esta idea; no solo porque dicha igualación puede conducir al oportunismo en desmedro de quien ostenta mayor capacidad y potencial a nivel privado sino, incluso, por lo que para nosotros puede significar un pésimo precedente en cuanto a la calificación de la compensación como un instrumento de equidad si este, lejos de procurar el equilibrio entre lo aportado y lo merecido, se concentra en otorgar una ciega y pretendida igualdad con base en principios, que en nada corresponden, a nuestro juicio, con un espíritu de justicia. Es pertinente pues, a nuestro modo de ver, atender en este sentido a Von Ihering, en tanto señala que “los juristas miran expresamente el principio de la igualdad como el principio fundamental de la *societas*, entendiendo por aquella, no la igualdad *externa, absoluta, matemática*, que da a una parte lo mismo que a la otra, sino la igualdad *interna, relativa, geométrica*, que mide la parte de cada uno según lo aportado por este. Establecer esta igualdad, –agrega– es la misión del *boni viri arbitrium*, resultante de la naturaleza del *bonae fidei iudicium*. No se detendían en la idea de igualdad abstracta de los individuos aislados, sino que se fijaba en la del *equilibrio* entre lo aportado y los beneficios. Es la idea de *equilibrio* aplicada a la sociedad⁽⁹⁸¹⁾.

6. Empeoramiento de situación anterior en el matrimonio “especial referencia al oportunismo”

El tercer presupuesto para la configuración de la compensación por desequilibrio está determinado por el empeoramiento en la situación de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, respecto a la situación en la que se encontraba durante la vigencia de la comunidad de vida.

El tema del empeoramiento reviste vital importancia en función de los eventuales oportunismos que pueden acompañar la determinación del derecho de compensación por desequilibrio. En efecto, tanto la hipergamia –*marrying up*, acto de buscar pareja de igual o mayor nivel socioeconómico que uno mismo– como las diferencias o desigualdades presentes en una relación gozan de especial relevancia,

(978) *Ibidem*, p. 42.

(979) LACRUZ BERDEJO. *Ob. cit.*, pp. 1163-1164.

(980) *Ídem*.

(981) VON IHERING, Rudolf. *El fin en el Derecho*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978. p. 181.

en cuanto a la formación de una situación de equilibrio y la consecuente determinación de sus resultados.

Pues bien, hemos de partir de la base que, entendiendo que el marco normativo imperante en una comunidad de vida es el determinado por el altruismo⁽⁹⁸²⁾, el comportamiento de un sujeto dentro del matrimonio tenderá a un mayor nivel de altruismo cuanto peor haya sido su situación anterior a él⁽⁹⁸³⁾ y, del mismo modo, entendiendo que el altruismo, en alguna medida cuenta con cierta cuota de egoísmo, considerar que a menos que esté restringido por las normas sociales y códigos mínimos de honor el egoísmo se convierte en oportunismo⁽⁹⁸⁴⁾.

Sin perjuicio de ello, o más aún, los cónyuges contratan, formal o informalmente. La contratación formal sería aquí la susceptible de ser circunscrita en el artículo 1323 del Código Civil español⁽⁹⁸⁵⁾ y la contratación informal en ese sentido, ha de asimilarse a las *interacciones* espontáneas en el marco de la convivencia sin título específico que las sustente.

En este marco, tanto si hablamos de contratación informal en virtud de las normas internas familiares, como de la formal en virtud de normas sociales o jurídicas en sentido estricto, según refiere Salvador Coderch y Ruiz García⁽⁹⁸⁶⁾ la concepción contractualista del matrimonio significa y permite que en aplicación de la teoría general del contrato al análisis jurídico de las reglas del matrimonio y sus efectos, cada parte tiene derecho a esperar de la otra o del ordenamiento jurídico que el cumplimiento voluntario o forzoso del contrato la deje donde y como habría llegado a ser si el contrato se hubiera cumplido, de acuerdo a sus propias condiciones y previsiones.

Y esta es a grandes rasgos, la base de nuestra interpretación acerca del empeoramiento. El *empeoramiento* así, desde esta perspectiva, significa la pérdida de expectativas en el cumplimiento de determinados *compromisos*, en función del tránsito de una situación a otra, en particular, de la vida en común, a la separación o divorcio, en un *contexto* de contratación *informal*.

(982) Para mayor abundamiento CABRILLO, Francisco. *Matrimonio, familia y economía*. Minerva Ediciones, Madrid, 1996.

(983) CABRILLO, Francisco y CACHAFEIRO, María Luisa. *Estrategias nupciales*. En: GARRIDO MEDINA, Luis y GIL CALVO, Enrique. (Eds). *Estrategias familiares*. Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 152.

(984) ELSTER, Jon. *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*. Gedisa editorial Barcelona, 1991, p. 66.

(985) El artículo 1323 del Código Civil español reza literalmente: “los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

(986) SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. En: Egea I Fernández, Joan y Ferrer I Riba, Josep. (Directores). *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, p. 56.

6.1. Estrategias matrimoniales y oportunismo contractual

De forma consecuyente, tal como agregan los referidos autores, el planteamiento citado responde al intento de los legisladores dirigido al evitar el *oportunismo* contractual de una u otra parte. Es decir, se trata de dificultar que una de ellas incumpla voluntariamente, cuando la otra ya haya realizado las inversiones fundamentales que le corresponden llevar a término⁽⁹⁸⁷⁾.

En este sentido, resulta imprescindible distinguir, lo que para estos autores son dos tipos de oportunismo en función de quien sea el sujeto oportunista, ya sea como potencial deudor o acreedor de la compensación por desequilibrio.

En efecto, Salvador Coderch y Ruiz García⁽⁹⁸⁸⁾ opinan que en esta circunstancia (refiriéndose al incumplimiento voluntario de una de las partes cuando la otra realizó su parte de inversiones fundamentales) el incumplidor puede tratar de apropiarse de los beneficios resultantes del contrato sin haber puesto de su parte lo que, según el contrato le corresponde; a lo que matizan, considerándolo una apropiación de las cuasirentas del matrimonio que constituye uno de los casos más claros del oportunismo contractual⁽⁹⁸⁹⁾. Este en particular, sería un caso típico de oportunismo masculino⁽⁹⁹⁰⁾ en un modelo de familia tradicional.

Por otro lado, opinan estos, acerca de lo que califican de un típico oportunismo femenino⁽⁹⁹¹⁾ que la otra parte puede comportarse de forma oportunista, y en tal supuesto “refugiándose del cumplimiento voluntario o forzoso, realizar inversiones excesivas en el contrato (así, la mujer-madre puede tratar de atrincherarse en una posición de dependencia y negarse a realizar cualquier tipo de inversión en precauciones tendentes a evitar los daños del incumplimiento del contrato por el marido: puede relajar su disposición a trabajar en el mercado, no tener cura de su preparación, confiar excesivamente, en definitiva, en la perpetuidad de una compensación por desequilibrio que convierta el matrimonio en una aseguradora de vida a favor de la mujer: cuanto más grande es el desequilibrio consecuencia del divorcio más grande es la compensación⁽⁹⁹²⁾).

El fundamento de estas conductas asumimos, tiene su vórtice en la *hipergamia* y las *estrategias matrimoniales*. En este aspecto, conviene atender a Cabrillo⁽⁹⁹³⁾

(987) *Ibidem*, p. 56.

(988) SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. *Ob. cit.*, p. 56.

(989) *Ídem*.

(990) Es conveniente señalar que la calificación de los oportunismos como “masculinos” o “femeninos” se debe, por lo menos en cuanto entendemos, a la descripción de hechos que han sido usuales en modelos de familia tradicional hasta hace poco vigentes, y que de ninguna manera buscan o pretenden catalogar o estigmatizar conductas en función de un género determinado.

(991) También referido al modelo de familia tradicional. Para los modelos familiares modernos viene siendo típico de la parte que no produce en el mercado.

(992) SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. *Ob. cit.*, pp. 56-57.

(993) CABRILLO, Francisco. *Ibidem*, p. 111.

en tanto se pregunta ¿Cuáles son los efectos de la hipergamia sobre las relaciones en el seno del matrimonio y el reparto de los beneficios que produce la convivencia? (...) la hipergamia da oportunidad al marido para apropiarse en mayor grado que la esposa de los beneficios producidos en el matrimonio (...) la hipergamia refuerza la estabilidad de la institución matrimonial al hacer más costosa su ruptura para las mujeres.

No podemos olvidar que la hipergamia es en esencia una estrategia, o mejor aún, la confluencia o colisión de dos estrategias individuales. Partiendo de esta idea, cabe la posibilidad o el caso, en el que ha de considerarse al oportunismo contractual como parte de una estrategia basada en el incumplimiento o el cumplimiento estratégico de las prestaciones y los compromisos involucrados en el matrimonio o la vida en común.

No es de extrañar que la hipergamia masculina es una oportunidad del marido para apropiarse en mayor grado que la esposa de los beneficios producidos en el matrimonio⁽⁹⁹⁴⁾ y, la hipergamia femenina fomenta a la esposa a realizar excesivas o desmedidas aportaciones en el área doméstica⁽⁹⁹⁵⁾.

Finalmente, refieren los citados autores, acertadamente, que el Derecho trata de buscar un equilibrio entre un tipo de abuso y el otro con el objeto de evitar o, al menos, de minimizar el oportunismo de ambas partes: el de la parte que incumple, pero también en el caso del contratante cumplidor, tanto las inversiones insuficientes por parte de quien teme el incumplimiento ajeno como las excesivas que puede tender a realizar la misma parte que espera confiada un aseguramiento vitalicio del matrimonio, un seguro a todo riesgo⁽⁹⁹⁶⁾.

6.2. La idea de periodo de normalidad como punto de equilibrio a la luz del empeoramiento

La jurisprudencia es con todo, consecuente con los planteamientos antes descritos, y con lo que ha venido a denominarse, periodo de normalidad. La Sentencia Juzgado de Primera Instancia Santander, Cantabria (Nº 1), de 24 de setiembre de 2003, (AC 2004, 31), sostiene así:

“(...) la pensión compensatoria se caracteriza por constituir una prestación que tiende a evitar que la separación o el divorcio supongan para uno de los cónyuges un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado durante el matrimonio, o mejor en el último periodo de normalidad matrimonial (...)”.

(994) CABRILLO, Francisco. Alocución antes citada.

(995) Al referirnos a “hipergamia masculina” o “hipergamia femenina”, nos referimos a los términos científicos de los modelos de conducta determinados a nivel conceptual, en función de si proceden de uno u otro género, y no por calificar de masculina o femenina una determinada conducta.

(996) *Ibidem*, p. 57.

La Sentencia Audiencia Provincial Sevilla (Sección 5), del 10 enero, (AC 2001, 423), por su parte, refiere que:

“(...) se deduce que el desequilibrio económico que debe valorarse a efectos de generar derecho a pensión compensatoria es el que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia comparado con la situación inmediatamente anterior de normalidad matrimonial”.

Tenor similar, puede extraerse de la Sentencia Audiencia Provincial N° 337/2004 Valencia (Sección 10), 27 de mayo, (AC 2004, 2234):

“(...) el desequilibrio que se ha de valorar para que propicie el derecho a la misma, es el que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia, comparándolo con el estado inmediatamente anterior de normalidad matrimonial (...)”.

Hemos de anotar que esta interpretación y calificación generalizada respecto a la “*normalidad*” apunta a nuestro juicio, a la voluntad del legislador de retrotraerse precisamente a una *situación o contexto* libre de eventuales oportunismos, con ocasión del conocimiento de una inminente crisis, que pueda en alguna manera distorsionar, las que hasta entonces, han sido *interacciones* naturales y *espontáneas*, en buena cuenta, de normal y buena fe.

6.3. Criterios temporales del empeoramiento

Respecto de los criterios a aplicarse podemos considerar los siguientes:

6.3.1. El empeoramiento frente a la igualdad de oportunidades: algunas “malinterpretaciones” jurisprudenciales

Conviene anotar a estas alturas, si atendemos a cierta jurisprudencia respecto a qué momento debe retrotraerse el juzgador, a efectos de determinar el punto de partida y las consecuencias del empeoramiento, nos encontramos con lo que en nuestra opinión, significan algunas inconsistencias dignas de destacar.

La Sentencia Audiencia Provincial N° 218/2002, Córdoba (Sección 3), del 18 de setiembre, (AC 2002, 1336), a propósito de la finalidad de la compensación por desequilibrio, se pronuncia en el siguiente sentido:

“(...) su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades simplemente laborales y económicas a la que habría tenido de no haber mediado vínculo matrimonial (...)”.

Para mayor consideración, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 18), del 14 de abril de 2000, (AC 2001, 1899), con parecido razonamiento, establece:

“por cuanto su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio, separación o divorcio, colocándole en una situación de igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial (...)”.

La S.A.P. N° 285/1999, Cuenca, del 14 de octubre, (AC 1999, 8078), por su parte, y con referencia a la extinción del derecho de compensación, señala:

“(...) al haber accedido la demandada al mercado laboral percibiendo los ingresos antedichos, que se estiman suficientes para poder atender a su subsistencia, ya que la hija común ha quedado bajo la custodia del padre, existe una variación de sus circunstancias de carácter sustancial y determinante para la extinción del derecho a percibir pensión compensatoria, al haber desaparecido la inicial desigualdad de oportunidad laboral y económica a la que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial (...)”.

Como puede apreciarse, los criterios jurisprudenciales antes expuestos, parecen retrotraerse en cuanto a los efectos del desequilibrio, las oportunidades personales, y por ende, en cuanto al empeoramiento, a una situación previa a la comunidad de vida. Es preciso matizar con ello, que no hay que dejar fuera de consideración, tal como bien señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, (Sección 2), de 18 de noviembre de 1999, (AC 1999,2106), que el empeoramiento, lo es “(...) respecto de la situación económica gozada durante el matrimonio (...)”.

El horizonte no está dado por una *situación hipotética* en la cual no ha mediado el vínculo matrimonial sino, por el contrario, aquella *situación real* en la que se encontraría el cónyuge de no haberse disuelto el vínculo o cesado la comunidad de vida. Es posible por lo tanto, y a nuestro modo de ver, que tal detalle obedezca a una interpretación errada en cuanto a la acepción *anterior en el matrimonio* propuesta por el artículo 97 del Código español.

6.3.2. Distinción temporal del empeoramiento

Sin perjuicio de lo antes dicho, no resulta inútil a efectos de calificar y observar el *empeoramiento* dar una mirada a esa situación, con base en la existencia de tres momentos diferenciados. Uno es el de la *situación anterior al matrimonio*, la que denominamos “situación inicial”. Otro es el de la *situación de matrimonio o comunidad de vida constante* (de “normalidad”). El último es el de la *situación posterior a la separación o divorcio* o “situación final”.

Teniendo en cuenta, tal y como sostuvimos en líneas precedentes, que una situación de desigualdad entre los cónyuges en el punto de partida (esto es: en la “situación inicial”) puede dar origen a diferencias importantes en la distribución de *roles* y las ventajas que cada uno de los cónyuges obtiene, ello nos puede dar ciertos indicios de apreciación acerca de la situación personal en la que el cónyuge beneficiario ingresó a formar parte de la sociedad matrimonial.

Este hecho es de vital importancia a nuestro entender, en la medida que cabe considerar la posibilidad de que el empeoramiento sea causa de una desigualdad o desequilibrio originarios. Ello significa que el empeoramiento y la pérdida de expectativas pueden producirse en tanto desaparece la unión y la *interacción* que justificaban el nivel de vida que venía manteniéndose, y no precisamente como consecuencia de la convivencia en sí.

Esto nos permite afirmar para concluir; –y es plenamente consecuente con la autonomía privada–, que máxime en el ámbito de las relaciones jurídico-patrimoniales imperantes en el Derecho de Familia, los *compromisos* y las *expectativas* que han de ser consideradas a efectos de la determinación de la compensación por desequilibrio, lo han de ser, con carácter *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, en virtud del *marco normativo* alternativo y el *contexto* dinámico, versátil y cambiante sobre los que se erige y manifiesta el *altruismo*.

VIII. CIRCUNSTANCIAS

El artículo 97 del Código Civil español estipula de forma taxativa nueve apartados que estima circunstancias de consideración para la determinación de la pensión compensatoria.

Una de las principales discusiones acerca de estas circunstancias es la referente a si deben ser consideradas en la valoración del fondo de otorgamiento o, por el contrario, solo deben ser simples referencias de curso, venidas a posteriori de dicho otorgamiento.

La opinión mayoritaria se inclina por considerar las circunstancias como un “elemento indivisible del espíritu global del artículo 97”⁽⁹⁹⁷⁾. En esta línea, Campuzano⁽⁹⁹⁸⁾ opina que tales circunstancias van a servir al juez para determinar si procede o no el derecho a recibir una compensación. Estas circunstancias no constituyen algo ajeno a la idea de desequilibrio económico, sino que han de operar como partes integrantes de este. Marín García de Leonardo⁽⁹⁹⁹⁾ sostiene que las circunstancias indicadas deben tenerse en cuenta no solo en la determinación de la cuantía de la pensión sino en la valoración de la procedencia o no de concederla.

(997) Muestra opinión contraria García Cantero quien sostiene que la procedencia o improcedencia debe determinarse conforme al primer párrafo del artículo 97. GARCÍA CANTERO, Gabriel. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dir. Albaladejo, Manuel. Tomo II. Madrid, 1982, p. 432.

(998) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Librería Bosch, Barcelona, 1986. pp. 86-87.

(999) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*. Verda y Beamonte, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 225.

En este sentido, consideramos que las circunstancias son un elemento vinculante acerca de la procedencia de otorgamiento de la pensión compensatoria a su concepción como “potenciales causas originarias” del desequilibrio económico al que se aboca el primer párrafo del citado artículo 97, al referirse a la separación o divorcio. Es decir, lo que se traduce en que el desequilibrio tiene que ser el resultado de una serie de circunstancias previas íntimamente conectadas con la vida en común.

Angosto⁽¹⁰⁰⁰⁾ opina que las circunstancias operan también a la hora de la decisión judicial sobre la concesión de la pensión y que la existencia simultánea de desequilibrio y empeoramiento son requisitos necesarios pero no suficientes para descubrir la causa que lo ha motivado, así como que las circunstancias referidas a la convivencia matrimonial pasada no están enumeradas para indemnizarlas, sino para servir de pauta en la comprobación de si el desequilibrio ha tenido su causa en la convivencia matrimonial.

Las circunstancias establecidas en el artículo 97 del Código Civil español, más que criterios delimitadores, son en nuestra opinión “posibles o potenciales causas” de su otorgamiento, y esto es lo que le otorgaría, lo que en opinión de algunos autores, significa las “características de circunstancialidad y relatividad”⁽¹⁰⁰¹⁾ de la compensación por desequilibrio.

En nuestra opinión, la circunstancialidad está referida a la existencia de una u otra circunstancia que motive el desequilibrio, la relatividad, al grado de valoración de dicha circunstancia y de otros elementos de influencia y el carácter de *numerus apertus*, la apertura de una consideración relativa a otras posibles circunstancias.

Numerus apertus versus ad exemplum

Dicho esto, respecto a la referencia realizada al carácter de *numerus apertus* de las circunstancias del artículo 97 CC español, deseamos hacer ciertas precisiones. Se trata de diferenciar en este ámbito la connotación del *numerus apertus* frente al calificativo de *ad exemplum*. Entendemos que una circunstancia basada en un carácter de *numerus apertus* se funda más en una posibilidad de exposición desvinculada, que al fundamento del carácter *ad exemplum*, abocado a la puesta a disposición, de potenciales motivos de observación, que la ley de manera tácita reconoce como causa susceptible de amparo. Un razonamiento parecido

(1000) ANGOSTO SÁEZ, José F. “La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del artículo 97 CC”. En: *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*. Volumen I. Almería, 2000, pp. 136-137 y 138.

(1001) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria y otras prestaciones económicas derivadas de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial*. Cuadernos de Familia. La Ley, julio 2000.

parece tener Hijas Fernández⁽¹⁰⁰²⁾, al sostener que el desequilibrio y el empeoramiento han de condicionar necesariamente tanto el reconocimiento inicial del derecho como su vigencia en el tiempo, lo que no implica que aquellos sean los únicos determinantes de su posible sanción judicial, pues las propias circunstancias recogidas, *ad exemplum*, en el artículo 97, en orden a la cuantificación del derecho, pueden convertirse, en ocasiones, en determinantes principales de su sanción judicial, o de su denegación, no obstante existir, en este último supuesto, una situación de claro desequilibrio económico, de esta manera, –continúa– o puede desligarse el desequilibrio económico existente al momento de la ruptura convivencial de sus causas originadoras.

Es decir, desde nuestra perspectiva, las circunstancias del artículo 97 del Código Civil español, son además de causas ejemplificativas de otorgamiento, “presupuestos de legitimidad”, y dicha consideración, la fundamos en que con el solo planteamiento de dichas circunstancias en el marco normativo, se está realizando un prereconocimiento tácito de legitimidad, y al mismo tiempo la descripción de algunos de los costes de oportunidad que le ley reconoce como compensables. Este sería el matiz del carácter *ad exemplum*; y la posibilidad de considerar otros costes de oportunidad; el matiz adicional del también carácter de *numerus apertus*.

No obstante, tanto se opte por una u otra postura, respecto a la incidencia de estas circunstancias en la valoración de procedencia, dichas circunstancias van a incidir directamente en la determinación de la compensación por desequilibrio. En opinión de Lacruz las contingencias, módulos o criterios del citado artículo 97 guardan una gran conexión con la idea de desequilibrio económico recogido en el primer inciso de la norma (el propio artículo 97 CC español). Dicha relación asimismo, en opinión del citado autor, no se concreta en ser los primeros simplemente moralizadores de la cuantía obtenida por la apreciación objetiva de tal desequilibrio, sino que tales circunstancias, en gran medida integran su contenido, en el sentido de ser el mismo soporte del desequilibrio económico a los efectos de la pensión, marcando incluso sus límites⁽¹⁰⁰³⁾. Con ello, opina acertadamente, que “se ha de tener presente la interconexión que existe entre las distintas circunstancias y entre estas y el desequilibrio económico”, y que no deben considerarse como partidas separadas que se suman para obtener una determinada cantidad⁽¹⁰⁰⁴⁾.

(1002) HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. “La pensión compensatoria y sus condiciones”. En: *Diez años de abogados de familia*. Asociación española de abogados de familia. La Ley. Madrid, 2003, p. 451. Esto puede considerarse en una situación en la cual producida la ruptura, el desequilibrio es consecuencia inmediata de la separación o divorcio, pero no a causa de una determinada circunstancia previa, sino de por ejemplo, una determinada conducta negligente por parte de potencial deudor, inmediatamente posterior a la ruptura e inmediatamente anterior a la declaración del derecho. En cuyo caso, el otorgamiento de dicha pensión debería pasar por otro examen de procedencia.

(1003) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Matrimonio y Divorcio*. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil, Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 1180.

(1004) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 1180. Asimismo, advierte que esta neta separación que parece imponer la norma entre “desequilibrio” y “circunstancias” puede tener consecuencias realmente

A partir de esta visión de las circunstancias pues, en opinión de Angosto, la predicción del juez sobre la evolución de la situación económica de los cónyuges se concreta en un cálculo de probabilidad⁽¹⁰⁰⁵⁾. Dicho cálculo de probabilidad, versará sobre la concertación y confluencia de cada una en particular a efectos de sopesar la medida de la compensación, con base en consideraciones acerca del capital humano, la especialización, la distribución del trabajo y asignación de tiempo, tal como lo veremos a continuación.

7. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges

Esta circunstancia está relacionada desde el plano jurídico a la autonomía individual, y desde el plano económico a la eficiencia de los acuerdos privados a los que se pueda llegar (eficiencia plena si consideramos el Teorema de Coase⁽¹⁰⁰⁶⁾).

En cuanto a esta circunstancia existen una serie de aspectos dignos de ser tomados en consideración, y que son de largo, los más discutidos. Se trata de la disponibilidad del derecho o la aptitud de su renuncia, así como la vigencia de los acuerdos frente a un cambio en las circunstancias de interrelación patrimonial.

7.1. Disponibilidad del derecho: Renuncia

En primer lugar, en cuanto a esta circunstancia es importante resaltar lo señalado por la STS 2 de diciembre de 1987, la que sostiene que el artículo 97 del Código Civil “no es una norma de derecho imperativo, sino dispositivo, que puede ser renunciada”. Con igual criterio, la SAT Bilbao, 6 de marzo de 1984, afirma que la compensación por desequilibrio “entraña, estricta naturaleza jurídico-privada, sin interferencia en el mismo de intereses de orden público, de intereses que no sean los puramente particulares de los cónyuges supuestamente acreedor y deudor de la pensión, y como tal, disponible y aun renunciable –artículo 6.2 del CC–”. [Artículo 6.- (...) 2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.]

importantes. Pues podría generar la impresión de que la simple celebración del matrimonio es causa suficiente para reconocer sin más a los cónyuges un derecho de nivelación en su situación económica, que cobraría virtualidad, una vez acontecida la separación o el divorcio, a través del derecho de pensión. Por todo lo dicho, parece conveniente propugnar una interpretación integradora del artículo 97 del Código Civil español, y con esta idea se ha insistido reiteradamente en que la pensión debe ser consecuencia fundamentalmente de las condiciones, en las que se ha desarrollado la vida conyugal, lógicamente apreciadas desde el punto de vista de su trascendencia económica”. Ob. cit., p. 1180.

(1005) ANGOSTO SÁEZ, José F. Ob. cit., pp. 137-138.

(1006) El teorema de Coase establece que siendo la delimitación de derechos un preludeo esencial para transacciones mercantiles; cuando los costos de transacción son nulos, el resultado último (que maximiza el valor de la producción) es independiente de la decisión legal.

En opinión de De La Cámara⁽¹⁰⁰⁷⁾, no estamos ante la renuncia a un derecho sino más bien “ante una renuncia a la ley”, renuncia a la que en su opinión ha querido referirse el artículo 6.2, del Código Civil al hablar de “la exclusión de la ley aplicable”. Una opinión divergente, con la cual nos mostramos en desacuerdo, es la de García Cantero⁽¹⁰⁰⁸⁾ quien sostiene que tal derecho no puede ser previamente renunciado, puesto que un acuerdo de tal tenor podría ser gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. A nuestro juicio, en todo caso, una apreciación de este tipo solo podría estar dirigida a lo que en opinión de Egea⁽¹⁰⁰⁹⁾ consiste en considerar que no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de solo uno de los cónyuges.

7.2. Vigencia de los acuerdos, cambio de circunstancias y existencia de información

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado vale la pena incidir en un hecho en concreto, y que a nuestro juicio es pertinente dilucidar. Se trata del eventual mantenimiento y vigencia de los acuerdos previos frente a un cambio en las circunstancias que propiciaron su celebración.

Para puntualizar este razonamiento e interpretar desde nuestro planteamiento la teoría de la base objetiva utilizada, es pertinente atender en primer lugar al tema de la *información* presente en la formación de los acuerdos.

(1007) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. “En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid, 1985, p. 120.

(1008) GARCÍA CANTERO, Gabriel. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dir. Albaladejo, Manuel. Tomo II. Madrid, 1982, p. 433.

(1009) EGEA FERNÁNDEZ, Joan. “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”. En: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo III, Thomson Civitas. Madrid, 2003, p. 4564. EGEA para tal razonamiento parte de una premisa: la indisponibilidad de propio status. Él nos dice que “partiendo de la base de que es bueno que el ordenamiento jurídico permita que los individuos tengan la facultad de elección y, por lo tanto, que las personas capaces puedan estructurar sus relaciones (sean estas comerciales o personales –salvo lo referido al propio status–) en la forma que mejor les convenga, no debe perderse de vista que en la relación matrimonial, y antes aún, en la previa negociación suele haber una parte débil (normalmente la mujer), cuya posibilidad de elección puede estar muy limitada, o no existir. A partir de ahí, se plantea la discusión sobre cuándo concurre un auténtico consentimiento y hasta dónde alcanza la imperatividad de las normas que disciplinan esta materia”. Ob. cit., pp. 4559-4560. En ese sentido, continúa diciendo, que “la doctrina ha centrado el ámbito de la imperatividad en las siguientes esferas: i) la libre elección, información (relacionar con costos de información con emparejamiento y motivo de ruptura y crisis matrimoniales) y racionalidad, lo que comporta vedar los pactos en los que ha intervenido coacción, déficit de información o falta de capacidad y, en general, los que impliquen una imposición basada en un abuso de situación de poder, ii) la protección de los hijos y del cónyuge débil, iii) e interés del Estado en preservar la función señalizadora del contrato matrimonial frente a las uniones informales, (cabe señalar que justamente, las uniones tienden a la informalidad en la medida que la formalidad es demasiado onerosa, y en ese sentido la ley que le sirve de soporte ineficiente) y, finalmente, iv) que no es válida la renuncia de derechos que aún no han nacido”. Ob. cit., p. 4560. Opinión esta distinta a la que considera que la renuncia es de la ley y no del derecho.

Al respecto, autores como Egea señalan que cabe reflexionar acerca de la suscripción por parte de los miembros de la pareja de acuerdos referidos a la compensación por desequilibrio, el importante papel que desempeña la existencia de información. No obstante, en algunos casos, el enfoque que se le otorga, es el de su asimetría y los efectos de esta sobre el poder de negociación de los sujetos. Así pues, Egea⁽¹⁰¹⁰⁾ opina que mediante esta (la información que provee el ordenamiento jurídico), debe evitarse que, en la formación del pacto, una de las partes ostente una posición negociadora que le permita, de hecho, determinar unilateralmente su contenido y, por consiguiente, asignar las cargas contractuales al otro. Concluye el citado autor, que cuando los pactos no son expresión de una comunidad de vida en igualdad de derechos, los tribunales pueden intervenir restableciendo dicha igualdad con base en la concurrencia de error, dolo o intimidación o, en su caso, la mala fe o el abuso de derecho⁽¹⁰¹¹⁾.

Esta desde luego es una interpretación; según la cual, se podría colegir que las nuevas circunstancias son consecuencias o efectos de la asimetría original de información en la suscripción del pacto. No obstante, el motivo o fundamento jurídico que propicia un eventual pronunciamiento judicial en favor del otorgamiento de la compensación por desequilibrio, sería a nuestro juicio otro; se trata de la ausencia de una causa, el que, como veremos, igualmente está asociado a un tema de información.

En efecto, es de suma importancia considerar, que más allá y al margen de la información que provee el ordenamiento jurídico, existe una información –a nuestro modo de ver, mucho más relevante–, que es aquella que proviene de cada uno de los cónyuges, y que se materializa en cada una de sus decisiones, de sus actos y de sus estrategias.

Estos dos tipos de información son los que habrían de ser tomados en consideración al momento de calificar la legitimidad de la vigencia de los acuerdos, y en su caso, la validez de una eventual renuncia al derecho. De igual forma, tal información clarificará en su caso, cualquier juicio que pretenda desconocer la renuncia con base en un cambio de las circunstancias. Tal información hace en consecuencia, las veces de causa, en un escenario de constantes interrelaciones patrimoniales.

(1010) EGEA FERNÁNDEZ, Joan. Ob. cit., pp. 4561-4562.

(1011) Se hace aquí referencia en esencia, a una situación potencial, en la cual, se establece en capitulaciones matrimoniales la renuncia previa a la compensación por desequilibrio; no obstante, llegada la separación y/o divorcio, se observa una situación de desequilibrio, presumiblemente asociada a las interrelaciones patrimoniales habidas durante la comunidad de vida. En este caso, es ardua la discusión respecto a que ha de respetarse el acuerdo inicial y en consecuencia mantener la renuncia al margen de la existencia de desequilibrio, o por el contrario, entender que dicha renuncia obedece a la falta de información por parte de uno de los cónyuges, o una posición de ventaja del otro, y que en aras de la equidad, el juez habría de otorgar la compensación, al margen de la existencia de una renuncia previa.

8. La edad y el estado de salud

Como señala Lacruz⁽¹⁰¹²⁾ debe considerarse la edad de ambos cónyuges, ya que es un indicativo de los recursos disponibles y de las necesidades existentes.

En cuanto al estado de salud, los criterios de inclusión son similares. Es de interés anotar que aunque se trata de una circunstancia esencial no deja de ser orientativa. Con esto, nos referimos a que algún criterio jurisprudencial como el contenido en la Sentencia Audiencia Provincial N° 32/2000 Zamora, de 28 de enero, (AC 2000, 152)⁽¹⁰¹³⁾, asume que si bien el estado de salud puede ser precario, ello no debe conllevar a suponer un estado de incapacidad para el trabajo.

En esencia, la consideración legal de la edad y del estado de salud, a efectos de la eventual concesión de una compensación por desequilibrio radica en la capacidad productiva, la fuerza de trabajo y las expectativas de rentabilidad en el tiempo. Como bien señala Becker⁽¹⁰¹⁴⁾ los salarios cambian con la edad del individuo, debido a la acumulación de capital humano que resulta de las decisiones concernientes a la asignación del tiempo y otros recursos a inversiones, y en la medida que la edad puede depreciar la capacidad de una persona⁽¹⁰¹⁵⁾, no solo para los rendimientos que este puede ostentar en el mercado laboral, sino en lo que podemos llamar “mercado de emparejamiento”, ya que una determinada edad puede, y de hecho lo hace, aumentar o disminuir las probabilidades de formar una nueva pareja; esto, en caso de que dicho sujeto opte por formar una nueva comunidad de vida, supuesto al que hace referencia el artículo 101 del Código Civil español. [Artículo 101. El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.]

9. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo

Frente a esta situación tenemos:

9.1. Amplitud del concepto de cualificación profesional

Para tener un acercamiento a esta circunstancia conviene atender a García Varela⁽¹⁰¹⁶⁾ cuando señala que por cualificación profesional no se entiende la mera

(1012) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Matrimonio y Divorcio*. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil. Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 1169.

(1013) Reza literalmente la citada Sentencia en sus considerandos: “(...) la enfermedad que padece la esposa, que no consta sea incapacitante para el trabajo (...)”.

(1014) BECKER, Gary. Ob. cit., pp. 24-25.

(1015) POSNER, Richard. Ob. cit., p. 143.

(1016) GARCÍA VARELA, Román. En: Sierra Gil De La Cuesta, Ignacio, (Coordinador) Comentario del Código Civil, Tomo II, Bosch, 2006, p. 161.

posesión de un título académico o profesional que sirva para el ejercicio de una profesión determinada, sino la real capacidad y aptitud para desempeñar esa profesión.

El término cualificación profesional debe ser entendido desde el punto de vista de la especialización adquirida, sea esta de corte profesional o del mero desarrollo de determinadas habilidades y aptitudes. La cualificación a la que se refiere la ley podría ser interpretada a nivel general como “pericia en una actividad productiva determinada” susceptible de ser una fuente de rentabilidad.

9.2. Amplitud del concepto de probabilidad de acceso a un empleo

Por otro lado, respecto a las probabilidades de acceso a un empleo es conveniente resaltar que dicha consideración ha de tener en cuenta no solo la inmediatez en la que se obtenga una salida laboral, sino también la rentabilidad o ingresos que tal empleo devengue. Hijas Fernández⁽¹⁰¹⁷⁾ considera que la probabilidad de acceso inmediato, o a corto plazo, a un empleo remunerado podría ser determinante no solo de la cuantía de la pensión, sino igualmente de la exclusión *ab initio* del derecho, en tanto aquella incorporación al mercado laboral haya de suponer una situación de autonomía pecuniaria en un nivel similar al disfrutado durante el matrimonio. No obstante, como lo señaláramos antes, en casos en los cuales uno de los cónyuges haya permanecido en el hogar, sus oportunidades de rendimiento en el mercado matrimonial se han visto considerablemente depreciadas y aún en caso de conseguir un empleo de forma inmediata, no siempre esto significa una garantía de ostentar un nivel de vida análogo al gozado matrimonio constante. Por ello, es importante observar, lo que en palabras de Lacruz⁽¹⁰¹⁸⁾ significa la cualificación profesional (pericia en una actividad determinada) para valorar la trascendencia económica de la actividad a que se refiere; así en tal valoración debería considerarse las probabilidades “reales” de acceso a un empleo, las oportunidades disponibles y el monto del salario.

9.3. Consolidación de los conceptos: la amplitud de la circunstancia

Debemos resaltar un detalle que nos parece digno de ser tomado en cuenta. De una lectura literal del inciso en cuestión “cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo”, inferimos que no es ocioso interpretar una vocación de otorgar cierto carácter indisoluble de los conceptos que abarca. Partiendo de la consideración de una determinada cualificación profesional o desempeño en un oficio, el término “probabilidades” nos debería sugerir más la posibilidad de acceder a un empleo acorde con dicha especialización.

(1017) HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. “La pensión compensatoria y sus condiciones”. En: *Diez años de abogados de familia*. Asociación española de abogados de familia. La Ley, Madrid, 2003, p. 453.

(1018) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Matrimonio y Divorcio*. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil. Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 1170.

Campuzano⁽¹⁰¹⁹⁾ resalta lo que para ella significa que el ordenamiento admita “que un esposo no tiene la misma necesidad de trabajar o, mejor, la misma obligación, cuando la actividad profesional que fuera conforme a su capacidad, no fuera apropiada a las condiciones de vida desarrolladas por la pareja durante el matrimonio”. Este hecho, creemos queda patente si se observa el contexto descrito en la Sentencia Audiencia Provincial N° 48/2000. Las Palmas (Sección 5), del 15 de febrero, (AC 2000, 3681):

“(…) el marido exhibe un historial laboral de cerca de 13 años durante los cuales ha constituido la única fuente acreditada de ingresos económicos de la familia por lo que es evidente que al escapar posteriormente del control del otro cónyuge esa fuente de ingresos se resiente, sensiblemente en su posición actual máxime cuando sin titulación académica o profesional y con 47 años de su acceso al mercado de trabajo se augura muy pesimista”.

Es conveniente anotar que cierta jurisprudencia ha resaltado algunas circunstancias a observar respecto a la reinserción laboral de acreedor de la compensación por desequilibrio. La Sentencia Audiencia Provincial N° 24/2001 Murcia (Sección 5), de 23 de enero, (AC 2001, 729) señala que:

“(…) el hecho de que la esposa comience a trabajar o intente adquirir otros ingresos diferentes o propios, no es sino un loable intento de mejora y superación, que en modo alguno debe de influir en una pensión compensatoria que tiene su referencia en el momento de la separación. Lo que no implica que una mejora real en su situación económica pueda dar lugar a la modificación de las medidas, pero ello ha de ser patente. Lo que no ocurre en el presente caso, que se trata de un trabajo esporádico y poco remunerado”.

Como puede apreciarse, parece ser que la sentencia en cuestión pretende decirnos que un trabajo esporádico y poco remunerado no es suficiente para considerarse, sin que atendamos a la real capacidad y cualificación del acreedor, o incluso de la estabilidad laboral del deudor.

Nos gustaría pensar que los criterios de estabilidad laboral y todas sus circunstancias afines fueron considerados para apreciar las condiciones que rodearon al cónyuge deudor para adquirir el patrimonio que a la salida de la comunidad de vida, servirá de base para la determinación de una compensación por desequilibrio. Este hecho, creemos es una razón por las cuales ha de atenderse también a las situaciones iniciales de los cónyuges a las que hemos hecho referencia en puntos anteriores.

(1019) CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 60.

10. La dedicación pasada y futura a la familia

Esta circunstancia es en términos generales el principal cometido o la base de la compensación, tal como se puede colegir del tenor de lo sostenido por la Sentencia Audiencia Provincial Murcia 20 de enero de 1998 y la Sentencia Audiencia Provincial Nº 3/2000 Murcia, (Sección 1), de 11 de enero, (AC 2000, 153):

“(…) tal pensión por desequilibrio económico, legislativamente plasmada en el artículo 97 del Código Civil, responde a la necesidad de salvaguardar en la medida de lo posible, y siquiera sea en el ámbito estrictamente patrimonial, los vínculos de solidaridad que comporta la unión matrimonial y hacer frente al detrimento económico personal que supone, normalmente del lado de la mujer, la dedicación a las tareas estrictamente domésticas y familiares (…)”.

Con todo, es conveniente para la exposición, considerar de forma aislada la dedicación pasada y la dedicación futura, puesto que al margen de configurar una sola circunstancia, una y otra tendrán una determinación diferenciada, sin perjuicio de que ambas puedan ser consideradas en términos económicos como costes de oportunidad.

En efecto, y en cuanto a esta última afirmación, conviene hacer referencia a lo que para esta circunstancia significa la pérdida de expectativas, y el papel que desempeñan los costes de oportunidad.

10.1. La pérdida de expectativas

En cuanto a la circunstancia que ahora nos compete, Díez-Picazo⁽¹⁰²⁰⁾ sostiene que con todo, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas⁽¹⁰²¹⁾. Consecuente con tal idea se manifiesta, a nuestro juicio, el tenor de la Sentencia Audiencia Provincial Nº 377/2001 Granada (Sección 3), de 19 de mayo, (AC 2001, 1500), al establecer que:

“la esposa, antes de casarse, trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse. Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Entre las circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de este, carece, a excepción de los ahorros que no superan los tres millones de pesetas,

(1020) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil Volumen IV*. Editorial Tecnos. Madrid, 1983, p. 161.

(1021) En ediciones posteriores, como la décima (Tecnos, Madrid, 2006) se hace mención y el matiz, a nuestro juicio acertado, acerca de la pérdida de expectativas *traducibles económicamente*. A nuestro entender, DÍEZ-PICAZO estima a esta circunstancia en particular, como el rasgo general del objeto de la compensación. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil Volumen IV*. Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 125.

de medios económicos suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse en el mundo laboral, aun cuando tiene los títulos de pedagogía, magisterio y de idiomas, teniendo en cuenta, por otra parte, su estado psíquico, admitido por el propio marido. Todas estas circunstancias la hacen acreedora a la esposa de 41 años, de una pensión compensatoria ‘ex’ artículo 97 del CC (...)”.

Estimamos necesario un matiz respecto a la pérdida de expectativas en la medida que se trata de compensar a aquel cónyuge cuya pérdida de expectativas por su dedicación a la familia, haya causado en este un desequilibrio económico; de no ser así, y entendido de la otra forma, nos encontraríamos ante un supuesto de indemnización por pérdida de la chance, y no ante un supuesto de compensación por desequilibrio económico.

10.2. Los costes de oportunidad

Como señala Lacruz, la dedicación a la familia no es susceptible de determinación, puesto que como antes indicáramos obedece a un precio sombra. Sin embargo, parece ofrecer una “fórmula de promedio” para tal determinación.

La capacidad adquisitiva del deudor no solo va a dar luces acerca de la disponibilidad que ostenta en caso de una eventual pensión, sino de un referente a observar, con el cual se puede restablecer medianamente un antiguo equilibrio, para cuyos efectos, el otro referente a considerar –esto es el referente personal de la otra parte– está determinado por el trabajo efectivo que desempeñaba y la remuneración percibida o dejada de percibir. Dicho en otros términos, la mejor alternativa dejada de lado; el coste de oportunidad. Así, el reequilibrio puede determinarse realizando un promedio entre la capacidad adquisitiva de uno y la mejor alternativa abandonada de otro. Al margen de parecernos convenientes las apreciaciones tanto de Díez-Picazo y Lacruz a nuestro juicio no deberían ser interpretadas como una causa de compensación *stricto sensu*, sino más bien como un referente de su determinación.

10.3. La dedicación pasada y el enriquecimiento indebido

Más allá de esto, parece ser que el criterio general a tener en cuenta respecto a la dedicación pasada, es el que el propio Lacruz⁽¹⁰²²⁾ pone de manifiesto señalando que se ha de apreciar o tener en cuenta el hecho que se le haya aliviado al otro

(1022) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 1172.

cónyuge de la atención que requiere la familia⁽¹⁰²³⁾, en beneficio de una mayor dedicación a su trabajo, lo que se ha beneficiado y de lo que se puede seguir beneficiando, pudiéndose apreciar en este supuesto una suerte de enriquecimiento indebido del esposo no dedicado exclusivamente a la familia que en el momento de la separación o el divorcio no solo cuenta con lo obtenido por su trabajo, sino con un empleo en contraposición al otro cónyuge que queda a su merced.

10.4. La dedicación futura

En cuanto a la dedicación futura a la familia, es necesario realizar ciertas precisiones. Sucede que ciertos efectos de la separación o divorcio generan consecuencias directas respecto al mercado de emparejamiento (mercado selectivo) que generalmente están configuradas por la asunción de ciertos costes. Uno de ellos, y el más importante, es el referente a la asignación de tiempo que un sujeto dedica a miembros “parcialmente ajenos” a una nueva comunidad de vida. Esto puede explicarse atendiendo a lo que en palabras de Becker significa que la custodia de la mujer de los hijos desincentiva nuevos matrimonios⁽¹⁰²⁴⁾. Considerando que el mercado de emparejamiento es selectivo, y en la búsqueda de pareja, inciden una serie de factores serán mucho más atractivos un hombre o una mujer solteros que divorciados. Si son divorciados, sin hijos que con hijos; y, si tienen hijos sin su custodia.

Para el nuevo o potencial cónyuge normalmente la presencia de hijos significa un coste que en muchas ocasiones se niega a sufragar y en ese sentido recae sobre el progenitor que goza de la custodia y pretende formar una nueva familia.

Considerando el caso específico de la mujer, la dedicación futura a la familia concebida bajo el vínculo previo suele acarrearle altos costes a nivel de producción en el mercado monetario y de “búsqueda de nuevas oportunidades” en el mercado matrimonial, máxime si ha asignado su tiempo durante un largo periodo al matrimonio o el hogar, sobre todo, si se entiende que una forma de escapar de la situación de desequilibrio es formar una nueva comunidad de vida.

Finalmente, hemos de considerar ciertas ideas acerca de la magnitud que en principio debería revestir la compensación por la dedicación futura a la familia. En opinión de Lacruz hay que distinguir ciertos matices. Uno dirigido a tener en cuenta el supuesto del esposo acreedor exclusivamente dedicado a la familia, ya por requerirlo las propias circunstancias familiares (número de hijos), ya por la imposibilidad de acceder a un empleo⁽¹⁰²⁵⁾ y por otro lado, el supuesto del cónyuge acreedor cuente con un puesto de trabajo compatible con la dedicación futura

(1023) Cabe anotar sin embargo, que la permanencia en el hogar, o la ausencia en el mercado laboral, otorga de igual manera una serie de beneficios que tienen o pueden tener valor económico. Un ejemplo de ello es el disfrute de mayor tiempo en compañía de los hijos.

(1024) BECKER, Gary. Ob. cit., p. 292.

(1025) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 1172.

a la familia, por incidir obviamente de forma muy diversa sobre el montante de la pensión⁽¹⁰²⁶⁾.

10.5. La dedicación a la familia: amplitud del concepto

En términos generales por dedicación total a la familia se precisa determinar la amplitud del tal concepto. García Cantero⁽¹⁰²⁷⁾ sostiene que hay que entender por dedicación, no solo la actividad laboral o profesional encaminada para hacer frente a las necesidades del hogar sino la atención total prestada a la familia, quizá en circunstancias excepcionales (cónyuge enfermo asistido por el otro; cónyuge en paro o imposibilitado de trabajar por cualquier causa, asumiendo el otro el sostenimiento de la familia). En estos casos, añade dicho autor, en que el sacrificio de uno ha sobrepasado lo normal, parece justo compensarle de alguna manera con una notable pensión por desequilibrio. Este punto de vista resulta discutible en función de la visión que se le otorgue al concepto de dedicación a la familia. En opinión contraria, la cual compartimos, en tanto se consideren ciertos matices del concepto de dedicación a la familia, De La Cámara entiende que si bien es cierto, el trabajo doméstico de la mujer (buena parte de la dedicación a la familia, y finalmente el que genera el grueso de la desproporción) puede justificar una compensación, ello no significa que esta haya de ser de una cuantía tal que la permita mantener el mismo rango económico y social que el alcanzado gracias a su matrimonio⁽¹⁰²⁸⁾. En este sentido, hemos de matizar que tanto el trabajo doméstico, como la atención a determinadas eventualidades debe ser sopesado, en la magnitud que este haya revestido, y sobre todo responder a un principio de proporcionalidad de aportaciones.

11. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge

Dentro de esta circunstancia se encuentran incluidos todos aquellos casos en los que un miembro de la pareja, además de permitir la especialización en el mercado monetario del otro, contribuye con él en dicha tarea. Esta colaboración equivale a un coste de oportunidad personal, una vez producida la ruptura del vínculo matrimonial, ya que los rendimientos procedentes de estas actividades son rentabilizadas solo por aquel que recibió la colaboración. En tal supuesto, el colaborador puede, entre otras cosas, reducir considerablemente la magnitud de sus aportaciones a las cargas familiares o, incluso, llegar a sufragar por completo estudios de especialización profesional o académica y con esto,

(1026) *Ibidem*, p. 1172.

(1027) GARCÍA CANTERO, Gabriel. En: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Dir. Albaladejo, Manuel. Tomo II. Madrid, 1982, p. 434.

(1028) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. "En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil". En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid, 1985, p. 116.

revalorizándolo en el mercado laboral, lo que significa a la postre para este, mayores ingresos personales.

En cuanto a tales circunstancias, es conveniente a nuestro juicio atender a Lacruz⁽¹⁰²⁹⁾ en tanto, opina que han de ser apreciadas de forma diversa a aquellos casos en los que la colaboración, iniciada durante el matrimonio, no vino a sustituir ninguna otra actividad laboral, profesional o mercantil, o esta colaboración supuso una experiencia o aprendizaje de una profesión o trabajo, de cuyo conocimiento o actitud se carecía con anterioridad.

12. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal

La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal reviste especial relevancia, en tanto se considere esta circunstancia no solo como una referencia de la cantidad de inversiones realizadas sino en la determinación de la procedencia o improcedencia de la propia compensación por desequilibrio.

La jurisprudencia suele determinar ciertos plazos de convivencia como insuficientes para generar un derecho a compensación⁽¹⁰³⁰⁾ o que dicha duración de la convivencia puede ser materia de observación para una eventual supresión del derecho. Ello es manifestado de manera ácida por la Sentencia Audiencia Provincial N° 323/2002 Córdoba (Sección 3), de 13 de diciembre, (AC 2002, 1959), al señalar:

“(...) mejor suerte, sin embargo, ha de correr el motivo del recurso mediante el que el señor A., impetra la supresión de la pensión por desequilibrio, concedida alegremente por la sentencia nada más y nada menos que hasta el importe de 901,5, para un matrimonio donde la convivencia de los cónyuges, con interrupciones de por medio, ha durado escasamente un año, y donde la acreedora de la pensión, azafata de líneas aéreas cubanas, goza de buena salud, y tiene treinta y un años”.

La duración de la convivencia conyugal va a significar en la mayoría de los casos una aproximación a lo que podríamos denominar “acumulación en la asignación de tiempo” a los intereses de la familia.

13. La pérdida eventual de un derecho de pensión

En cuanto a la pérdida eventual de un derecho de pensión resulta evidente que siendo la asignación de tiempo en el hogar una fuente de subsistencia, una crisis matrimonial puede desestabilizar o agotar dicha fuente y desbaratar la garantía de supervivencia que significaba la inversión de capital humano en el hogar.

(1029) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*. Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 1174.

(1030) Entre otras, la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona, 7 de octubre de 1986.

La existencia de un derecho de pensión garantiza o suple los medios de subsistencia del sujeto y las consideraciones acerca de los riesgos existentes para uno de los cónyuges consistentes en una imposibilidad de atención a las propias necesidades como consecuencia de una crisis matrimonial lo que delimitará la determinación de la compensación o en su caso, la ausencia de esta.

Nos parece importante resaltar el matiz que formula Sánchez González⁽¹⁰³¹⁾ referente a que las pensiones que pueden ser aquí objeto de consideración serán, exclusivamente, aquellas cuya percepción exija la condición de cónyuge y se hayan perdido como consecuencia de la ruptura.

14. El caudal, los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

Parece ser, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran a esta circunstancia como el más objetivo referente y sobre la cual descansan las anteriores. Esta circunstancia es dentro de todas las anteriores, la más (o la única) objetiva, y esta característica permite realizar una aproximación más tangible sobre las capacidades adquisitivas de los miembros de la pareja.

Se advierte que dicha circunstancia y su carácter objetivo debe tener un carácter complementario respecto a las anteriores circunstancias (eminentemente subjetivas). Así se manifiesta la SAT Palma de Mallorca, 22 de diciembre de 1982, al señalar que para la fijación de la pensión compensatoria:

“Se ha de realizar en resolución judicial, teniendo en cuenta, en su caso, las circunstancias que menciona el mismo precepto 97; siendo significativo que la última circunstancia (última por entonces) que especifica, la octava, sea la del ‘caudal y medios económicos y las necesidades de uno otro cónyuge’, lo que revela que estos últimos elementos constituyen más la base real o material de la efectividad de la pensión que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias precedentes, pues en el caso de ser las mencionadas en el ordinal octavo las fundamentales para la fijación de la cuantía de dicha pensión, se hubieran mencionado en primer lugar y no en el último”.

En opinión de García Cantero⁽¹⁰³²⁾ un matiz a observar es que estas consideraciones acerca del caudal, medios económicos y necesidades sirven para medir su cuantía combinada con otros elementos obligando al juez a realizar un análisis de prospectiva lo que, compatibilizado con la opinión de Ragel Sánchez⁽¹⁰³³⁾,

(1031) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*. Editorial Comares, Granada, 2005, p. 76.

(1032) GARCÍA CANTERO, Gabriel. En: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Dir. Albaladejo, Manuel. Tomo II, Madrid, 1982, p. 435.

(1033) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio Legislativo y Jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*. Dykinson, Madrid, 2001, p. 217.

consistiría entre otras cosas, exigirá la prueba del mayor quebranto económico producido por la separación o el divorcio.

15. Cualquier otra circunstancia relevante

Este inciso es, a nuestro juicio, la esencia del espíritu de *numerus apertus* del artículo 97 del Código Civil español. Si bien es cierto, las circunstancias contenidas en el artículo en cuestión, obedecen a un criterio *ad exemplum*, el último apartado concede a la norma un carácter de *numerus apertus* en tanto, ofrece un marco de libertad en la apertura al planteamiento de nuevas circunstancias atendiendo en principio a la especialidad de cada caso.

IX. TEMPORALIDAD

También llamada temporalización de la compensación por desequilibrio, es un tema de capital importancia respecto a los efectos o resultados pretendidos con su otorgamiento.

Según Cabezuela Arenas⁽¹⁰³⁴⁾ la temporalización no consiste en la instauración arbitraria y gratuita de un plazo al azar, sino en la imposición de un término, una vez sean apreciadas determinadas circunstancias, esto es la eventualidad de extinción del desequilibrio. La citada autora sostiene que del análisis del desequilibrio se puede llegar a dos conclusiones excluyentes entre sí. En una, el desnivel puede tener vocación de permanencia en el tiempo sin que sea posible prever una determinada solución y, en la otra, dicho desnivel es susceptible de ser superado en un lapso más o menos breve en el tiempo⁽¹⁰³⁵⁾. En uno u otro caso dichas circunstancias las imputa a dos tipos de desequilibrio en función a la temporalización. De esta manera, puede darse un desequilibrio perpetuo⁽¹⁰³⁶⁾ o un desequilibrio coyuntural⁽¹⁰³⁷⁾.

(1034) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. *La limitación temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 74. En el mismo sentido, la STS 10 de febrero de 2005 señala que el establecimiento de una duración limitada para la pensión compensatoria debe darse, “*siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal*”.

(1035) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., p. 59.

(1036) Por desequilibrio perpetuo, se podría entender aquella situación en la cual existen determinados obstáculos o circunstancias que imposibilitan al cónyuge perjudicado colocarse en una situación análoga al otro cónyuge que le permita autosuficiencia.

(1037) El desequilibrio coyuntural, nos dice Cabezuela Arenas, “se plantea cuando en el momento de la crisis se aprecia que el desnivel experimentado por uno de los cónyuges podrá ser superado por este, con el tiempo si existe por su parte un grado de colaboración o compromiso”. Ob. cit., p. 73. En cuanto a este tipo de desequilibrio, es interesante observar lo señalado por la Sentencia Audiencia Provincial Nº 138/2000 Asturias (Sección 6), del 29 de marzo, (AC 2000, 3401): “En efecto esta Sala en resoluciones precedentes se ha decantado claramente por la posibilidad de su fijación temporal en aquellos supuestos en que las circunstancias concurrentes en el titular del derecho a pensión, evidencien que el desequilibrio constatado, base de su reconocimiento, sea temporal o coyuntural, esto es, que se presente ya en el momento del reconocimiento del derecho a pensión como algo susceptible de ser superado en un tiempo limitado con

Si el desequilibrio es perpetuo, la pensión habrá de ser indefinida⁽¹⁰³⁸⁾. Si dicho desequilibrio es coyuntural debería establecerse la temporalidad de la pensión o su limitación *ab initio*⁽¹⁰³⁹⁾.

En atención de ello se señala que debe obrarse con cautela, pues en otros contextos la acotación temporal lejos de constituir un signo de progreso y desempeñar una finalidad preventiva frente al abuso de derecho podría ser calificada de un retroceso al ser el instrumento de la arbitrariedad y la injusticia sumiendo en desamparo a quien jamás logrará remontarse⁽¹⁰⁴⁰⁾.

Dicho criterio y la cautela en su utilización debe enfocarse de forma que sirva de estímulo hacia la autosuficiencia. Este es el sentido que atiende la citada autora al considerar a la temporalidad como un elemento que configure a la compensación por desequilibrio como *un recurso transitorio ordenado a una readaptación*⁽¹⁰⁴¹⁾. Como refiere Marín García de Leonardo, la temporalidad está abocada a apreciar la posibilidad de un desenvolvimiento autónomo del beneficiario⁽¹⁰⁴²⁾, esto si se toma en consideración ciertos criterios jurisprudenciales que ubican la finalidad de la pensión compensatoria justamente en colocar al beneficiario en igualdad de oportunidades económicas y laborales a las que habría accedido de no mediar el vínculo matrimonial⁽¹⁰⁴³⁾, para cuyos efectos es fundamental establecer una

una implicación normal del acreedor en la superación de tal desequilibrio, lo que tanto quiere decir como que normalmente haya trabajado o podido trabajar anteriormente y sea coyuntural o por necesidades de atender a hijos menores, la pérdida o abandono de su participación en la vida laboral activa o, en definitiva, que por las circunstancias personales o familiares, sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo en un futuro próximo sean reales y efectivas, circunstancias estas que han de estimarse concurren en el supuesto enjuiciado y ello porque no puede desconocerse que la edad en que la esposa contrajo matrimonio ya era la de una persona con el periodo de formación para la vida laboral activa ultimado (al margen y con independencia de cuál fuera el de la citada) de forma que el matrimonio solo supuso un paréntesis en esa posibilidad de acceso al trabajo, de ahí que aun cuando, por la duración del mismo, sea necesario un periodo de adaptación a la nueva situación, ha de reputarse ajustado el plazo de vigencia de 5 años fijado en la recurrida, ya que obviamente no puede postularse su carácter indefinido en base a la existencia de unas dolencias congénitas y por lo tanto previas al matrimonio que, en todo caso, no se acredita la inhabiliten para todo tipo de trabajo y concretamente para aquellos, los más normales en la práctica, que no requieran especial esfuerzo físico”.

(1038) *Ibidem*, Comparte esta opinión Marín García de Leonardo, según ella, “existen situaciones en las que todavía conviene una pensión con carácter indefinido”. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*. Verda y Beamonte, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 220.

(1039) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., p. 74. “En otras palabras, –nos dice la autora– la limitación temporal ‘ab initio’ procede en aquellos casos en los que previsiblemente cabe imaginar que en un periodo más o menos largo habrá readaptación o superación del desequilibrio”. CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., p. 59.

(1040) *Ibidem*, p. 76.

(1041) *Ibidem*, p. 125.

(1042) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. Ob. cit., p. 232.

(1043) En este sentido se pronuncian la SAP Cádiz 3 de abril de 1998 (AC 1998, 6408) y la SAP Zaragoza 5 de octubre de 1998 (AC 1998, 1972). Esta opinión igualmente, es compartida por Barceló Doménech, quien señala literalmente que: “la finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la

comparación entre las condiciones en las que se desenvolvía la vida laboral de la beneficiaria de la pensión antes de contraer matrimonio, y aquellas en las que tiene que desarrollarse después⁽¹⁰⁴⁴⁾.

Es más que evidente que la temporalidad de la compensación por desequilibrio obedece a determinados fines. Uno de ellos establecer un criterio de proporcionalidad⁽¹⁰⁴⁵⁾ que refleje la correspondencia de las circunstancias existentes durante la vigencia del vínculo y las probabilidades a futuro del beneficiario.

Según Cabezuela Arenas, algunos objetivos de la temporalidad a tomar en cuenta son conectar la pensión con la concepción actual del matrimonio⁽¹⁰⁴⁶⁾, la lucha contra la degeneración de la institución matrimonial o profesionalización del matrimonio⁽¹⁰⁴⁷⁾ y la evitación de situaciones abusivas, tales como la pasividad en la búsqueda de empleo por parte del beneficiario de la pensión⁽¹⁰⁴⁸⁾.

Puede afirmarse que la actual tendencia jurisprudencial es el otorgamiento del derecho con un límite temporal, aun cuando existen pronunciamientos divergentes en tal sentido.

X. SUSTITUCIÓN

Con respecto a la sustitución de la compensación por desequilibrio, en términos generales podemos señalar que el artículo 99 del Código español abre un amplio abanico de posibilidades que se ajusten a las disponibilidades y circunstancias particulares de cada caso en concreto.

En el citado artículo 97, se establece la posibilidad de percepción de una compensación consistente en una “pensión temporal”, una “pensión por tiempo indefinido” o una “prestación única”. De manera complementaria a este principio general, el artículo 99 del Código Civil español establece que en cualquier momento puede convenirse la sustitución de la compensación por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de capital en bienes o dinero.

ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades –singularmente laborales y económicas– a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial”. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*. Tirant lo blanch. Valencia 2006, p. 227.

(1044) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., p. 54.

(1045) La SAP Girona 29 de enero de 1998 (AC 1998, 34), establece en términos generales que la pensión debe guardar simetría con la duración del matrimonio al que debe adecuarse el derecho de naturaleza compensatoria y considerar en ese sentido, cierta proporcionalidad, basada entre otras cosas en la duración del matrimonio y la incidencia de la convivencia en el estatus económico de cada cónyuge.

(1046) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., p. 123.

(1047) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., p. 127. Comparten esta opinión Campuzano, Lasarte y Valdepuesta, y De La Cámara.

(1048) *Ibíd.*, p. 132.

La disposición por una alternativa, atendiendo a las circunstancias respectivas, deberá obedecer a las disponibilidades y las necesidades requeridas.

Lo más usual a la vista de la jurisprudencia, es que el otorgamiento se haga mediante una pensión o renta periódica⁽¹⁰⁴⁹⁾. Este hecho, desde el punto de vista económico, se debe a que teniendo en cuenta que la unión puede haber sido prolongada y los costes de oportunidad asumidos por el beneficiario o sus expectativas pendientes sean ostensibles, es posible que el deudor no pueda cumplir con dicha obligación en una sola entrega⁽¹⁰⁵⁰⁾ o, incluso, que el pago en una sola entrega origine una situación inversa y significarle tras el pago en una entrega, una nueva situación de desequilibrio, con lo cual, la compensación ocasionaría una incongruencia en términos de la su propia finalidad⁽¹⁰⁵¹⁾.

XI. MODIFICACIÓN

La posibilidad de modificación de la compensación por desequilibrio, a tenor de lo establecido en el artículo 100 del Código español está supeditada únicamente a alteraciones sustanciales en la fortuna⁽¹⁰⁵²⁾ de uno u otro cónyuge. No obstante, gran parte de la doctrina sostiene que dicha modificación, como norma general puede –o debe– ser a la baja⁽¹⁰⁵³⁾. Esto tiene su razón de ser en la previsión de conductas oportunistas y establecimiento de estímulos de autosuficiencia del deudor, máxime si va asociado a criterios de limitación temporal.

(1049) Esta suerte de habitualidad en el otorgamiento de la compensación por vía de renta periódica o pensión, es la que ha promovido a nivel doctrinal y jurisprudencial la común denominación de “pensión compensatoria” o “pensión por desequilibrio”. Dichas denominaciones sin embargo, en tanto hacen referencia a una modalidad en específico, no nos resultan precisas o adecuadas para hacer mención del derecho, o la institución en genérico. Es por ello, que nosotros nos inclinamos por hacer referencia a la compensación por desequilibrio.

(1050) POSNER, Richard. Ob. cit., p. 143.

(1051) En efecto, el cumplimiento de la obligación en una sola entrega en capital por ejemplo, puede colocar al deudor, en una situación análoga, a aquella que la compensación por desequilibrio pretende remediar.

(1052) En algún caso, se ha suscitado discusión en cuanto al sentido del término *fortuna*, en función de si este estaba ligado a la idea de riqueza o de suerte. Sin embargo, según se desprende de la Sentencia Audiencia Provincial Madrid (Sección 22), 10 de julio de 2001, (AC 2001, 1541), ha de entenderse el sentido de riqueza, al manifestar que “no puede sostenerse, con lógico y legal fundamento, que, como afirma la dirección letrada de la recurrente, el término fortuna utilizado por el artículo 100 del Código Civil equivalga a suerte; en efecto, en su significación gramatical ello constituye tan solo una de sus acepciones, pero no la única, en cuanto también pueda representar hacienda, capital o riqueza; y siendo así que el artículo 97 se refiere, en cuanto elemento básico del derecho analizado, al desequilibrio económico, que no a la suerte, es obvio que la acepción ‘fortuna’ ha de ponerse en necesaria correlación con tal dato comparativo pecuniario. Se revela, al efecto, intranscendente la causa determinante de tal alteración sustancial de fortuna, dado que ningún matiz contiene al efecto el artículo 100, y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”.

(1053) En este sentido se pronuncia HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. “La pensión compensatoria y sus condiciones”. En: *Diez años de abogados de familia*. Asociación española de abogados de familia. La Ley. Madrid, 2003, p. 473.

Opina Hijas Fernández⁽¹⁰⁵⁴⁾ que dado que el desequilibrio que ha de valorarse y corregirse en la medida de lo posible es el existente al tiempo de la separación o divorcio, operando la cuantificación entonces realizada como tope máximo para el futuro, y sin perjuicio de las actualizaciones correspondientes, el posible incremento ulterior de fortuna del obligado obedecerá, en la mayoría de los casos, a su propio esfuerzo individual ya sin la cooperación del otro cónyuge por lo que este no puede participar en la bonanza económica sobrevenida que, además, podría situarle en un nivel superior al disfrutado durante el matrimonio. En una línea similar, Bayo Delgado⁽¹⁰⁵⁵⁾ apunta que nuevas circunstancias no pueden llevar a aumentar la pensión, porque entonces el nuevo cuántum desequilibraría la situación ya juzgada en relación con el cese de la convivencia. Por tales fundamentos, la modificación de la compensación solo puede ser a la baja.

No obstante ello, el propio Hijas Fernández⁽¹⁰⁵⁶⁾ anota que tal criterio general tendente a la admisión de la baja, puede quedar quebrado en algunos supuestos de carácter excepcional, a saber: establecimiento inicial de un criterio de actualización con base en los ingresos del obligado al pago; la coincidencia de la sustanciación del pleito con una situación de coyuntural crisis económica del obligado al pago y que las pensiones alimenticias de los hijos impidan situar a la compensación en un nivel más alto y justo.

Al margen de ello, alguna sentencia, como es el caso de la SAT de Pamplona, 19 de febrero de 1987, ha dejado sentado un criterio que en nuestra opinión resulta discutible, en el cual se considera elevar el montante de la pensión en función al incremento patrimonial del obligado al pago⁽¹⁰⁵⁷⁾. En opinión contraria se muestra Ragel⁽¹⁰⁵⁸⁾ quien propone atenuar lo que califica de resultado injusto de la mejora de fortuna del deudor, limitando la cantidad de la pensión a la máxima que se hubiera podido lograr en la mejor situación económica disfrutada durante el matrimonio.

En todo caso, tal y como lo revela la Sentencia Audiencia Provincial Nº 13/2000 Córdoba (Sección 3), de 24 de enero, (AC 2002, 3468):

(1054) HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. Ob. cit., p. 473.

(1055) BAYO DELGADO, Joaquín. “Los límites de la pensión compensatoria”. En: *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*. Asociación española de abogados de familia. Dykinson, Madrid, 1997, p. 182.

(1056) HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. Ob. cit., p. 474.

(1057) En la citada Sentencia se sostiene: “la sentencia de instancia que incrementa las pensiones de contribución a las cargas del matrimonio y desequilibrio económico fijadas en el convenio regulador de separación, aparece correctamente formulada, ya que, independientemente de cuál haya sido el concepto salarial –horas extraordinarias y trabajos a destajo–, los ingresos netos del esposo se han incrementado en el último año en proporción sustanciosa, y conforme a los artículos 90, apartado penúltimo, 91, inciso final, y 100 del CC, debe tenerse por modificada sustancialmente la base económica que se tuvo en cuenta en el momento de aprobarse el convenio regulador”.

(1058) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio Legislativo y Jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*. Dykinson, Madrid, 2001, p. 220.

“la jurisprudencia muestra en este aspecto, un criterio restrictivo, no solo en cuanto a la apreciación del desequilibrio económico, requisito fundamental e imprescindible para la concesión de la pensión, sino también respecto a la posibilidad de que pueda ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge como autoriza el artículo 100 del CC, de forma que tan solo aquellas alteraciones que parecen estables, gocen de trascendencia a efectos de modificación de sus pronunciamientos”.

En esencia, el carácter restrictivo de la modificación está basado en último término, en el carácter de relatividad y circunstancialidad del propio derecho. Este es el criterio expuesto por la Sentencia Audiencia Provincial Nº 268/2002 Castellón (Sección 1), de 11 setiembre, (AC 2003, 1806):

“(…) se trata pues, de un derecho relativo y circunstancial (…), y también de un derecho condicional, puesto que una modificación de las circunstancias concretas en que la pensión fue concedida –de modo análogo a la cláusula *re-bus sic stantibus*– puede determinar su modificación o supresión”.

XII. EXTINCIÓN

El primer párrafo del artículo 101 del Código español señala que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido que ampliar ciertos conceptos, a efectos de contar con una interpretación del sentido de la norma en la medida que se ha entendido que tan importante como la constitución del derecho resulta también su eventual extinción⁽¹⁰⁵⁹⁾.

Sánchez González⁽¹⁰⁶⁰⁾ señala que no todas las causas de extinción de la compensación por desequilibrio se hallan expresamente señaladas en el artículo 101 del Código Civil español. Por un tema de brevedad en la exposición nos referiremos solamente a las establecidas en el primer párrafo del citado artículo y solo de manera enunciativa a las demás.

16. El cese de la causa

Sobre la primera de las –llamémoslas *causales típicas de extinción*– es importante hacer ciertas anotaciones. La más importante posiblemente esté relacionada con la ambigüedad del término que utiliza la ley al referirse al cese de la causa que

(1059) De hecho, Barceló Doménech estima con mucha lógica, que la convivencia marital puede también servir para impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Ob. cit., p. 190.

(1060) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*. Editorial Comares. Granada, 2005, p. 22.

lo motivó. Conforme a ella, en un principio, puede interpretarse que aquella causa está referida al desequilibrio, sin embargo tal afirmación puede ser arriesgada. Fruto de esta ambigüedad, como bien pone de manifiesto Sánchez González⁽¹⁰⁶¹⁾, aquel cese de la causa que lo motivó puede prestarse a ser interpretada de distintas formas, a saber; como causas remotas entendidas como la separación o el divorcio, como una causa próxima, entendida como el propio desequilibrio, o como aquellas causas que originaron el desequilibrio, es decir, y siguiendo su razonamiento, como causas originarias⁽¹⁰⁶²⁾.

17. Nuevo matrimonio o convivencia del acreedor

Por otro lado se encuentran, la segunda y tercera causal, referidas al caso en que el acreedor contraiga nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona, respectivamente. Cabe señalar que en general dicha diferenciación es indiferente para nuestro planteamiento habida cuenta que estimamos que la consideración esencial en cuanto a la compensación por desequilibrio es la de una comunidad de vida, con total prescindencia de un título formal.

17.1. Amplitud conceptual de la vida marital

Con ello es necesario contar con un referente conceptual de vida marital que desde nuestro punto de vista resultaría una situación en virtud de la cual se lleva a cabo una comunidad de vida determinada como escenario de un proyecto de vida en común, en el cual las interacciones patrimoniales sean análogas a las de un contexto matrimonial.

Desde la jurisprudencia contamos con un sinnúmero de pronunciamientos al respecto. En efecto, la Sentencia Audiencia Provincial N° 28/2006 Cádiz (Sección 3), 28 de marzo, (JUR 2006, 231396) ofrece un muy apropiado marco acerca de los elementos que acompañan la extinción del derecho a compensación, con base en la existencia de una circunstancia de convivencia marital con otra persona; estableciendo que:

(1061) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. Ob. cit., p. 23.

(1062) Tras este análisis preliminar, conviene resaltar algunas consideraciones acerca de cada una de las posibles causas. En ese sentido, con referencia a la extinción del derecho a la pensión compensatoria, respecto a la separación es conveniente observar lo concerniente a la reconciliación. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. Ob. cit., p. 24. Asimismo, en función de la desaparición del desequilibrio, han de considerarse varias alternativas configuradas, en primer lugar, por la mejora de la situación del acreedor (dicha mejora, considerando el plano de una eventual reinserción laboral, supone en opinión de Sánchez González que dicha mejora sea entendida "solo como aquella actividad profesional estable y continuada". No obstante, no descarta causas provenientes de un aumento del caudal patrimonial por adquisición de derechos sucesorios). SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. Ob. cit., pp. 36-38. Por otro lado, el empeoramiento de la situación económica del deudor, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. Ob. cit., p. 38; así como el empobrecimiento del deudor y simultáneo enriquecimiento del acreedor. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. Ob. cit., p. 48.

“(…) el artículo 101 del Código Civil (LEG 1889,27) establece como causa de extinción de la pensión compensatoria, además del cese de la causa que lo motivó, el contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. Esta causa de extinción se funda en que procede dejar sin efecto una ayuda económica a una persona en razón a un matrimonio anterior, cuando resulta que ha rehecho su vida de una manera estable con la inmediata consecuencia de que desaparece el desequilibrio económico. De manera más concreta el rehacer nuevamente la vida afectiva con otra persona – que se comprende en el derecho al libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836)– requiere a los efectos del citado artículo 101 del Código Civil una comunidad de vida, que se traduce en interdependencia en lo corporal y lo espiritual que es algo más que la simple amistad o el trato íntimo, también unidad de domicilio y por último estabilidad, aunque no sea definitiva. La jurisprudencia no ha identificado la convivencia –necesaria según el precepto– con la relación afectiva de tipo noviazgo, ni con la mera relación sentimental. Y es que la convivencia marital no cabe confundirla con el uso de la libertad sexual, esporádica y no continuada, sino que precisa que tales relaciones gocen de intensidad, continuidad y publicidad suficientes, como para ser tenidas por el común de las gentes como semejantes a las que mantienen las personas unidas en matrimonio sin estarlo, y que consistan en una apariencia cierta de cumplimiento de deberes de convivencia, ayuda y fidelidad que se impone en los artículos 67 y 68 del Código Civil, lo que ha de tener proyección, también, en lo económico, como datos más objetivables, como cuentas conjuntas o disfrute de bienes comunes, que en interpretación sociológica de las normas lleve a un juicio de certeza, de comunidad de vida en que se inserta el concepto vida, *more uxorio*”.

17.1.1. Elementos configuradores

En similar orden de ideas al expuesto en las líneas precedentes, la jurisprudencia ha delimitado lo que a grandes rasgos puede entenderse a nuestro parecer, como requisitos o elementos imprescindibles de la convivencia a efectos de su consideración como causa de extinción del derecho de compensación por desequilibrio.

La habitualidad, estabilidad, confianza y familiaridad son relevantes a efectos de determinar la existencia de una convivencia coherente a un contexto en presencia de una comunidad de vida puede coincidir con una concepción de la *affectio maritalis* como el “*animus* de permanencia en el tiempo” en el desenvolvimiento de una comunidad de vida. En virtud de este hecho, podemos poner énfasis en la opinión de Barceló Doménech⁽¹⁰⁶³⁾, al sostener este que hay que valorar si existe

(1063) BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Ob. cit., pp. 92-94. Del mismo modo, sobre la vocación de permanencia a la que hacemos referencia, la SAP Cádiz 5 de octubre de 2001, es clara al señalar que “para que se produzca

affectio y un proyecto en común, aunque falte el hecho físico de vivir juntos, siendo particularmente relevante averiguar si esta falta de convivencia tiene precisamente su fundamento en evitar la pérdida de la pensión por separación o divorcio.

18. Delimitación y consolidación conceptual

Delimitado el concepto o idea que ha de considerarse en cuanto a la convivencia marital al que hace mención el artículo 101 del Código Civil español, cabe adentrarnos en las causales en sí mismas, para lo cual, es necesario reiterar nuestra opinión tendente a considerar dos causales diferenciadas, a saber, una; *la del cese de la causa que motivó el desequilibrio*, y la otra, aquella en virtud a la cual estarían subsumidas el *matrimonio y/o la convivencia marital*⁽¹⁰⁶⁴⁾, en tanto, a nuestro juicio, ambas de igual manera, involucran a nivel germinal, una comunidad de vida, sin perjuicio de lo cual, precisaremos algunos matices dignos de anotación.

La doctrina, entendiendo que la primera causal de extinción significa el cese, ya sea del desequilibrio a nivel general o de las circunstancias que originaron el desequilibrio, se plantea el delimitar si se puede entender en este sentido, que las siguientes dos causales pueden estar subsumidas en esta.

la extinción de la pensión es necesario que se dé una convivencia o cohabitación de carácter permanente y estable, con la creación de una apariencia matrimonial o si se quiere, de un estatus paramatrimonial o posesión de estado familiar ‘de facto’”.

- (1064) Al margen del planteamiento que pretendemos esbozar sobre estas causales, no estimamos impertinente señalar a manera de paréntesis, y a propósito de los supuestos de amas de casa en un modelo antiguo de familia tradicional, algunas reflexiones de Posner como justificativos de la extinción de la pensión compensatoria desde el punto de vista de la fuente de rentabilidad. Así nos dice que en la familia tradicional, en la cual, la esposa se especializa en la producción doméstica, todas las habilidades que haya tenido en la producción de mercado se deprecian, y a la larga sus principales posibilidades de empleo –si se disolviera el matrimonio actual– se reducirán a la perspectiva de volver a casarse y formar una nueva familia en la que puedan desempeñar su oficio. Evidentemente esta explicación no goza actualmente, de mucha vigencia, sin embargo, explica desde una determinada perspectiva, una posible razón de la extinción. Con todo, y aunque nuestro planteamiento apunta en un sentido distinto, cabe agregar que desde este punto de vista, la extinción se da, ya que con el nuevo matrimonio o vida marital, toda la especialización obtenida en el matrimonio disuelto volverá a generar utilidad, en ese sentido, la especialización puede pasar a compensar por sí sola el desequilibrio. Esto se puede explicar de manera más sencilla si hacemos una analogía entre la ama de casa especializándose en las tareas del hogar y un estudiante. Posner nos dice así: “como sabemos, el capital humano es tanto un activo como una fábrica; se compra con insumos de tiempo y dinero y produce un servicio pecuniario durante la vida (...) del activo. Dado que el ingreso que genera es gravable, los gastos necesarios para mantenerlo en buenas condiciones deberían ser deducibles, aunque en principio no de una sola vez sino a lo largo del periodo en el que los gastos generan ingresos. (...). La cuestión más amplia es esta: ¿no debería ser el costo del capital humano amortizable a lo largo de la vida de trabajo del propietario y deducible de su ingreso? La ley no lo permite y para ello hay una razón teórica y práctica. El propietario no cubre gran parte del costo de la educación, la fuente principal del capital humano junto con nuestra dotación natural de inteligencia, energía y carácter (una dotación por la que tampoco paga el propietario). Y el mayor costo de la educación para el estudiante –los ingresos que pierde por ir a la escuela en lugar de trabajar– en efecto se han cancelado en el momento en que hace la inversión, porque el ingreso gravable se reduce en el total de los ingresos sacrificados. No hay necesidad de una deducción adicional”. POSNER, Richard. Ob. cit., p. 467.

Parece ser en tal sentido, que la opinión mayoritaria apunta a que tales causales obedecen sino a una naturaleza distinta, si a causas distintas. Al respecto Sánchez González⁽¹⁰⁶⁵⁾, sostiene que la desaparición del desequilibrio económico no puede ser el fundamento de la atribución a la convivencia marital de naturaleza extintiva, dado que, desde esta perspectiva, no sería necesario el establecimiento como causa específica de extinción, en la medida que quedaría subsumida en la primera de los supuestos mencionados en el artículo 101 del Código Civil español. En esta línea se manifiesta también Barceló Doménech⁽¹⁰⁶⁶⁾ al señalar que las nuevas nupcias o la convivencia marital son causas que tienen su propia existencia al margen de la mejora económica que haya podido experimentar el acreedor de la pensión.

Parece ser que dichas posturas doctrinales basan esta independencia de las causales referidas a la comunidad de vida sobre la finalidad o la *ratio* que el legislador quiso otorgarles. Son diversas las razones presumibles de tales causales; en dicha interpretación de la finalidad, Barceló Doménech⁽¹⁰⁶⁷⁾ nos indica que aunque no sea muy frecuente –la interpretación más extendida se basa en una *presunción* de que quien hace vida marital con otra persona está recibiendo adecuado sustento y ha desaparecido el desequilibrio que originó la compensación–, tanto en jurisprudencia como en la doctrina. Entendemos, con ello, que la constitución de una nueva comunidad de vida por parte del acreedor, no significa de manera alguna una garantía de mantenimiento del nivel anterior de vida.

En conclusión, y conforme a lo señalado respecto a las causales de extinción antes mencionadas podemos concluir que *el cese de la causa que lo motivó* está fundado en un criterio subjetivo, y las otras dos (“contraer nuevo matrimonio” y/o “vivir maritalmente con otra persona”) obedecen a un criterio objetivo basado a su vez en una presunción de naturaleza subjetiva. Dicha objetividad en el criterio, está determinada por la tipificación de la conducta de contraer nuevo matrimonio

(1065) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. Ob. cit., p. 101.

(1066) BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Ob. cit., p. 231.

(1067) *Ibidem*, p. 237. No obstante asevera que no es acertado señalar, como se ha venido haciendo, que el fundamento de la extinción de la pensión por contraer nuevo matrimonio el acreedor se encuentra en el nacimiento de un deber de socorro a cargo del nuevo cónyuge, que viene a reequilibrar el estatus económico de quien percibe la pensión compensatoria. Ob. cit., p. 233. Parece inclinarse por esta posición Castán Tobeñas señalando que de una interpretación finalista dicha causal pretende “reequilibrar su estatus económico social”. Cabe señalar en ese sentido, que el término reequilibrar resulta ambiguo puesto que no nos queda claro si el término está referido a un reequilibrio como la devolución de un equilibrio perdido, o como dotar de un nuevo equilibrio, posición por la que nos inclinamos. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo V. Derecho de Familia. Undécima edición. García Cantero, Gabriel y Castán Vázquez, José María. (Rev.). Reus, Madrid, 1987, p. 1029. Por otro lado, se señala de igual manera que una posible causa de la exprofesa distinción legal de dicha causal está basada en la previsión de conductas fraudulentas y oportunistas por parte del acreedor, que ostente de una nueva comunidad de vida y no obstante ello mantenga cierta posición a costa de su exconsorte.

o vivir maritalmente con otra persona como causas de extinción, sin embargo obedecen a un criterio absolutamente subjetivo.

Finalmente, debemos agregar que se han señalado como causales adicionales de extinción, tales como la insuficiencia del caudal hereditario o la lesión de la legítima luego de la muerte del deudor⁽¹⁰⁶⁸⁾, la muerte del acreedor de la pensión, la renuncia, la prescripción, el cumplimiento de una condición resolutoria y el cumplimiento de un término extintivo.

XIII. CARACTERÍSTICAS DE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO

Son innumerables las características que sobre la compensación por desequilibrio se pueden sacar a relucir. Cualidades como las de constituir un derecho *personalísimo, relativo, circunstancial, condicional, de justicia rogada, disponible* son, entre otras, las que tanto doctrina como jurisprudencia⁽¹⁰⁶⁹⁾ citan en abundancia.

Sin embargo, y sin dejar de atender a que existe una vasta lista de caracteres dignos de mención hemos querido desarrollar o distinguir dichas características en función de la naturaleza, objeto, finalidad y fundamento de la compensación por desequilibrio.

En este cometido, hemos estimado conveniente establecer dos tipos de cada una de dichas características en función a un criterio de inmediatez de consecución de resultados, digamos que una característica inicial sigue a una final, o superior, y en ese sentido, las subclasificamos, en directas o indirectas, con base en una distinción si se quiere, de fondo y forma.

Sin perjuicio de ello, hemos de recalcar que tales características serán descritas tanto desde lo que entendemos, es el sentido actual de la norma y la ratio de su formulación legislativa; y aquel que resulta ser el más acorde con nuestro planteamiento. En dicho cometido, no será poco frecuente que muchas de estas características puedan confluir, hasta un punto tal, de hacerse en ocasiones indistinguibles.

(1068) Hay autores como Marín García De Leonardo que opinan que el derecho debería extinguirse por el solo hecho de la muerte del deudor. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*. Verda y Beamonte, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 229. La misma autora opina que se echa en falta la posibilidad de extinguir el derecho cuando el beneficiario hubiera cometido alguna falta contra el deudor de las que dan lugar a desheredación. Ob. cit., p. 229.

(1069) La Sentencia Audiencia Provincial Nº 268/2002 Castellón (Sección 1), 11 de setiembre, (AC 2003, 1806) señala al efecto: “(...) se trata pues, de un derecho relativo y circunstancial (...), y también de un derecho condicional, puesto que una modificación de las circunstancias concretas en que la pensión fue concedida –de modo análogo a la cláusula *rebus sic stantibus*– puede determinar su modificación o supresión”.

Procuraremos delimitar convenientemente todos los matices en cada caso, y ofrecer un esquema adecuado.

Pues bien, realizadas estas advertencias; podemos describir las características de la compensación por desequilibrio, a efectos didácticos, mediante el siguiente cuadro:

	DIRECTO(as)	INDIRECTO(as)
NATURALEZA	Compensatoria (restitutoria)	Distributiva (adjudicativa)
OBJETO*	Desequilibrio (con base en las legítimas expectativas y costes de oportunidad)	Situación –personal y temporal– después de la separación o divorcio
FINALIDAD	Restablecimiento de Equilibrio (obligacional)	Igualdad –“equivalencia”– (a través de la redistribución y la adjudicación) Posicionamiento social
FUNDAMENTO	Enriquecimiento Indebido (empobrecimiento ilegítimo)	Equidad

Formulado este esquema, intentaremos desarrollar cada una de las características en profundidad, lo que nos permitirá a la postre contar con un planteamiento o idea general de la compensación por desequilibrio, en beneficio de su confrontación con el tenor y contenido del artículo 345-A del Código Civil peruano.

19. Naturaleza

Determinar la naturaleza de la compensación por desequilibrio es una tarea harto complicada, no solo por tratarse de una institución con características calificadas en ocasiones de *sui generis*⁽¹⁰⁷⁰⁾, sino por la amplia gama de concepciones y referencias que ha brindado tanto la doctrina como la jurisprudencia desde las posturas que la emparentan con naturalezas compuestas de elementos de diversa

(1070) Es de esta opinión Marín García De Leonardo, quien señala que el que la regulación de la pensión contenga, como es sabido, elementos que no corresponden con la naturaleza atribuida obedece a que se trata de una figura con carácter *sui generis*, cuya falta de rigor normativo acorde con la naturaleza atribuida provoca la necesidad de acudir a la aplicación de criterios de equidad fundamentales para encontrar una solución justa para ambas partes. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*. Verda y Beamonte, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 228.

índole, tales como compensatorios y alimenticios⁽¹⁰⁷¹⁾, asistenciales⁽¹⁰⁷²⁾ e incluso indemnizatorios⁽¹⁰⁷³⁾.

19.1. Tesis indemnizatoria

En la línea de la naturaleza *indemnizatoria*⁽¹⁰⁷⁴⁾, manifiesta García Cantero⁽¹⁰⁷⁵⁾ que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva⁽¹⁰⁷⁶⁾, o si se quiere, por

- (1071) Partidario de esta postura se muestra LACRUZ BERDEJO al sostener que la pensión regulada en el artículo 97 del Código Civil español asume una naturaleza alimenticia y compensatoria al mismo tiempo. No obstante, explica en ese sentido, que resulta necesario señalar que esta doble funcionalidad de la pensión, que puede ser deslindada con nitidez en un plano teórico, en la realidad se manifiesta o presenta muy desdibujada como consecuencia, de un lado, de que las circunstancias a tener en cuenta, en uno y otro caso, no son más que aspectos de toda una realidad más compleja, como la vida matrimonial y la posterior crisis conyugal; y de otro lado, de la necesidad de canalizar estas circunstancias o, mejor, sus consecuencias económicas, a través de un único cauce –la pensión– como eventual efecto de la separación o el divorcio. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Matrimonio y Divorcio*. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil. Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 1179. Queda entendido en nuestra opinión, que la consideración acerca de un carácter alimenticio, se da en función a la circunstancia establecida por las necesidades de uno y otro cónyuge. En efecto, el propio Lacruz sostiene que la función alimenticia se justifica en la tendencia a la satisfacción a las necesidades del cónyuge acreedor apreciadas con la relatividad propia del supuesto de hecho genéricamente contemplado en el artículo 97 CC español. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 1179. Con todo, y sin perjuicio de lo antes señalado Martínez Rodríguez, establece de manera clara la amplia distinción que existe entre dichas instituciones, más aún en casos de separación donde ambas pensiones pueden confluír. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”. En: *Diario La Ley*, 2001, Ref D-245, Tomo 7.
- (1072) En esta postura se muestra Lalana Del Castillo, al considerar una naturaleza compensatoria y asistencial. LALANA DEL CASTILLO, Carlos. *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1993. pp. 32-33.
- (1073) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (Ob. cit.) señala que los presupuestos fácticos que justifican el nacimiento del derecho permiten afirmar que la naturaleza de la pensión compensatoria no es alimenticia sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo, p. 218.
- (1074) En el plano jurisprudencial, en ciertas sentencias se puede deducir que se entiende indemnizatoria en función de la finalidad que le imputan, tal es el caso de la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 12), de 30 noviembre, (AC 1998, 2144), en virtud de la cual se señala: “(...) respecto a la pensión compensatoria, su finalidad es la de indemnizar el perjuicio resultante por el descenso del nivel de vida tras la separación (...)”.
- (1075) Bajo este planteamiento, advierte que quien solicita el divorcio ha de contar con la posibilidad de tener que asegurar al otro cónyuge un estatus económico-social similar al que disfrutaba constante matrimonio. GARCÍA CANTERO, Gabriel. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dir. Albaladejo, Manuel. Tomo II. Madrid, 1982, p. 438. No está de más decir, que a la fecha, y considerando las modificaciones en materia de separación, la referencia a “quien solicita el divorcio” puede adherirse a “quien ostenta una mejor posición en el caso de un eventual desequilibrio”.
- (1076) Es de esta opinión, García Cantero opina que constituye un supuesto de responsabilidad sin culpa. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo V. Derecho de Familia. Undécima edición. García Cantero, Gabriel y Castán Vázquez, José María. (Rev.). Reus, Madrid, 1987, p. 026. No obstante reconoce que “no le falta cierto carácter indemnizatorio, pero limitado o tasado”, p. 1028. De La Cámara por su parte, opina que a su juicio nada tiene que ver la indemnización del artículo 97 con las derivadas de la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, ya que esta teoría no explica de manera satisfactoria, ni la naturaleza ni el fundamento de la pensión compensatoria, la que en principio esta dirigida a reparar el desequilibrio económico, y solo puede fundarse en la equidad. De La Cámara Álvarez, Manuel. “En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid, 1985.

riesgo⁽¹⁰⁷⁷⁾ o en virtud de un criterio de imputación o factor de atribución objetivo de responsabilidad civil. Como bien pone de manifiesto Martínez Rodríguez⁽¹⁰⁷⁸⁾ tal naturaleza no implica considerar la compensación como una pura obligación de indemnizar y así, aunque se entienda que se trate de indemnizar al cónyuge acreedor por el perjuicio sufrido por la ruptura, ello no debe hacer pensar que se trata de una indemnización en el sentido estricto del término. Sostiene la autora que este carácter indemnizatorio debe entenderse únicamente en el sentido moderno de desequilibrio económico y no en el sentido tradicional de conectar la ausencia de culpa del acreedor con el derecho a pensión.

Martínez Rodríguez⁽¹⁰⁷⁹⁾ concluye, en atención al criterio jurisprudencial expuesto por la Audiencia Provincial de Córdoba de 13 de enero de 1999 (AC 1999/365), que entendiendo que la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos, sino complementarios –ya que para la viabilidad de la compensación es preciso, en primer lugar, una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o el divorcio y, en segundo lugar; que el cónyuge en peor situación tenga derecho al resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto; y que a pesar de que doctrinalmente hay quien defiende la naturaleza compensatoria de la pensión y quien aboga por la indemnizatoria–, en realidad “la naturaleza jurídica es híbrida, no participa exclusivamente de un carácter concreto (...) la naturaleza será *indemnizatoria* para *compensar* al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un perjuicio (...)”.

La concepción antes descrita, por medio de la cual se busca la confluencia de naturalezas compensatorias e indemnizatorias, posiblemente esté vinculada a lo que para Cabezuela Arenas⁽¹⁰⁸⁰⁾, significa un atenuante en el rigor de las tesis compensatorias.

19.2. Tesis compensatoria

Según la autora antes citada, la tesis compensatoria, parte de la negación del carácter estrictamente alimentario de la pensión y la potenciación del papel que desempeña en orden al mantenimiento de un nivel de vida, que anteriormente se disfrutaba en el matrimonio⁽¹⁰⁸¹⁾. Dentro de este razonamiento la denominación de la pensión compensatoria se encuentra vinculada no a su naturaleza

(1077) Opinión que como expondremos en lo sucesivo, no compartimos del todo, en función de la referencia a un criterio indemnizatorio.

(1078) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”. En: *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-245, Tomo 7. Partidaria de esta línea se muestra Roca Trías.

(1079) Ídem.

(1080) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. *La limitación temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 108.

(1081) *Ibidem*, pp. 106-107.

sino específicamente a su función⁽¹⁰⁸²⁾. Sostiene que la tesis compensatoria, en la medida que suponen la perpetuación de un estatus⁽¹⁰⁸³⁾ puede suponer conductas oportunistas⁽¹⁰⁸⁴⁾. Para este efecto surge una propuesta con la S.A.P. Córdoba, 25 de marzo de 1999 (AC 1999, 597) que aúna componentes indemnizatorios y compensatorios⁽¹⁰⁸⁵⁾. Según ello, y en esta línea de razonamiento, se señala que no se trata de compensar sin más, ante la presencia de un desequilibrio sino de indemnizar cuando, del análisis de las circunstancias del artículo 97 se extraiga que aquel representa un perjuicio a raíz de la crisis⁽¹⁰⁸⁶⁾. Refiere de dicha sentencia, que la pensión puede ser eliminada si del examen del caso en concreto se observa que, no obstante, existe desequilibrio económico, el cónyuge desequilibrado no ha sufrido ningún perjuicio⁽¹⁰⁸⁷⁾.

19.2.1. Nuestra tesis

Disgregamos nuestra tesis a partir de la tesis compensatoria en cuanto, si bien tiene matices especiales, consideramos que se encuentra dentro de su marco general. En efecto, partiendo de una rotunda negación de naturaleza indemnizatoria alguna, nos inclinamos por considerar una naturaleza compensatoria, no obstante, como se pondrá de manifiesto en lo sucesivo, es preciso atender de igual forma –en beneficio de criterio integrador respecto a la naturaleza–, al carácter resarcitorio y de modulación de la institución en cuestión.

a) Negación de naturaleza indemnizatoria

Otro de los aspectos que se nos hace necesario resaltar, es el concerniente al perjuicio como presunto presupuesto de otorgamiento del derecho. Para manifestarnos al respecto, hemos de partir de la idea de que no consideramos ni el desequilibrio respecto al otro cónyuge, ni el empeoramiento de situación anterior en el matrimonio como un *daño* o un *perjuicio*, tal y como son entendidos de forma clásica de menoscabo a un interés jurídicamente protegido, sino como una “eventualidad”.

Una indemnización está referida al remedio o resarcimiento por un daño, en tanto, y por su parte, la compensación a que se refiere el artículo 97 del Código Civil español, se cimienta sobre una *eventualidad* acaecida como consecuencia de una determinada distribución de los recursos; en la que mediante conductas legítimas y no antijurídicas se propició un derecho de crédito. Es decir, la compensación

(1082) *Ibidem*, p. 107.

(1083) Sin perjuicio, de una eventual temporalización.

(1084) No obstante, reconoce citando a Marín que dicha perpetuidad obedecía a una coyuntura y situación social existente en 1981, y por tal motivo, la tesis compensatoria que describe era una medida en muchos casos justificada. No está de más decir, que dicho planteamiento contemplaba a una pensión compensatoria para la que los criterios de temporalidad empezaban a tomar fuerza y así la tesis compensatoria podía ser interpretada como radical.

(1085) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. *Ob. cit.*, p. 108.

(1086) *Ibidem*, p. 108.

(1087) *Ídem*.

por desequilibrio, se basa más en un criterio *retributivo* que reparador o indemnizatorio. Sostener lo contrario, significaría aceptar que la separación o divorcio puede ser un hecho susceptible de ocasionar un daño⁽¹⁰⁸⁸⁾, y ello, a la vista de la actual condición y configuración de la institución matrimonial y convivencial en el ordenamiento, supone un grave atentado a la dignidad personal.

Si estimamos que la disposición libremente consensuada de unas determinadas circunstancias, establecieron un equilibrio en el seno de una comunidad de vida, dicho manejo de los recursos no puede ser considerado tras el cese de la comunidad de vida un perjuicio. El daño podría configurarse ante la negativa de resarcimiento, más no ab initio.

Esta es la razón en la que se funda la diferencia entre la compensación habida en una comunidad de vida, y la indemnización que propugna el artículo 98 del Código Civil español⁽¹⁰⁸⁹⁾, ante una situación de nulidad⁽¹⁰⁹⁰⁾. Consideramos que el concepto de nulidad desbarata todo tipo de consideración acerca de la legitimidad en las aportaciones previas y las hace indemnizables. Con ello, a la sazón del artículo 97 del Código Civil español, no es equiparable el daño o el perjuicio, con el desequilibrio o el empeoramiento de una situación⁽¹⁰⁹¹⁾. Lo injusto no está en empeorar, sino en la eventual falta de reconocimiento de las aportaciones y expectativas que significan la causa de dicho empeoramiento.

b) Carácter restitutorio

Con todo, y en esta línea es conveniente advertir además, que la prescindencia aquí de un criterio de culpabilidad, se debe, –sospechamos– en gran medida,

(1088) Es conveniente en este sentido, considerar lo que en opinión de Llamas Pombo, significa que en los casos de separación y divorcio, en ningún caso puede hablarse de “cónyuge culpable”, ni es dable reclamar indemnización ni reparación alguna a consecuencia de dicha ruptura. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión”. En: V.V.A.A. Llamas Pombo, Eugenio. (Coord.) *Nuevos conflictos del Derecho de familia*. La Ley. Madrid, 2009, p. 260.

(1089) Artículo 98 CC español: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

(1090) Esta misma distinción es puesta de manifiesto por Llamas Pombo, en tanto refiere que en función de la “buena fe” en el caso del artículo 98 CC, sí puede hablarse de indemnización en el sentido estricto de la expresión. LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob. cit., p. 260.

(1091) Sobre todo si consideramos, la autonomía de la voluntad, la disponibilidad sobre el derecho a la pensión compensatoria y el hecho de que pudieron existir durante la vigencia de la comunidad de vida, recompensas para quien tras la separación o divorcio sufre un desequilibrio y empeora su situación. En efecto Cabezuela Arenas, haciendo referencia al trabajo de un cónyuge mediante su permanencia en el hogar, sostiene que es posible que pueda haber aceptado otro tipo de recompensas o contrapartidas, disfrutando acaso un nivel de vida elevado proporcionado por los ingresos del otro esposo. CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., pp. 93-94. Así, podemos entender que en una situación general de comunidad de vida, pudieron existir recompensas equiparables que no serán determinadas sino hasta que se inste un proceso en el que se reclame la pensión, y no puede deducirse a priori la existencia de un daño. Digamos, que existe una suerte de “presunción de inocencia” del cónyuge que resulta mejor ubicado, y no suena justo imputar su status post crisis a la causación de un daño.

precisamente a una vocación de restituir y no de indemnizar de la compensación. Por lo dicho, creemos, se confirma un *carácter restitutorio* en la compensación por desequilibrio.

Considerando la relatividad de las circunstancias que rodearon la interacción patrimonial de los sujetos, y por ende las eventuales expectativas existentes y los valores de estas, es ardua la cuantificación y resulta difícil, incluso inapropiado, “solo restituir” en el sentido estricto de la palabra, motivo por el cual se opta por compensar.

c) **Carácter modulador o de ajuste**

Tomando en consideración que una comunidad de vida involucra una sociedad de producción y de consumo a efectos de incrementar las utilidades familiares, las crisis matrimoniales suponen un *riesgo* de que tales aportaciones e inversiones (interacción patrimonial proveniente de compromisos tácitos), sean o no reconocidas, o no restituidas. Más aún, incluso siendo reconocidas y restituidas no deja de existir un riesgo adicional consistente en que tales aportaciones o inversiones cuenten con un valor (subjetivo), distinto al atribuido para estas en el momento preciso de su aportación. En este caso, la compensación por desequilibrio no solo ha de restituir, sino además, adecuar o modular⁽¹⁰⁹²⁾ el valor de los recursos comprometidos. Es importante considerar, que las expectativas, en ausencia de las causas que generaron su aparición, conllevan por lo común, a que estas modifiquen su valor respecto al sujeto.

Este hecho, o específicamente, esta versatilidad funcional de la compensación por desequilibrio requiere de un concepto que permita una conveniente aproximación al nuevo valor. Ello, conjuntamente con el hecho de que las aportaciones o inversiones pueden haber estado basadas en el acogimiento por parte de uno de los cónyuges, a una determinada actividad o conducta que suponga ciertas renunciaciones con respecto a la inversión en el propio capital humano, y su especialización en el mercado laboral, y así (y en la medida que las renunciaciones no son cuantificables, entre otras cosas porque se trata de probabilidades), se apela a la consideración de ciertos costes de oportunidad, que resultan relevantes porque la asignación de tiempo en una determinada dirección, resulta ser menos rentable que la que ostenta el cónyuge que asignó su tiempo por otro cauce⁽¹⁰⁹³⁾.

(1092) Hay quienes podrían hablar de actualización.

(1093) La sanción de un desequilibrio y empeoramiento de situación anterior que experimenta un cónyuge a raíz de la separación o divorcio constituye en principio, un atenuante legal a los riesgos ínsitos en el matrimonio, un reconocimiento a los aportes “sombra” de una de las partes, y su retribución mediante la presunción de que las aportaciones de la pareja al equilibrio ostentado en la comunidad de vida fueron equitativos. Más aún, podríamos aplicar en ese sentido, lo que según Becker, significa que en un mercado competitivo el equilibrio a largo plazo exige que el valor actualizado de los rendimientos sea idéntico al de los costes. BECKER, Gary S. *El Capital Humano*. Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 40.

Debe rechazarse el planteamiento indemnizatorio en virtud de que tomando en cuenta que la asunción de un coste de oportunidad parte de una decisión libre y personal, dichos costes de oportunidad pueden ser compensados pero en ningún caso indemnizados, puesto que sostener lo contrario, supondría llegar a la incongruencia consistente en la indemnización de un daño por hecho propio.

En realidad los costes de oportunidad en este campo, representan una fórmula de cuantificación aproximada de las expectativas que han de compensarse; en tanto se entiende, que una persona realiza ciertas inversiones en función de ciertas expectativas, que de haber sabido que no se cumplirían, habría asignado su tiempo y sus inversiones a la siguiente mejor alternativa.

En cuanto a la naturaleza *indirecta*, nos inclinamos por considerarla *distributiva*, en tanto, esta institución está configurada como un instrumento de redistribución de riqueza a pequeña escala. Sin perjuicio de ello, en cuanto a su fin último, podemos reconocer de igual manera, una naturaleza *adjudicativa*.

20. Objeto

Entendemos el objeto como aquel punto de incidencia de la institución en cuestión.

En cuanto al objeto de la compensación por desequilibrio, hemos distinguido dos tipologías consistentes en uno *directo*, determinado por el propio desequilibrio económico con base en las expectativas y los costes de oportunidad; y, otro *indirecto*, determinado por la situación –personal y temporal– de uno de los cónyuges después de la separación o divorcio.

La distinción entre una y otra dimensión tiene mucho que ver con la amplitud del grupo social en cuestión. La incidencia sobre el desequilibrio económico, lo es sobre las relaciones particulares de los individuos, en cuanto a su calidad de cónyuges y a su pertenencia a un grupo familiar, no obstante, el empeoramiento de situación, apunta más a nuestro juicio, al consecuente posicionamiento de los individuos a nivel social, más allá de las fronteras familiares, en una nueva relación como meros ciudadanos. Entendemos pues, que la intención del legislador de equilibrar las situaciones patrimoniales desde el plano familiar, es una vía para lograr su posicionamiento en un contexto de igualdad de oportunidades a nivel social. Ciertamente, según Schultz, aquellos cambios que provocan pequeñas redistribuciones de los recursos implican que la transición es menos difícil de lograr que cuando los cambios requieren grandes redistribuciones⁽¹⁰⁹⁴⁾.

Este hecho puede quedar de manifiesto, si se atiende al sentido que otorga la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz (Sección 5), 27 de marzo, (AC 2000, 4915)

(1094) SCHULTZ, Theodore W. *Restablecimiento del equilibrio económico. Los recursos humanos en una economía en proceso de modernización*. Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, p. 58.

a la finalidad de la compensación por desequilibrio; “(...) la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en situación de potencial igualdad, facilitándole la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un status económico autónomo”.

Sin perjuicio de lo antes señalado, entendemos que este objeto directo o indirecto, es aquel sobre el cual se construye la institución de la compensación por desequilibrio. No obstante, hemos de matizar que el *derecho* de compensación por desequilibrio, tiene, por decirlo de alguna manera, un objeto distinto: el propio sujeto, y más específicamente, su *capital humano*.

21. Finalidad

Desde un punto de vista exegético, la compensación por desequilibrio persigue distintas finalidades, algunas de las cuales, en opinión de Zarraluqui⁽¹⁰⁹⁵⁾ pueden citarse como; el mantenimiento del nivel de vida –o el evitar su descenso–; el impedir un desequilibrio económico; colocar al cónyuge afectado en una situación de potencial igualdad de oportunidades a las que habría tenido acceso de no haber mediado el vínculo matrimonial; dotar al perjudicado de una herramienta para que este pueda proporcionarse nuevos medios de vida, pueda rehacerla, y conseguir una situación económica autónoma; y final y subsidiariamente atender sus necesidades básicas.

La jurisprudencia en cuanto a este aspecto, nos brinda una nutrida variedad de consideraciones. La Sentencia Audiencia Provincial Cádiz (Sección 5), 27 de marzo, (AC 2000, 4915), antes citada, refiere que la auténtica finalidad de la compensación por desequilibrio “(...) no es otra, (...), que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en situación de potencial igualdad, facilitándole la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un estatus económico autónomo”. Por su parte, la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18), 14 abril de 2000, (AC 2001, 1899) señala: “(...) su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio, separación o divorcio, colocándole en una situación de igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el vínculo matrimonial”; o bien, como señala la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18), 19 enero de 1999, (AC 1999, 2983), “(...) favorecer el menor trauma económico para el cónyuge más perjudicado (...)”.

No obstante ello, y aunque todas aquellas finalidades son con ciertos matices, concurrentes dentro del planteamiento de la compensación por desequilibrio, nos inclinamos por considerar a todas orientadas al restablecimiento del equilibrio

(1095) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. *La pensión compensatoria y otras prestaciones económicas derivadas de la separación el divorcio y la nulidad matrimonial*. Cuadernos de Familia, La Ley, julio 2000.

imperante durante la vigencia de la comunidad de vida. Así, todas aquellas finalidades pueden resumirse en lo que para Marín García De Leonardo significa una finalidad orientada a evitar consecuencias injustas e inoculadoras⁽¹⁰⁹⁶⁾.

21.1. Directa

A nuestro juicio, y en atención a esta doble perspectiva de la finalidad; la finalidad *directa* está determinada por el restablecimiento del equilibrio que se ostentase durante la vigencia del periodo de normalidad de la comunidad de vida mediante la compensación o si se quiere, retribución de las expectativas legítimas y costes de oportunidad. Este criterio general ha sido expuesto por cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus Sentencias 43/2005 y 307/2005, las cuales, hacen referencia a una finalidad reequilibradora de la compensación por desequilibrio.

21.1.1. El equilibrio obligacional

Consideramos que en cuanto a este restablecimiento de equilibrio, lo es de un *equilibrio obligacional*. En efecto, el artículo 97 del Código Civil español hace referencia a un desequilibrio económico, sin embargo, aunque el sentido que se le ha venido dando es el que puede asimilarse al de una determinada capacidad adquisitiva, reiteramos que es económico en sentido amplio, es decir, patrimonial. Así, y en la medida que los compromisos y las obligaciones forman parte del patrimonio personal, ha de restablecerse el equilibrio económico entre compromisos y expectativas (legítimos). La lógica de este planteamiento se encuentra en que inexistente ya el vínculo matrimonial o de hecho, y el marco o *contexto* específico que regía la interacción que determinaba el *equilibrio* antecesor, el único estado susceptible de restablecer, es aquel en el cual lo otorgado y lo recibido ostente un equilibrio o paridad respecto de los compromisos previos y su cumplimiento.

21.2. Indirecta

Sin perjuicio de ello, estimamos que la finalidad *indirecta* o superior de la compensación por desequilibrio radica en una vocación de igualdad, la misma en términos generales se sustenta en un principio de igual acceso de oportunidades. Ahora bien, no obstante ello, consideramos que tal igualdad ha de ser entendida en el sentido de *equivalencia* o “igualdad nominativa”.

(1096) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*. Verda y Beamonte, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 217. Otros autores como García Cantero estiman que la finalidad fundamental de la pensión es la compensatoria CASTÁN TOBENAS, José. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo V, Derecho de Familia, Undécima edición, García Cantero, Gabriel y Castán Vázquez, José María.(Rev.). Reus, Madrid, 1987, p. 1028; según este autor, “se trata de una finalidad compensatoria (...) derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculadas al matrimonio y que constituían el ‘tren de vida’ del hogar”. GARCÍA CANTERO, Gabriel. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dir. Albaladejo, Manuel. Tomo II, Madrid, 1982, p. 436.

21.2.1. La equivalencia

El concepto de *equivalencia* es para nosotros más coherente con la idea de proporcionalidad y justicia, en cuanto a los compromisos y expectativas de los individuos que el de igualdad en sentido estricto. Ciertamente, Roca Trías⁽¹⁰⁹⁷⁾ sostiene que una idea dura pero muy clara, es que el divorcio no es un sistema creado para aliviar la necesidad, como tampoco lo es el matrimonio, con lo que cabe pensar que aboga por la autonomía de la voluntad de los contrayentes y las consecuencias que sus decisiones pueden acarrear.

Así pues, puede que el trasfondo de esta vocación de igualdad, se encuentre en la respuesta que encuentra Roca Trías⁽¹⁰⁹⁸⁾, para la existencia de un derecho como el de la compensación por desequilibrio. Dicha autora se pregunta ¿por qué debe existir una compensación de un cónyuge a favor del otro como consecuencia del divorcio? A lo que añade que existe una tensión evidente entre la autonomía de los divorciados y la de la injusticia de quien ha dedicado su vida a un matrimonio que deja de existir. Así, –continúa– porque el matrimonio se disuelve, a diferencia de la familia, que se mantiene y muy posiblemente esta afirmación sea una de las razones de esta pretendida solidaridad posconyugal, que no es tal, sino un modo de evitar que el excónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento”⁽¹⁰⁹⁹⁾, agrega asimismo que “si se quiere afrontar la solución de este tema con criterios de racionalidad, únicos posibles en el ámbito jurídico, habrá que utilizar criterios económicos para plantear el problema en sus justos términos y para ello es útil considerar que el derecho a la pensión se adquiere a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales y es una herramienta para eliminar incentivos financieros distorsionantes y no para librar a uno de los cónyuges de la necesidad”.

21.3. Posicionamiento, redistribución y adjudicación

Pues bien, y en atención a lo anteriormente señalado, consideramos que el restablecimiento del equilibrio obligacional, se produce antes que con un criterio de igualdad, mediante la equivalencia (equilibrio en el valor de las prestaciones). Con dicho restablecimiento, a su vez, la finalidad de la norma puede entenderse como un ánimo de posicionamiento social determinado de los individuos en virtud de la redistribución y adjudicación de ciertos recursos.

22. Fundamento

Con referencia al fundamento de la compensación por desequilibrio, la doctrina ha esbozado una serie de ideas. Entre ellas, se pueden resaltar algunas tales

(1097) ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y Cambio Social (De la casa a la persona)*. Civitas, Madrid, 1999, p. 187.

(1098) Ídem.

(1099) Ídem.

como: que el matrimonio es una institución que proyecta sus efectos más allá de su vigencia; un principio de solidaridad posconyugal⁽¹¹⁰⁰⁾, la cesación de la vida en común, la cooperación en la conformación del nivel de vida; la disminución de expectativas de bienestar económico que el matrimonio había creado a otro cónyuge, entre otros⁽¹¹⁰¹⁾. Por lo que a nosotros concierne, debemos establecer que a nuestro juicio, el fundamento de la compensación por desequilibrio se configura como las demás características, a nivel genérico por vía de dos cauces. Así, tenemos un fundamento *directo* o primario configurado por el *enriquecimiento indebido*, o lo que hemos venido a denominar “empobrecimiento ilegítimo”⁽¹¹⁰²⁾, y uno *indirecto* o superior, determinado por la *equidad*.

En ese orden de ideas, estimamos al igual que Martínez Escribano⁽¹¹⁰³⁾, que el fundamento (primario) de la compensación por desequilibrio, radica –en principio– en el *enriquecimiento indebido*. Asimismo y a su vez, el sentido en el que se fundamenta el enriquecimiento indebido, reposa sobre un criterio de equidad. Así, ulteriormente, como un fundamento indirecto o superior, coincidimos con De La Cámara⁽¹¹⁰⁴⁾, quien sostiene que el fundamento de la compensación por desequilibrio es la *equidad*.

(1100) En opinión de Marín García De Leonardo, el sentido de cierta solidaridad posconyugal es equivocada, más aún en los modelos de matrimonio actuales que escapan a la antigua figura tradicional. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*. Verda y Beamonte, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 215. Sobre el particular nos mostramos de igual manera en contra de una consideración acerca de la solidaridad posconyugal, ya que, estimamos que más que de un principio de solidaridad posconyugal, se trata de lo que corresponde a la Ley en su cometido de fuente de información dentro de la esfera del Derecho de Familia.

(1101) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria y otras prestaciones económicas derivadas de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial*. Cuadernos de Familia. La Ley, julio 2000. De igual manera, y dentro de esta diversidad Pérez Martín señala que el fundamento de la compensación por desequilibrio es objetivo, y basado en la diferencia del nivel de vida de los cónyuges en relación al estatus matrimonial, en el que intervienen factores de todo tipo, tales como compensatorios, asistenciales e indemnizatorios. PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. En: V.V.A.A. *Comentarios al Código civil*. Domínguez Luelmo, Andrés. (Dir.) Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 205.

(1102) Para mayor detalle sobre el planteamiento del enriquecimiento ilegítimo en la compensación por desequilibrio; ORTIZ SOLÉ, Abelardo. *El altruismo y la equidad en las crisis familiares. Los fundamentos jurídicos de la compensación por desequilibrio*. Universidad de Salamanca, 2011, véase: <<http://tdx.cat/handle/10803/29054>>.

(1103) MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. “Comentarios del nuevo artículo 97 del Código civil”. En: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*. Ley 15/2005, de 8 de julio. Director Guilarte Gutiérrez Vicente. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005.

(1104) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. “En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid, 1985, comparte esta opinión, Marín García De Leonardo. Ob. cit., p. 228.

XIV. PLANTEAMIENTO DE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO EN EL HOGAR EN CATALUÑA

Cabe aquí y a estas alturas, hacer referencia a algunos matices, o tratamientos análogos y cercanos a la compensación por desequilibrio, con base en las aportaciones del Derecho autonómico en España. Este es el caso particular de la compensación por desequilibrio y la compensación económica por razón de trabajo en el hogar contempladas en el *Codi de Família* de Cataluña.

23. Compensación por desequilibrio catalana

La legislación autonómica de Cataluña establece también la figura de la compensación por desequilibrio en el *Codi de Família*, y aunque en términos generales goza de semejantes características de la compensación regulada por el Código Civil español, existen ciertos matices distintivos a tomar en cuenta de manera referencial.

A propósito de ello, el artículo 84.1 del *Codi de Família* reza literalmente que: “El cónyuge que a consecuencia del divorcio o de la separación judicial, vea más perjudicada su situación económica y, en caso de nulidad, solo respecto del cónyuge de buena fe, tiene derecho a recibir del otro una pensión compensatoria que no exceda al nivel de vida del que disfrutaba durante el matrimonio, ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago”.

Resulta claro que la base es la misma que la del artículo 97 del Código Civil español, y aunque no se hace una referencia explícita al desequilibrio y empeoramiento de situación anterior al matrimonio, se puede colegir una vocación análoga respecto a los objetivos de la norma. Llama la atención que el legislador catalán haya incluido también el supuesto de nulidad que el Código Civil español aparta en el artículo 98, y que en ese sentido no se distinga desde nuestra perspectiva, la calidad indemnizatoria y compensatoria de uno y otro derecho. Por otro lado, parece ser que antes de recurrir a un concepto de equilibrio, se recurre a un referente objetivo consistente en el nivel de vida⁽¹¹⁰⁵⁾. Asimismo, se observa una incidencia en un criterio de proporcionalidad puesto de manifiesto mediante una referencia explícita a la relación existente entre el nivel de vida y las capacidades del obligado⁽¹¹⁰⁶⁾.

(1105) En buena cuenta, ambos conceptos o enfoques no son ni excluyentes ni poco relacionados entre sí, ya que, el nivel de vida es consecuencia directa de una determinada situación de equilibrio.

(1106) Dicho criterio de proporcionalidad puede también verse en sentido inverso, y de esta manera establecer una presunción por la cual si las inversiones del peor situado contribuyeron al estatus del mejor situado, es coherente que las obligaciones de este queden supeditadas a su capacidad, así indirectamente relacionada a las inversiones de su exconsorte.

Por su parte, los criterios para la fijación de esta compensación, versan sobre consideraciones similares, tales como la situación económica resultante para los cónyuges a consecuencia de la nulidad, la separación o el divorcio; las perspectivas económicas previsibles para uno u otro, la duración de la convivencia conyugal, la edad y estado de salud de ambos cónyuges, y cualquier otra circunstancia relevante.

En este tenor se manifiesta la Sentencia Audiencia Provincial núm. 308/2006 Barcelona (Sección 18), de 2 mayo, (JUR 2006, 272347) al establecer: “por lo que se refiere a la pensión compensatoria, presupuesto necesario para que surja el derecho, según dispone el artículo 84 CF (LCAT 1998, 422, 521) es que la ruptura matrimonial produzca un desequilibrio económico en la posición de uno de los cónyuges en relación con la del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior, de ahí que según criterio reiterado de este tribunal, deba tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio a fin de determinar si por la separación o el divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en el nivel de vida, y solo en el caso de producirse y probarse tal deterioro, que ha de tener cierta relevancia o entidad, procederá la pensión compensatoria; por ello, si ambos cónyuges cuentan con bienes o ingresos propios suficientes para seguir manteniendo un nivel de vida similar al disfrutado en constante matrimonio, no procederá el derecho a pensión aunque exista notable diferencia entre el patrimonio de los cónyuges separados”.

Con todo, y no obstante, la nota peculiar en sede del Derecho autonómico catalán, la determina la referencia a una circunstancia concerniente a la compensación económica regulada por el artículo 41.1 del mismo cuerpo legal, esto es, la compensación económica por razón de trabajo.

24. Compensación económica por razón de trabajo

El artículo 41.1 del CF. establece de manera particular, lo que en nuestra opinión significa un derecho de retribución en favor de quien realizó sus aportaciones o inversiones mediante el trabajo para el hogar –exclusivamente en el régimen de separación de patrimonios–, en caso de que a causa de estas, frente a la separación, divorcio o nulidad, se genere una situación de desigualdad que implique un enriquecimiento injusto.

El citado artículo establece que “en los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge, tiene derecho a recibir de este una compensación económica, en caso de que se haya generado, por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto”.

El artículo en cuestión se dedica exclusivamente al trabajo realizado por uno de los cónyuges “para la casa” o “para el otro cónyuge”, y aunque desde el punto de vista de las circunstancias de la compensación por desequilibrio, tiene semejanzas con los incisos 4 y 5 del artículo 97 del Código Civil español, referente a su determinación con base en la dedicación pasada y futura a la familia y a la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, este artículo guarda un tratamiento distintivo acorde con el planteamiento del artículo 1438 del Código Civil español⁽¹¹⁰⁷⁾. Tal similitud con el planteamiento del citado artículo 1438 CC, queda de manifiesto igualmente, si consideramos que esta compensación por razón de trabajo en el hogar es una norma de liquidación del régimen de separación de bienes aplicable solamente cuando el régimen se extingue y se liquida en los casos de divorcio, nulidad o separación⁽¹¹⁰⁸⁾. Con ello, en virtud de lo concerniente a los riesgos ínsitos en cada régimen económico matrimonial, acertadamente Solé Resina⁽¹¹⁰⁹⁾ señala que esta compensación persigue, en definitiva, la comunicación de bienes entre las masas patrimoniales que, de otro modo, permanecerían inalteradas por la liquidación. Es decir, considerando que la separación de bienes involucra en buena cuenta la independencia de los capitales –tanto humanos como materiales– privativos de cada cónyuge, y por ende, la rentabilidad de estos será independiente, se busca retribuir la contribución –entendida como trabajo para el hogar– de uno de los cónyuges sobre el capital del otro cónyuge que implique un enriquecimiento pasivo de este último.

En tal sentido, el artículo 41.1 del *Codi de Família*, tiene la peculiaridad y especificidad de referirse a una retribución, delimitando así una sutil frontera entre las expectativas y los costes de oportunidad generales asumidos por uno de los cónyuges y el “trabajo real” susceptible de retribución, parcial o totalmente llevada a cabo, por uno de ellos en favor del hogar o del otro cónyuge.

24.1. Presupuestos de legitimidad

Ahora bien, la configuración que hace la ley de dicha figura es en nuestra opinión, cuidadosa de dejar claro que la compensación en cuestión no es gratuita. Existen así, ciertos presupuestos de legitimidad para el otorgamiento o reconocimiento del derecho. Así por un lado, es necesaria la realización previa por parte de uno de los cónyuges de una actividad susceptible de ser considerada como

(1107) El artículo 1438 del Código Civil español, también relativo al régimen de separación de patrimonios, establece: “los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

(1108) GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen; YSÁS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith. *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*. Cálamo producciones editoriales, Barcelona, 2003. p. 317.

(1109) *Ibidem*, p. 318.

trabajo para el hogar o para el otro cónyuge; de otro lado, la inexistencia o insuficiencia de retribución, así como una relación de causalidad entre dichos requisitos materializada por una situación de enriquecimiento injusto. Esto, dicho de otra manera, en opinión de Montero Aroca⁽¹¹¹⁰⁾ se traduce en que esta compensación⁽¹¹¹¹⁾ no responde solo a la desigualdad patrimonial, sino que presupone también que la desigualdad ha tenido un origen concreto, el que uno de los cónyuges, sin retribución o con retribución insuficiente, se haya dedicado a la casa o a trabajar para el otro cónyuge.

24.2. Compensación económica por razón de trabajo y cargas familiares

Este tipo de compensación guarda una estrecha relación con la aportación a las cargas familiares. En efecto, Egea⁽¹¹¹²⁾ advierte que se ha de tener en cuenta también que la contribución a las cargas familiares guarda una directa relación con la compensación económica prevista en el artículo 41 CF para los casos de separación judicial, divorcio o nulidad en que se haya generado un desequilibrio patrimonial que implique un enriquecimiento injusto, tras lo cual matiza, que no es que

(1110) MONTERO AROCA, Juan. *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 339.

(1111) El autor se refiere a ella como indemnización.

(1112) EGEA FERNÁNDEZ, Joan. *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions de situacions convivencials d'ajuda mútua*. EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I BIBA, Josep (Directores). Tecnos. Madrid, 2000, p. 109. Asimismo, como ya lo indicáramos, en opinión de Solé Resina, no obstante la actividad que se toma en cuenta coincide con una de las formas de contribución a los gastos familiares establecida en el artículo 5 del Codi de Família, la misma actividad no puede computarse a la vez como obligada de contribución a las cargas de la familia y como una actividad que da derecho a la compensación económica, ya que a su juicio se produciría una duplicidad contable carente de justificación, por lo que añade, que solamente cabe la compensación en los supuestos en los cuales se dé lo que la doctrina ha venido a denominar la sobrecontribución del cónyuge acreedor, es decir, la actividad que sobrepase la contribución exigida por el artículo 5 del Codi de Família, artículo que esboza el concepto y amplitud de las cargas familiares. SOLÉ RESINA, Judith. En: GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen; YSÁS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith. Ob. cit., p. 318-319. No obstante, como ya indicáramos, encontramos algunos inconvenientes en el planteamiento de la sobrecontribución a efectos de determinar una base sobre la cual estimar un derecho de compensación, tomando en cuenta la subjetividad de las aportaciones y el valor otorgado matrimonio constante a las distintas actividades realizadas durante la vigencia de la unión. Sin perjuicio de ello y de los motivos antes expuestos, por los cuales nos parece inviable esta teoría, podemos considerar que desde el punto de vista de la sobrecontribución, tendríamos que considerar la existencia objetiva de una “contribución normal” compuesta por todas aquellas aportaciones del cónyuge a la familia que involucren una especialización y una asignación de tiempo limitados y que generen una distribución del trabajo que no involucren un sacrificio excesivo de ingresos por vía del mercado monetario en la medida que dicha “sobrecontribución” involucra la merma de la rentabilidad del capital humano con base en un plus en la asignación de tiempo a favor del hogar y/o el otro cónyuge; así –sí apelamos a dicho planteamiento– el juez con base en los hechos determinará si ha existido o no tal sobrecontribución. Sin embargo como ya lo pusimos de manifiesto, los márgenes de eficiencia y la distribución del trabajo en el hogar son un tópico subjetivo y particular, sobre el cual la ley no puede presuponer la existencia de desproporcionalidad o mucho menos de injusticia en el establecimiento de las proporciones. Entendemos pues, que la sobrecontribución es indeterminable a priori y se puede prestar a oportunismos posteriores. Bajo estas consideraciones, la sobrecontribución solo puede ser entendida como el resultado de la operación referida por Egea llevada a cabo por el juez mediante un juicio de equidad.

el trabajo doméstico se tenga en cuenta dos veces (una como contribución a las cargas familiares y otra para fijar la compensación referida), sino que, como acertadamente ha resuelto la S.A.P. Girona 3 de marzo de 1997, para calcular la compensación económica se ha de restar, al valor del trabajo realizado, lo que el cónyuge solicita para la compensación en relación con su contribución como carga familiar.

24.3. Principio de igualdad y retribución

El fundamento de este tipo de compensación reside pues, en la retribución de las aportaciones en un régimen económico que reposa sobre la libertad e independencia económica, así como en la autonomía de los cónyuges como la base del rendimiento económico familiar. Así, Solé Resina⁽¹¹¹³⁾ nos dice que tomando como referencia el principio de igualdad entre los cónyuges, cuando uno de los cónyuges se ocupa de la casa o de los hijos, en mayor proporción de lo que le corresponde, enriquece a su consorte que deja de pagar a alguien que se ocupe de ello en su lugar y dispone de más tiempo para dedicar a su profesión o empresa. En todo caso, –añade– además, se debe tener presente el coste de oportunidad que ello supone para el que desarrolla la actividad contemplada.

25. Compatibilidad de ambos derechos

Ahora bien, aun cuando ambas compensaciones (las de los artículos 41 y 84.1 CF) no son en absoluto excluyentes, (en efecto, el artículo 41.3 CF establece que “el derecho a esta compensación es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge beneficiado, y debe ser tenido en cuenta para la fijación de estos otros derechos”), y si bien es cierto, existe una distinción en cuanto a que la compensación por trabajo en el hogar consiste en una norma referida a la liquidación del régimen económico de separación de patrimonios, es conveniente apreciar que existen ciertos elementos dignos de mención en cuanto a las disparidades de dichas figuras.

26. Distinción de ambos derechos

Podemos deducir, que otra de las razones de la distinción legal y especificidad entre uno y otro caso, con temor a equivocarnos, se debe a la voluntad de separar ambos conceptos en función de la objetividad de una frente a la otra, y de reducir los costes de determinación de un derecho más amplio, mediante la subdivisión, o si se quiere, la esquematización de ambas figuras. Es decir, aun cuando y si bien es cierto, ambas compensaciones involucran amplios criterios subjetivos, la compensación por razón de trabajo ofrece, respecto a la compensación por desequilibrio, una mayor probabilidad de objetividad, por el hecho de que incide en un menor número de consideraciones

(1113) GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen; YSÁS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith. Ob. cit., p. 319.

para su determinación⁽¹¹¹⁴⁾. En tal sentido, es conveniente anotar, que puede darse el caso en el cual, el que uno de los cónyuges, resulte más perjudicado que el otro tras la separación, el divorcio o la nulidad, se deba “únicamente” a la incidencia de uno de ellos en el trabajo para el hogar o para el otro cónyuge y de esta manera –si así lo acuerdan los cónyuges– se prescinda de realizar otro tipo de exámenes por estimar que mediante esta sola compensación se ha dado solución al problema. Esta sería la explicación de que el propio artículo 41.3 CF establezca que la compensación económica por razón de trabajo ha de ser tenida en cuenta para la fijación de otros derechos tales como la compensación por desequilibrio.

Ahora bien, es conveniente matizar además, que si bien la rentabilidad de ciertas aportaciones y los costes de oportunidad se dan de manera complementaria, del mismo modo, hemos de considerar que en algunos supuestos los costes de oportunidad pueden autocompensarse⁽¹¹¹⁵⁾, por lo que es perfectamente factible que solo se configure uno de los dos derechos. Con esta distinción entonces, se reducen los costes de determinación de las causas que originaron el desnivel patrimonial de ambos luego de la ruptura del vínculo.

27. La retribución

Finalmente, y tras lo dicho, consideramos relevante hacer ciertas precisiones acerca de la retribución a la que apela la ley como base de determinación del derecho. Este tema en particular resulta bastante complejo, sobre todo si consideramos que las decisiones referentes a la distribución de recursos y las obligaciones (y la medida en que estos son distribuidos) son no solo subjetivas, sino también, que forman parte de un entramado de consideraciones de cada uno de los miembros, en función de las perspectivas propias y de los demás miembros de la familia. Nos referimos con esto, a que cada miembro de la familia se coloca dentro de la misma, en una posición en la cual sus rendimientos privados –contemplando ciertos sacrificios–, son los máximos posibles para que a nivel colectivo los rendimientos sean los óptimos. Así y de esta manera, se establece un equilibrio, mediante el cual, los sacrificios a nivel privado son compensados por las utilidades colectivas, que colocan a cada uno de los miembros en la mejor posición posible dentro de una comunidad de vida.

(1114) Más aún si consideramos que la compensación por razón de trabajo permite en algunos casos y en mayor medida recurrir a simples operaciones aritméticas, frente a la compensación por desequilibrio que usualmente recurre a operaciones de cálculo de probabilidades más complejas.

(1115) Un supuesto de autocompensación de los costes de oportunidad puede acaecer como consecuencia de una determinada especialización e inversión en capital humano, por la realización de una actividad a favor del otro cónyuge, en la que antes del matrimonio o la unión no se tenía pericia, y que después de la ruptura pueda ser susceptible de generar una rentabilidad tan alta como la especialización que ostenta el otro cónyuge.

Ello nos impide en principio referirnos a una retribución objetiva a posteriori, en la medida que, en cada caso, todos los sacrificios –en principio– han sido compensados por otro tipo de bienes en un determinado statu quo, y la determinación de la medida de dicha compensación es, sino imposible, tremendamente complicada⁽¹¹¹⁶⁾.

En atención a ello, resulta sumamente difícil la determinación objetiva de la inexistencia o insuficiencia de la retribución por el trabajo en el hogar o en favor del otro cónyuge, si por ejemplo, consideramos como Cabezuela Arenas⁽¹¹¹⁷⁾, que es posible que un cónyuge mediante su permanencia en el hogar, o su trabajo en favor de la familia y/o su consorte, pueda haber aceptado otro tipo de recompensas o contrapartidas, disfrutando acaso un nivel de vida elevado proporcionado por los ingresos del otro esposo.

Otro criterio a considerar es el expuesto por Schultz⁽¹¹¹⁸⁾, en tanto pone de manifiesto que existe la creencia de que las pérdidas que son consecuencia de los riesgos no asegurables son compensadas por las ganancias que se obtienen por soportar dichos riesgos.

Ahora bien, en caso de pretender determinar la retribución “conveniente” habría que considerar, en primer término la cuantía del “precio sombra”⁽¹¹¹⁹⁾ determinado por el trabajo en el hogar, sin embargo, ello, como ya indicáramos es una tarea harto difícil ya que las aportaciones de un miembro de la familia dedicado al hogar superan ampliamente a las de un(a) empleado(a) doméstico(a); sin perjuicio de las consideraciones concernientes a la dignidad de dicho miembro al recibir una retribución equivalente a la de un oficio ejecutado por un extraño.

Puesto esto así, o consideramos un precio “objetivo”, o un precio basado en un potencial de rendimiento (coste de oportunidad). Esta sería más o menos la explicación de que, ante tal dificultad, se opte por el coste de oportunidad⁽¹¹²⁰⁾. En buena cuenta, el artículo en cuestión creemos, busca actualizar el valor de las aportaciones realizadas, a través del trabajo para el hogar.

(1116) Esta dificultad es la que puede propiciar conductas oportunistas. Asimismo, por esta consideración, en determinadas ocasiones –y sin perjuicio de lo señalado respecto a la mayor vocación objetiva de la compensación por trabajo en el hogar– resulta más fácil recurrir al remedio determinado por la compensación por desequilibrio y simplemente “equilibrar situaciones”, que averiguar qué tipo de retribuciones existieron durante la vigencia del vínculo y atribuirles a estas un valor objetivo.

(1117) CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. Ob. cit., p. 93-94.

(1118) SCHULTZ, Theodore W. *Restablecimiento del equilibrio económico. Los recursos humanos en una economía en proceso de modernización*. Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, p. 70.

(1119) El precio sombra se puede definir como el valor atribuido a recursos que no tienen un precio de mercado preciso, así el precio sombra normalmente equivale a un coste de oportunidad.

(1120) Nótese en ese sentido, que las aportaciones o inversiones desmedidas también son objetivables en función de sus costos de oportunidad.

En consecuencia, la referencia legal a la inexistencia de retribución puede ser entendible, sin embargo, la de una retribución insuficiente, resulta algo complicado de determinar⁽¹¹²¹⁾. Si quisiéramos determinarla, tendríamos que preguntarnos, si, el cónyuge que permaneció en el hogar debería recibir una retribución conforme al trabajo específico realizado, o por el contrario, conforme a las capacidades y potenciales de mercado que posee y que sacrifica por permanecer en el hogar. Sin embargo, todo ello no deja de representar algunos problemas. En efecto, en la medida que no es posible determinar objetivamente qué valor ha atribuido el cónyuge que permaneció en el hogar a sus sacrificios –o pérdidas si se quiere– podríamos cuestionarnos, ¿por qué, teniendo un determinado potencial, permaneció en el hogar?; o incluso, ¿no podría con la misma lógica, su consorte, reclamar una compensación en virtud del tiempo, que a causa de sus ocupaciones de mercado, ha dejado de pasar con sus hijos, y los conflictos futuros en las relaciones paterno-filiales que este hecho puede generar? Este es en suma, a nuestro juicio, un tema cuya solución resulta sumamente complicada, sobre todo y en la medida, que compete consideraciones de tipo moral, no obstante, mantenemos nuestra idea acerca de un criterio restitutorio antes que uno retributivo.

28. Relación de causalidad

Sin perjuicio de lo antes descrito, es necesaria la existencia de una relación de causalidad entre el trabajo del cónyuge para la casa o el otro cónyuge y una situación de desigualdad entre ambos patrimonios, que implique un enriquecimiento injusto, esto es, desde nuestro punto de vista, una anomalía en cuanto a la aportación y las expectativas.

XV. CONCLUSIÓN

Por lo antes expuesto, y en conclusión, la compensación por el trabajo en el hogar no será otra cosa que un método de llegar a una situación de equilibrio análoga a la otorgada por la compensación por desequilibrio, aunque el nombre sea distinto. Con dicha norma –o si se quiere, con dicha distinción típica– el legislador se anticipa y presume una posible causa de desequilibrio para la cual ofrece un remedio en particular, con el cual se puede prescindir de otro tipo de consideraciones subjetivas. En todo caso, la elección de la aplicación para un caso en concreto de una u otra figura (o de ambas) compete en principio a las partes en virtud del principio de rogación, y en última instancia al criterio discrecional del juez.

(1121) A menos que, mediante capitulaciones matrimoniales, los cónyuges hayan pactado alguna manera de medir dicho trabajo. Con todo, la insuficiencia es difícil no solo de determinar, sino incluso; de sustentar. La subjetividad en la atribución del valor es la causa; uno de los cónyuges puede haber invertido sus recursos con cargo a contraprestaciones inmateriales tales como el disfrute del tiempo de los hijos, o la rentabilidad de sus hijos en función del tiempo invertido en ellos.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV, Derecho de Familia. Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- ANGOSTO SÁEZ, José F. *La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del artículo 97 C.c.* En: Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada. Volumen I. Almería, 2000.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*. Tirant lo blanch. Valencia, 2006.
- BAYO DELGADO, Joaquín. “Los límites de la pensión compensatoria”. En: *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*. Asociación española de abogados de familia. Dykinson, Madrid, 1997.
- CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil*. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
- GARRIDO MEDINA, Luis y GIL CALVO, Enrique. (Eds). *Estrategias familiares*. Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Librería Bosch, Barcelona, 1986.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo V. Derecho de Familia. Undécima edición. GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁSQUEZ, José María.(Rev.). Reus, Madrid, 1987.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil*. En: Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero. Madrid, 1985.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil Volumen IV*. Editorial Tecnos. Madrid, 1983.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan. En: *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions de situacions convivencials d'ajuda mútua*. EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I.
- BIBA, Josep (Directores). Tecnos, Madrid 2000.
- ELSTER, Jon. *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*. Gedisa editorial Barcelona, 1991.
- GARCÍA VARELA Román. En: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, (Coordinador) *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Bosch, 2006.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: En. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Dir. ALBALADEJO, Manuel. Tomo II. Madrid, 1982.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen; YSÁS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith. *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*. Cálamo producciones editoriales, Barcelona, 2003.
- GHERSI, Enrique. *El costo de la legalidad. Una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho*. En: *Themis*, N° 19. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991.
- GONZÁLES VICENTE, Pilar (Coordinadores). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Sepín Editorial Jurídica. Madrid, 2005, p. 433.
- HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. “La pensión compensatoria y sus condiciones”. En: *Diez años de abogados de familia*. Asociación española de abogados de familia. La Ley. Madrid, 2003.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. José María Bosch Editor, Barcelona 1990.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.). *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*. La Ley. Madrid, 2009.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*. VERDA Y BEAMONTE, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”. En: diario *La Ley*, 2001, Ref. D-245, Tomo 7.
- MONTERO AROCA, Juan. *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*. Dykinson, Madrid, 2001.
- ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*. Civitas, Madrid, 1999.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. En: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I Riba. (Directores). *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María. Paz. *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*. Editorial Comares, Granada, 2005.
- SCHULTZ, Theodore W. *Restablecimiento del equilibrio económico. Los recursos humanos en una economía en proceso de modernización*. Gedisa Editorial, Barcelona, 1992.
- SEOANE PRADO, Javier. “Prestaciones económicas: Derecho de alimentos y pensión compensatoria”. En: GONZÁLES POVEDA, Pedro, y GONZÁLES VICENTE, Pilar (Coordinadores): *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005.
- VERDA Y BEAMONTE, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- VON IHERING, Rudolf. *El fin en el Derecho*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria y otras prestaciones económicas derivadas de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial*. Cuadernos de Familia. La Ley, julio de 2000.

ANEXO 1

Corte Suprema de Justicia de la República

Tercer Pleno Casatorio

Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio civil realizado por las salas
Civiles permanentes y Transitoria de la

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

CAS. N° 4664-2010-PUNO

CAS. N° 4664-2010-PUNO. En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta: I. DEL PROCESO. La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21. Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo: 1. DEMANDA. Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, René Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Midan Huaquipaco Ortiz. Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 6 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Midan, nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente. Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Midan; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesoriosa se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición. 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL. Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta. 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN. Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvencción en los siguientes términos: 3.1. Contestación. La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para

su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que este le remitía. Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquellos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Midan que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

3.2. Reconvencción. Interpone reconvencción para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/. 250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvenccional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada. Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US\$. 6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material. El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniente padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. Por sentencia de 29 de enero de 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvencción sobre indemnización de

daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos. Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años. Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hanco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado [debe decir 50%], tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186. También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas. Con respecto a la reconvenición por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y solo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco. Se ha establecido que el demandante: a) recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor, así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 [debe decir 59 a 72]⁽¹⁾, las que no han sido cuestionadas por el demandante; b) promovió actos

(1) De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 8 y 21 de julio de 1981, 3 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90⁽²⁾, las que tampoco han sido cuestionadas; c) rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y d) inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por lo tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada. 5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. A fojas 322, René Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que esta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos. Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre de 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la

- (2) A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román-Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicológico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 6 de mayo de 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.

pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes. En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues esta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58⁽³⁾, no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por este al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156. Estos hechos probados no solo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquella por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual. En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrato de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrato de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante. A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo. Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil. En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto esta se fijó en el proceso de prorrato de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si esta aún se encuentra vigente, más

(3) De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y preuniversitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet preuniversitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro preuniversitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.

aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvencción) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente. Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, esta debe integrarse con arreglo al artículo 370 del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA. René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvencción sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles).

7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa– toda vez que la reconvencción por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquella, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos. Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictorias, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política. No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre de 2010.

II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES. Por resolución del 17 de noviembre de 2010, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 3 de diciembre de 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre de 2010 a horas diez de la mañana. Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios

distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones N°s 5106-2009-Lima⁽⁴⁾, 1585-2010-Lima⁽⁵⁾, 5512-2009-Puno⁽⁶⁾, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general. El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema. III. CONSIDERANDO: 1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA. 1.- Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. La doctrina⁽⁷⁾ considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros⁽⁸⁾.

- (4) En este proceso, el juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de este de forma deliberada.
- (5) Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que este se había trazado.
- (6) En este proceso en particular, el juez de primera instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demanda incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.
- (7) Benda, Maihofer, Vogel, Nesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.
- (8) Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires-Eudeba, 2000, pp. 44-45.

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales. 2.- Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un “mínimo de garantías” que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho “(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los procedimientos deben ser puestos al servicio de los contenidos, desde el momento en que aquellos son nada más que medios instrumentales al servicio de ciertas finalidades”⁽⁹⁾. 3.- Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho⁽¹⁰⁾. El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo “(...) el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho”. Y luego agrega el mismo autor que: “Estado de Derecho y Estado democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho (...)”⁽¹¹⁾. En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: “Esta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de ‘todos’ los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma⁽¹²⁾. 4.- Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado

(9) Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. cit., p. 50.

(10) Constitución, artículo 43.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

(11) Curso de Derecho Constitucional, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.

(12) Ob. cit., p. 202.

social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional⁽¹³⁾ comprometido con la justicia social; el atributo social comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario⁽¹⁴⁾. Häberle precisa además que: “Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de ‘Estado Constitucional’, por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas”⁽¹⁵⁾. Como puede apreciarse, una de las notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección. 5.- La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio⁽¹⁶⁾. Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiendo el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros. 6.- La denominación de Estado “democrático y social” de Derecho solo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, “(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no solo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un

(13) La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.

(14) Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.

(15) *Ob. cit.*, p. 226.

(16) Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

ejercicio efectivo del Derecho⁽¹⁷⁾. Tales condiciones materiales se dan no solo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad. Como ha señalado Augusto César Belluscio: “La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aun cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros⁽¹⁸⁾; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, estas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente para impedir la desnaturalización de los fines familiares⁽¹⁹⁾. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente. Al igual que este autor, Mida Mangione Muro⁽²⁰⁾ resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil⁽²¹⁾, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo⁽²²⁾, la intervención del Ministerio Público, entre otros. 7.- En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera

-
- (17) Gonzáles Ojeda, Magdiel. El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. En: Derecho y Sociedad N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democratico-de-derecho-y-el-estado-peruano>.
- (18) Belluscio, Augusto César. Manual de Derecho de Familia, Tomo I, séptima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.
- (19) Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: “El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina –como dijimos– numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquellas responden”. En: Manual de Derecho de Familia, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.
- (20) Mangione Muro, Mirta Hebe. Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ibidem*).
- (21) Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: “Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana”. En: Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo VII, Derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.
- (22) Cfr.: Belluscio, Augusto César. *Ob. cit.*, p. 84.

que corresponde solo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. “En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales solo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen”⁽²³⁾. Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo N° 52.

2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA. 8.- Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso⁽²⁴⁾. 9.- Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia. Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes. 10.- Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros. En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material⁽²⁵⁾ dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquel principio opera como instrumento para lograr una

(23) Mangione Muro, Mida Hebe. *Ibidem*.

(24) Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

(25) El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).

decisión objetiva y materialmente justa. En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma. 3. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. 11.- El derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio. 12.- La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de este, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia⁽²⁶⁾. En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos. “Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos–, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico”⁽²⁷⁾. 4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. 13.- Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvencción y contestación de esta)⁽²⁸⁾, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50

(26) Cfr.: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima-Perú, Librería Communitas E.I.R.L. 2008, p. 163.

(27) Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones*, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

(28) Cfr.: Gozaíni, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia. Conforme señala Davis Echandía⁽²⁹⁾, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozaíni señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*⁽³⁰⁾. El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el iter processus⁽³¹⁾. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos ad eventum, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen⁽³²⁾. 14.- Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesoria. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización. 15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda⁽³³⁾. 16.- Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que

(29) Citado por: Borthwick, Adolfo E. Principios Procesales, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.

(30) Gozaíni, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

(31) Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. El Proceso Civil, Principios y Fundamentos, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

(32) Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. *Ob. cit.*, p. 273.

(33) Al respecto se ha sostenido que: “El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no solo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo”. En: Bermúdez Tapia, Manuel. Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal, *JUS Jurisprudencia*, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia. “La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)”⁽³⁴⁾. 17.- En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos. No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley N° 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso-administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda. 5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA. 18.- Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso. Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a

(34) Morello, Augusto M. La prueba, tendencias modernas, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes⁽³⁵⁾. Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, “siempre y cuando estas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”⁽³⁶⁾. En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternatively la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19.- También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo N° 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse estas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL. 20.- Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio-sanción y el divorcio-remedio.

6.1. Clases de divorcio. 21.- La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases: 6.1.1. Divorcio-sanción. 22.- Es aquel que considera solo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros. “La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave, (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que

(35) Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. Manual de Derecho de Familia, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

(36) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Sujetos del Proceso Civil, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

serían distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables⁽³⁷⁾. También respecto de esta causal, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de este, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares⁽³⁸⁾. 6.1.2. Divorcio-remedio. 23.- Es aquel en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó⁽³⁹⁾. Con alguna razón se sostiene que el simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio⁽⁴⁰⁾; de allí que se ha dado a denominarla como la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio⁽⁴¹⁾. Ante tal perspectiva, podemos subclasificar⁽⁴²⁾ al divorcio-remedio en: A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley

(37) Quispe Salsavilca, David. El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp. 73-75.

(38) Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. cit., pp. 115-116.

(39) Respecto del divorcio-remedio, la Casación N° 38-2007-Lima, publicada el 2 de setiembre de 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplan los deberes conyugales”.

(40) Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: Anales de Derecho, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, p. 136.

(41) Cfr.: Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. cit., p. 116. Señalan estos autores: “Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y este no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración”.

(42) Respecto de esta subclasificación, Díez-Picazo y Gullón han referido: “Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desarrollando a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un

restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración. B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*). 24.- A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley N° 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o solo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio⁽⁴³⁾. 25.- La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos. Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio solo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio

mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”. (Ob. cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

- (43) Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: “En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros –a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos– se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas”. (Ob. cit., p. 426).

importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges⁽⁴⁴⁾. 6.2. Causales de divorcio. 26.- Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley N° 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial⁽⁴⁵⁾. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos⁽⁴⁶⁾, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos⁽⁴⁷⁾. 27.- Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio⁽⁴⁸⁾.

-
- (44) Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Manual de Derecho de Familia, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. Derecho de Familia, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520- 523.
- (45) Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.
- (46) Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.
- (47) Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:
1. El adulterio.
 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
 3. El atentado contra la vida del cónyuge.
 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador. Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen “conductas antijurídicas” que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: “La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su imputabilidad al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la culpabilidad (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas dolosas, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente culposos, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro, las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor”⁽⁴⁹⁾. 28.- Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley. Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO. 29.- Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico. 7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico. En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación. No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos de Ley N°s 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley N° 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936. En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono

(48) Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino “diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio”. (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: “la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas”. (Belluscio, Augusto César. Ob. cit., p. 439).

(49) Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil–derecho de familia. Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

injustificado de la casa conyugal (antes llamado malicioso), la conducta deshonrosa que haga insostenible la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio. 7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil. La causal de divorcio (y de separación de cuerpos) por separación de hecho es incorporada a nuestro sistema civil a través de la Ley N° 27495, publicada el 7 de julio de 2001, luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. Veamos. 7.2.1. Proyecto de Ley. Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 1985⁽⁵⁰⁾. Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR)⁽⁵¹⁾, por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552196-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación. Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que solo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal solo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años. Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley N°s 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada. 7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001. La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley N°s. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre de 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados. El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 6 y 7 de junio de 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, solo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido

(50) Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.

(51) Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, Ob. cit., p. 211.

a votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones. 7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley N° 27495. 30.- La Autógrafa del Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de la República fue remitido al Presidente Constitucional de la República Valentín Paniagua Corrao, quien no cumplió con promulgarla dentro del plazo constitucional, por lo que en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso ordenó que se comuniqué a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, siendo numerada como Ley N° 27495 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de julio del 2101. 31.- La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de estos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio. Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 312 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes. 32.- Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo⁽⁵²⁾. El legislador estimó que la causal podría ser invocada alineándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por lo tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por esta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio-sanción podían modificarse

(52) Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero de 2011, ha señalado que: “En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por lo tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por esta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro–dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado”.

Ora ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio-remedio. Este supuesto configura lo que la doctrina ha denominado una excepción al principio de irretroactividad de la ley, la misma que se presenta en los siguientes casos: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de Derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4) en los supuestos de disposiciones de carácter complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica. Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley y, por el contrario, deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería “(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que esta era solo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de esta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran oclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio⁽⁵³⁾. 7.3. Concepto de la causal de separación de hecho. 33.- Se ha conceptualizado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: “La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación por voluntad de uno o de ambos esposos⁽⁵⁴⁾. También se asevera que la separación de hecho es “(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)”⁽⁵⁵⁾. Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: “(...) la interrupción de la

(53) Espinoza Espinoza, Juan. Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: “Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerarse la contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma, demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley”. En: Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio? Díké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF, p. 15.

(54) Azpiri, Jorge O. Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p. 256.

(55) Kemelmajer de Carlucci, Aida. Separación de hecho entre cónyuges, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos⁽⁵⁶⁾.

7.4. Naturaleza jurídica de esta causal. 34.- La naturaleza jurídica de la causal, prima facie, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir. Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no solo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal. 35.- Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495. Los elementos son: material, psicológico y temporal.

7.5.1. Elemento material. 36.- Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (*corpus separationis*), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble, no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como “no habitar bajo un mismo techo”, sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales⁽⁵⁸⁾.

7.5.2. Elemento psicológico. 37.- Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges –sea de ambos o de uno de ellos– para reanudar la comunidad de vida (*animus separationis*). Por lo tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio

(56) Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero de 2006, se ha establecido que: “El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa”.

(57) Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: “Este deber, llamado también ‘deber de cohabitación’, significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo”.

(58) Cfr.: Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil–Derecho de Familia, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: “(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo

cuando esta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho. Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, Quispe Salsavilca refiere que: “(...) no se configura la causal cuando el corpus separationis se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *effectio maritalis*. La disposición tercera solo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *númerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva, considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente”⁽⁵⁹⁾. En el mismo sentido, Plácido Vilcachagua señala que la citada disposición transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exige el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros⁽⁶⁰⁾. En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquellas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges⁽⁶¹⁾. Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse.

7.5.3. Elemento temporal. 38.- Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda. Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo supuesto

inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta”. (Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?; Ob. cit., p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, *JUS Doctrina y Práctica*, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

(59) Quispe Salsavilca, David. Ob. cit., p. 110.

(60) Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. cit., p. 48.

(61) Cfr.: Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil-Derecho de Familia, Tomo 2, Ob. cit., p. 124.

en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan⁽⁶²⁾. 7.6. Diferencia con otras causales. 39.- Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino solo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por lo tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto. 7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar conyugal. 40.- Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges⁽⁶³⁾, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no solo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias⁽⁶⁴⁾. 7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común. 41.- Esta causal se concibe como una suerte de causal

(62) Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que estas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: “Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado”. En: *Derecho Civil-Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 95-96.

(63) Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admite que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: *Derecho Civil-Derecho de Familia*, Tomo 2, pp. 98-99).

(64) En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 2 de octubre de 2007, al señalar que: “(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados”.

residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de conflicto que se crea entre ellos⁽⁶⁵⁾, mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador⁽⁶⁶⁾. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como sí se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decreta la separación definitiva. 7.7. Efectos legales. 42.- Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva⁽⁶⁷⁾; por lo tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva. 43.- El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil). Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, “(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares”⁽⁶⁸⁾. 44.- Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquel relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones: A) El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante. B) La pensión de

(65) Cfr.: Hinostroza Mínguez, Alberto. *Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

(66) Cfr.: Quispe Salsavilca, David Percy. *Ob. cit.*, pp. 119-122.

(67) Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En estas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (ex nunc) de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no solo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirla Hebe. *Ob. cit.*, p. 61. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil–Derecho de Familia*, Tomo 1, pp. 92-94.

(68) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Ibíd.*; p. 51.

alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por lo tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable solo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: “El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa”⁽⁶⁹⁾. 45.- La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes: a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324). b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352). c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343). 46.- En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá –por remisión del artículo 355 del Código Civil– además los siguientes efectos: a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340). b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341). 8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO. 47.- Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley N° 27495, es decir, el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio. 8.1.

(69) En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 4 de octubre de 2010, ha expresado: “Que, por lo tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otro medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil”.

Concepto. 48.- En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria. Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: “Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”⁽⁷⁰⁾. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, “al margen de toda responsabilidad”. 49.- Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aun cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral. 50.- No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral. 51.- El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar. Aun en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor. 52.- Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su

(70) La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

condición de cónyuge más perjudicado y, por lo tanto, establecerse una indemnización a su favor. 8.2. Naturaleza jurídica. 53.- Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normativa o régimen legal le resulta aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. La doctrina⁽⁷¹⁾ se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza: 8.2.1. Carácter alimentario. Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. La pensión alimenticia procede de la situación de necesidad para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio. 8.2.2. Carácter reparador. Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial⁽⁷²⁾, y al efecto se establece una pensión compensatoria. 8.2.3. Carácter indemnizatorio. En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial⁽⁷³⁾. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por lo tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación. 8.2.4. Carácter de obligación legal. Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge más débil⁽⁷⁴⁾. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado. El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos

(71) Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: http://www.nuevo-divorcio.com/pension_compensatoria.pdf

(72) “La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil –español–, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18 del 1 de octubre de 1998.

(73) ZARRALUQUI, Luis. Ob. cit., p. 3.

(74) Cfr. Vidal Olivares, Alvaro Rodrigo. La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, véase el texto en el siguiente enlace: <http://www.bibliojudica.org/libros/4/1943/23.pdf>. Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada “indemnización en caso de perjuicio”, derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2008, pp. 147 y ss.

en la equidad⁽⁷⁵⁾ y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no solo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar. 8.2.5. Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual. Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad⁽⁷⁶⁾. Un sector de la doctrina nacional asume esta posición⁽⁷⁷⁾, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio-sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio-remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial⁽⁷⁸⁾. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio-sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio-remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual. 8.2.6. Nuestro sistema normativo. 54.- Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin

(75) Zarraluqui, Luis, Ob. cit., pp. 8-9.

(76) La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuricidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

(77) Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo de 2010, en la que sostiene: “Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro”.

(78) Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado”. Responsabilidad civil derivada del divorcio. Véase el texto completo en el siguiente enlace: http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf.

embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva, Eusebio Aparicio Auñón sostiene que “(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales”⁽⁷⁹⁾. La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el quantum indemnizatorio. 55.- Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado. En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria⁽⁸⁰⁾. 56.- En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de *amicus curiae* (amigo del Tribunal), el señor Alex Plácido Vilcachagua, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos– los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido⁽⁸¹⁾ debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento

(79) La Pensión Compensatoria. En: Revista de Derecho de Familia N° 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

(80) Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada *assegnazione per divorzio* que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada prestación compensatoire en virtud de la cual “(...) uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas”. El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: “El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias.”. Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

(81) El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por lo tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el

–solidaridad conyugal– consideramos que como la indemnización debe comprender no solo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo⁽⁸²⁾. En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual. 57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor Leysser León Hilario, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por lo tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de esta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras. 58.- Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge⁽⁸³⁾. En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal. 59.- Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de

proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

- (82) Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de “protección del conviviente más perjudicado” (STS de 27 de marzo de 2001, 17 de enero de 2003, 23 de noviembre de 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p. 131.
- (83) Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre de 2010, dejó establecido que: “Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la alegada infidelidad del esposo)”.

la responsabilidad civil común⁽⁸⁴⁾, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: “En lo que respecta a la relación de causa-efecto, es evidente que en cada caso particular habrá de constatare la realidad de que ese desequilibrio –daño– haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría⁽⁸⁵⁾. 60.- Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, *ex post facto*, un juicio de probabilidad, más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal–, caso contrario, habrá una causa ajena⁽⁸⁶⁾. 61.- En el presente caso, para que proceda la indemnización (juicio de procedibilidad) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal– del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues se trata del divorcio-remedio. Por lo tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en sí, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales⁽⁸⁷⁾, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil. Cosa distinta es que en el ámbito del juicio de fundabilidad se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquel abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue

(84) La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

(85) Ob. cit., p. 8.

(86) Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. El Daño y su Cuantificación Judicial, 1ra. edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2008, p. 16.

(87) En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos. 8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes. 62.- En principio, no es presupuesto sine qua non de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio– cualquiera de los cónyuges⁽⁸⁸⁾, y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización⁽⁸⁹⁾. Por lo tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio-remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación⁽⁹⁰⁾. 8.3.1. De la indemnización y los daños personales. 63.- Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso. En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de este, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad⁽⁹¹⁾, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación

(88) En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo de 2008, se ha establecido que: “(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)”.

(89) La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo de 2010, señala lo siguiente: “Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12 del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio-remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras”.

(90) También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, anal Código Civil peruano. En: AA.VV. Persona, Derecho y Libertad, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima-Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p. 538.

(91) Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, la familia monoparental (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AAVV. Familia Monoparental, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación. En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

64.- En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: “La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas”⁽⁹²⁾.

65.- El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí⁽⁹³⁾, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de este? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

66.- Los artículos 345-Ay 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio-remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales. En principio, el “daño personal” a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985 del Código Civil.

67.- El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego⁽⁹⁴⁾, aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz

(92) Ob. cit., pp. 139-140.

(93) El solo hecho de demandar el divorcio por la causal de separación de hecho y obtenerlo, sea o no culpable el cónyuge actor, no puede importar una conducta antijurídica y, por lo tanto, no puede generar ningún tipo de responsabilidad.

(94) Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. cit., p. 477.

estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima⁽⁹⁵⁾. 68.- El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)⁽⁹⁶⁾. 69.- También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al “proyecto de vida” estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano⁽⁹⁷⁾. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Loayza Tamayo, María E.*, con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, “pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aun cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos”. Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que “la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente” y que “la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción”⁽⁹⁸⁾. El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso *Loayza Tamayo*, expresó que “la noción del

(95) Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición*, el daño moral en las diversas ramas del Derecho. Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.

(96) Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, *Ob. cit.*, pp. 66-71.

(97) Fernández Sessarego sostiene que: “El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicósomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No solo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto”. En: *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 50, Lima, diciembre, 1996.

(98) Cfr.: Galdós, Jorge Mario. *¿Hay daño al proyecto de vida?* En: AA.VV. *Persona, Derecho y Libertad*, *Ob. cit.*, p. 412.

denominado ‘proyecto de vida’ concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)”⁽⁹⁹⁾. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción pública, una beca de estudios superiores)⁽¹⁰⁰⁾, precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances. 70.- En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial– a los efectos de la indemnización en el divorcio-sanción y en el divorcio-remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia⁽¹⁰¹⁾, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado. En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí. 71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie⁽¹⁰²⁾. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona⁽¹⁰³⁾, tal como ocurre en la norma contenida en

(99) Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

(100) Véase: Díaz Cáceda, Joel. *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, primera edición, Jurista Editores Lima-Perú, 2006, p. 124 y ss.

(101) Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque “el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación”. Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. *El valor de la vida humana*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

(102) Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.

el artículo 1322⁽¹⁰⁴⁾, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984⁽¹⁰⁵⁾ y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985⁽¹⁰⁶⁾. El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial⁽¹⁰⁷⁾. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente⁽¹⁰⁸⁾. En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado⁽¹⁰⁹⁾. Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral⁽¹¹⁰⁾. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aficciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona⁽¹¹¹⁾. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor. Un

- (103) Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. Las Obligaciones. En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debaquey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.
- (104) Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
- (105) Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
- (106) Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.
- (107) Fernández Sessarego, Caños. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.
- (108) La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp ha establecido que: “(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico-material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente”.
- (109) Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. cit., p. 122.
- (110) Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: “En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona”. En: Derecho de las personas, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.
- (111) Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. Daño moral y psicológico, daño a la psiquis, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica⁽¹¹²⁾. 72.- Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto⁽¹¹³⁾. 73.- Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo. 74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros⁽¹¹⁴⁾. De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes⁽¹¹⁵⁾. 75.- Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez,

(112) Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. cit., pp. 208-212.

(113) En la Casación N° 1484-2007-Huaura, publicada el 03 de diciembre de 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, “(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencian de acuerdo a los medios probatorios (...)”.

(114) Cfr. Mosses Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

(115) En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio de 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:

“Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real. 8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal. 76.- Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de este, sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil. La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización⁽¹¹⁶⁾. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores⁽¹¹⁷⁾. Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia. 9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancias relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

- (116) Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. cit., p. 57.
- (117) Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: Diálogo con la Jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p. 54.

DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE. 77.- La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que este haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización. 9.1. La indemnización o adjudicación de oficio. 78.- La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho (artículos 4 y 43 de la Carta Política). 79.- En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite –vía demanda o reconvenición– una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado? 80.- En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello⁽¹¹⁸⁾. Si la parte interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados

(118) La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3016-2006 Lima, publicada el 03 de enero de 2008 en el diario oficial *El Peruano*, se estableció que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo “(...)

perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por lo tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los “perjuicios”. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico⁽¹¹⁹⁾ y ha sostenido que “(...) todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera peticionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que “quien alega un hecho tiene que probarlo”, vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho”⁽¹²⁰⁾. En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues este sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Asimismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte. En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: “C.) Sin embargo, de

de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]”. De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre de 2008, se ha establecido que: “(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)”.

(119) Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

(120) STC Exp. N° 04800-2009-PA/TC del 5 de marzo de 2010.

ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales⁽¹²¹⁾. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvencción), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por esta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por lo tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor. 9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte. 81.- Según el principio dispositivo, *nemo iudex sine actore*, el proceso solo se inicia a instancia de parte, nunca *ex officio*; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional⁽¹²²⁾. No solo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba⁽¹²³⁾. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios

(121) STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio de 2010.

(122) Hernando Devis Echandía define a la carga como: “un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales”. En: Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

(123) En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en “la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe solo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder solo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio”. Carnelutti Francesco. Lezione di Diritto Processuale Civile, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. Las reglas generales del onus probandi. En: AA.VV. Objeto y carga de la prueba civil, Xavier Abel Llunch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

o en cualquier estado del proceso. Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia. 82.- A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido. Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesorias a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvencción en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación. Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito⁽¹²⁴⁾, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad –positiva o negativa– de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso⁽¹²⁵⁾. 83.- Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca

(124) Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. *Nuevas Tácticas Procesales*, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: *Procedimiento Civil y Comercial 1*, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, p. 105 y ss.

(125) Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvencción: “Considerar por lo tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvencción”. *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid-España, 2009, pp. 525-550.

alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil⁽¹²⁶⁾. Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo⁽¹²⁷⁾. 84.- Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvenzional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio⁽¹²⁸⁾. Por lo tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa⁽¹²⁹⁾, sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra

(126) Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;

La pretensión se sustente en un derecho indisponible;

Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, este no fue acompañado a la demanda; o

El juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

(127) Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas.

(128) El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)”.

(129) En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: “Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su decideratum: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio”. La Congruencia procesal, 1 edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

Constitución. 85.- Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa. 86.- Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte –demandante o demandada– implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, esta cumple con su carga de alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición. Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios. 87.- En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios pro pretensor y favor processum, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada⁽¹³⁰⁾. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por lo tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio? En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural⁽¹³¹⁾; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso. En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe

(130) Cfr.: Peyrano, Jorge W. Problemas y soluciones procesales. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2008, pp. 103-104.

(131) La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

correr traslado a la parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata⁽¹³²⁾, con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por lo tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la familia monoparental que resulta como consecuencia del divorcio⁽¹³³⁾.

9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación. 88.- Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio *onus probandi*, esto es la carga de la prueba⁽¹³⁴⁾, la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente⁽¹³⁵⁾. Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la “noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte”⁽¹³⁶⁾. 89.- La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos

(132) Constituyen pruebas de actuación inmediata aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

(133) Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. Efectividad del Proceso y Técnica Procesal, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra. edición, Lima Perú, Librería Comunitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

(134) En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por lo tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

(135) Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

(136) Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales, Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por lo tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va a fallar. Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata. En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado. El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimaré este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por lo tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley⁽¹³⁷⁾. 90.- No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribirá a los hechos alegados por las partes, aún cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero sí hechos respecto a los perjuicios, b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes. Por lo tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa⁽¹³⁸⁾. Si bien el artículo 480, *in fine*, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación

(137) Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2366-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre de 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando: “Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestados ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar, por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos”.

(138) Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: “(...) en consecuencia, los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso

de cuerpos y divorcio por causales solo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos. 91.- En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización. 10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO. 92.- La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvencción, solicitando que el demandante la indemnice por daño moral y personal, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/. 250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/ 10,000.00 (diez mil nuevos soles). 10.1. La reconvencción y la sentencia de primera instancia. 93.- La sentencia entre otros, ampara la reconvencción de la demandada en la parte referida al daño moral y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuído el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común. Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada. 10.2. La reconvencción y la sentencia de segunda instancia. 94.- La Sala Superior ha revocado solo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad– y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/. 10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez. En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con

civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyen al mismo punto”. Sistema dispositivo y prueba de oficio, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.

los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante. Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el daño y perjuicio sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del proyecto de vida matrimonial, y que se trata de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual. También la Sala estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación. En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio. En resumen, el juez, amparando la reconvencción en parte, ha señalado un monto indemnizatorio solo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de esta por el daño y perjuicio sufrido. Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.

95.- En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvencción en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: “establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la[s] que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio”. El juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvenccional, estimándola en parte. Por lo tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvencción, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada –demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

96.- No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente: A) La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no solo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral. B) En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada,

no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona⁽¹³⁹⁾. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Asimismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada. C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio. D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil⁽¹⁴⁰⁾. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito⁽¹⁴¹⁾. 97.- En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que: A) Como se tiene anotado, la

(139) Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, aunque no en forma sistemática: en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

(140) Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

(141) El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intenciones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra

culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio-remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del quantum indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario, cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente. B) Asimismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del “proyecto de vida matrimonial”; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan truncas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida. 11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN. 98.- En el recurso de casación interpuesto por el actor, este invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvencción se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial. También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación. 99.- Como puede apreciarse de la reconvencción, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un préstamo [de] dinero para remitírsele, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse este el dinero ahorrado ascendente a US\$. 6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material. Si bien se aprecia que en la citada reconvencción la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni

engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozaini, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvencción, y en todo caso, esta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados. 100.- La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvencción, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada. 101.- En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvencción y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no solo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvencción, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvenccional interpuesta por la demandada, considerando a esta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado. En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil. 12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL. 102.- El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República⁽¹⁴²⁾ de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada. IV. FALLO: Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil: Primero. Declara INFUNDADO en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre de 2010, expedida por la Sala Civil de San Román-Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno, Segundo. Asimismo, declara que CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE las siguientes reglas: 1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades

(142) El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.

tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. 2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona. 3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal: 3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios. 3.2. De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata. 3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados. 3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello. 3.5. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural. 4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes. 5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil. 6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad

es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar. SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo. SS. LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON, RAMIRO DE VALDIVIA CANO, VÍCTOR TICONA POSTIGO, ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ, ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE, SABINO LEÓN RAMÍREZ, JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA, RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA, FRANCISCO MIRANDA MOLINA, ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ. Carmen Rosa Champac Cabezas.- Relatora. LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE: En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos: I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común. La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tienen que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos solo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades –lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas–. Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplidas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales. II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia. Todo esto

requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento –lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción– de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas. Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas solo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta. En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones. La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social. En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. *Laborem exercens*, 19: AAS731981) III. LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues solo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares. En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil. 3.a) La solidaridad como principio social. Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es solo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos. La solidaridad es también, “la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien

de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”. (Juan Pablo II, Carta enc. *Sollicitudo rei socialis*, 38:1988 565-566). 3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres. El término “solidaridad”, se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación. El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana. Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras. 3.c) Solidaridad familiar. La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural. Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas. Las familias, lejos de ser solo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para “procurar que las leyes y las instituciones del Estado no solo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser “protagonistas” de la llamada “política familiar” y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad”. (Juan Pablo II, Exh. ap. *Familiaris consortio*, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9). También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que “Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio”; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil. Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el juez que suscribe se adhiere al voto unánime que: a) Declara INFUNDADO en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, NO CASA la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430. b) Declara que deben CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE las siguientes reglas: 1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente: Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física ya su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece. Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho. 2.- En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos

los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aun si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad. 3.- El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad. 4.- En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle. 5.- Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa. SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO, Carmen Rosa Champac Cabezas.- Relatora.



**BIBLIOGRAFÍA
GENERAL**

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AGUILAR CORNELIO, Marcelo. *Derecho a los alimentos*. Ed. Bieli, Lima, 1994.
- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Personas. Derecho Civil I*. 15ª edición revisada y puesta al día, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. 1ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2008.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Editorial San Marcos, 2ª reimpresión, Lima, 2009.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. 2ª reimpresión, Ediciones Legales, Lima, enero de 2010.
- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV, Derecho de Familia. Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- ALCA ROBLES, Wuilber Jorge. “Sistema de transferencia de bienes sociales por uno de los cónyuges en el actual registro de predios”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 209, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Tratado práctico de la capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1935.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de família*. Lumen, Rio de Janeiro, 2010.
- ALVIS INJOQUE, Sharon. “Beneficiarios del patrimonio familiar”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- AMÉZQUITA De ALMEIDA, Josefina. *Lecciones de Derecho de Familia*. Editorial Temis, Colombia, 1980.
- ANGOSTO SÁEZ, José F. *La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del artículo 97 C.C.* En: Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada. Volumen I, Almería, 2000.

- ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. “Cuidado con lo que gasta su cónyuge”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 08, Gaceta Jurídica, Lima, enero-febrero 1998.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Tomo I, 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2007.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Inventario valorizado de los bienes de la sociedad”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo IX, 1ª edición, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Representación unilateral de la sociedad conyugal”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007.
- ARTIEDA ARAMBURÚ, Rafael. “La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú”. En: *Advocatus*, N° 22, Lima, 2010.
- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*, Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Los bienes en el matrimonio”. En: *La familia en el Derecho peruano*. Libro Homenaje a Héctor Cornejo Chávez, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar; y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de Familia y sucesiones*. Harla S.A., México D.F., 1994.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “La disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 90, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2001.
- BAROFFIO, Natalia y GARCÍA SANTAS, Carlos. “Responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos”. En: *Revista de Derecho de Daños, Daños en las relaciones de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores, 2001-2.
- BARROS, Enrique. “Por un nuevo régimen de bienes en el matrimonio”. En: *Revista de estudios políticos*. N° 43, 1991.
- BAYO DELGADO, Joaquín. “Los límites de la pensión compensatoria”. En: *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*. Asociación española de abogados de familia. Dykinson, Madrid, 1997.

- BELLUSCIO, Augusto César, *División de condominio entre cónyuges*. En: *La Ley*, 1983.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- BELLUSCIO, Augusto César. “Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre”. En: *La Ley*, 2002-D.
- BELLUSCIO, Augusto César. “Regímenes matrimoniales”. En: *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo XXIV, Driskill, Buenos Aires, 1979.
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa. *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercería de dominio*. Editorial Tecnos S.A, Lima, 1995.
- BERBERE DELGADO, Jorge Carlos y HAISSINER, Liliana. “El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental”. En: *La Ley*, 17/08/2011.
- BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. En: <www.google.com/books> (08/07/2011).
- BIBA, Josep (Directores). Tecnos, Madrid, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de familia*. 2ª edición, Forense Universitaria, Rio de Janeiro, 2006.
- BONET, Ramón. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV, Derecho de Familia, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- BORDA, Alejandro. “La capacidad”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Familia*. Tomo II, 9ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- BORDA, Guillermo A. *Manual del Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1965.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia I*. 9ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 2º edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

- BOSSERT, Gustavo A y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 4ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª edición actualizada, 2ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal*. Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- BRUGUI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. México, 1946.
- BURGÉS GREZ, Lilián. *Regímenes matrimoniales en el Derecho Comparado latinoamericano*. Universidad de Chile, 1966.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “Determinación de los alcances del principio del interés superior del niño en los procesos de tenencia”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 221, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Ed, Heliasta, Buenos Aires, 1982.
- CABEZUELA ARENAS, Ana Laura. *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil*. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
- CABRILLAC, Rémy. *Les régimes matrimoniaux*. Montchrestein, París, 2002.
- CABRILLO, Francisco y CACHAFEIRO, María Luisa. “Estrategias nupciales”. En: GARRIDO MEDINA, Luis y GIL CALVO, Enrique. (Eds). *Estrategias familiares*. Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- CADOICHE, Sara Noemí. *Derecho de Familia*. Tomo I, Rubinzal y Culzoni S.C.C., Santa Fe, 1982.
- CAMPANA VALDERRAMA, Manuel. *La naturaleza jurídica de la pensión de alimentos*. Ed Focat, Lima, 1997.
- CAMPOS, Carlos G., *Voz Sociedad conyugal: Gestión de los bienes*, Lagomarsino, Carlos y Salerno, Marcelo U., Enciclopedia de Derecho de Familia, Tomo III, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Librería Bosch, Barcelona, 1986.
- CANALES TORRES, Claudia. “Continuando con la búsqueda del cumplimiento efectivo de las obligaciones alimentarias”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 216, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2011.
- CANALES TORRES, Claudia. “Disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 108, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2007.

- CANALES TORRES, Claudia. “Hacia la búsqueda del cumplimiento efectivo de las obligaciones alimentarias”. *A propósito de la Ley N° 29279*. En: *Actualidad Jurídica*. N° 181, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2008.
- CANALES TORRES, Claudia. “La asignación anticipada de alimentos e impedimento de salida del país. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 126, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2009.
- CANALES TORRES, Claudia. “La voluntad anticipada *versus* la curatela legítima. La autotutela introducida por la Ley N° 29633”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 119, Normas Legales S.A., Lima, enero, 2011.
- CANALES TORRES, Claudia. “Procedimiento de disolución y liquidación de sociedad de gananciales”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 166, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2007.
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “Cómo obtener la tenencia sin ser el progenitor”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 17, N° 163, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012.
- CARRANZA CASARES, Carlos. “La guarda como institución civil con soporte constitucional”. En: *La Ley*, 2003-F, p. 106.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Tomo I, 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima.
- CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho*. 1ª edición, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos típico*. Tomo II, El contrato de mutuo y El contrato de arrendamiento, en: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2002.
- CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María. “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”. En: *Revista institucional*. N° 9, Tomo I, artículos y ensayos, Academia de la Magistratura, Lima, julio, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo V, Derecho de Familia. Undécima edición. GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁSQUEZ, José María.(Rev.). Reus, Madrid, 1987.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002.
- CORDERO ALVARADO, Rosaura. *El levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, San José de Costa Rica, 2010.

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 1999.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987.
- CORTÉS, Milcíades. s/t, *Revista Jurídica del Externado de Colombia*. Bogotá, 1943.
- DE ALMEIDA SÁNCHEZ, Ana Sofía. “El patrimonio familiar - Breve análisis”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2009.
- DE BARROS MONTERO, Washington. *Curso de Derecho Civil*. 36ª edición actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Ed. Saraiva, Sao Paolo, 2001.
- DECKER MORALES, José. *Código de Familia*. 3ª edición revisada y ampliada, Editorial Los amigos del libro, Bolivia, 2000.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. “En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid, 1985.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco, Lima, 1983.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomos I y III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1998.
- DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba. *Derecho de los Niños y Adolescentes*. Editorial Dongo, Arequipa, 2001.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edición. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo Augusto. “El alter ego en sociedades de capital”. En: *La Ley*, 2009-B.
- DÍAZ ALABART, Silvia. “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)”. En: *Revista de Derecho Privado*, mayo - junio de 2003.

- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 5ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1983.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Vol. I, 2ª edición, Tecno, Madrid, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- ECHAZ MORENO, Daniel: “Aporte dinerario efectuado por uno de los cónyuges. Comentario a la reciente modificación del Reglamento del Registro de Sociedades”. En: *Actualidad Jurídica*. Nº 221, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2012.
- ECHEANDÍA CEVALLOS, Jorge. “Carácter gratuito e inexcusable del cargo de miembro del Consejo”. En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo III, Derecho de Familia (segunda parte), Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan. En: *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions de situacions convivencials d'ajuda mútua*. EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I BIBA, Josep (Directores). Tecnos, Madrid, 2000.
- *El Código Civil en su jurisprudencia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007.
- EL DERECHO EDITORES. *Regímenes económicos matrimoniales*. 1ª edición, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, octubre de 2010.
- ELGUERA QUINTANA, Karla. Cuándo es válida la contratación entre cónyuges. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 143, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2005.
- ELSTER, Jon. *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*. Gedisa editorial, Barcelona, 1991.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª edición, Rhodas, Lima, octubre de 2006.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Presunción de capacidad de ejercicio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Sustitución del régimen de sociedad de gananciales”. En: *Ley del sistema concursal - Análisis exegetico*. 1ª edición, Rhodas, Lima, abril, 2011.
- FACHÍN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3ª tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Familias*, 3ª edición, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- FASSI, Santiago y PETRIELLA, Dionisio. *Código Civil italiano*. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1960.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Editorial Hispano-Americana, México, 1947.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. Editorial Uthea, México, 1947.
- FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol y ALCÁNTARA, Francia. “Obligación de sostener a la familia”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2003.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Lima, Grijley, 2001.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil*. Tomo I, Imprenta y litografía Universo, Valparaíso.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil*. Tomo IV, vol. III, Litografía Universo, Valparaíso, 1959.
- GAJST, Ignacio Fabián. “Teoría de la penetración societaria”. En: *La Ley*, 1991.
- GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca S. *Manual de Derecho de Familia*, Jurista Editores, Lima, 2008.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. En: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Dir. ALBALADEJO, Manuel. Tomo II, Madrid, 1982.
- GARCÍA VARELA Román. En: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, (Coordinador) *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Bosch, 2006.
- GARRIDO MEDINA, Luis y GIL CALVO, Enrique. (Eds). *Estrategias familiares*. Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen; YSÁS SOLANES, María; SOLÉ RESINA, Judith. *Derecho de Familia Vigente en Cataluña*. Cálamo producciones editoriales, Barcelona, 2003.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GHERSI, Enrique. “El costo de la legalidad. Una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho”. En: *Themis*. N° 19, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991.

- GIAVARINO, Magdalena B. “La autonomía de gestión patrimonial. Variable en la relación curador-curado”. En: *La Ley*, 18/02/2011 .
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 10ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- GÓMEZ, José J. *Régimen de bienes del matrimonio*. Temis, Bogotá, 1961.
- GONÇALVES STRENGER, Guilherme. “Poder familiar - Guarda e regulamentação de visitas”. En: Ives Granda da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto (Coordinadores): *O novo Código civil: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, Editora LTR, Sao Paulo, 2003.
- GONZÁLES VICENTE, Pilar (Coordinadores). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005.
- GORDILLO, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos, Madrid, 1986.
- GUASTAVINO. *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*. Tomo I y Tomo II.
- GUERRA CERRÓN, María Elena. *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Grijley, Lima, 2009.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “Formalidad del mutuo entre cónyuges”. En: *Código Civil comentado*, Tomo VIII, Contratos nominados, Primera Parte, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2007.
- HERRERA, Marisa: “Un estudio actualizado y algo más sobre la titularidad conjunta de bienes gananciales”. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Número sobre Sociedad conyugal, 2008-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. “La pensión compensatoria y sus condiciones”. En: *Diez años de abogados de familia*. Asociación española de abogados de familia. La Ley, Madrid, 2003.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Procesos no contenciosos*. Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2001.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001.
- *International Encyclopaedia of Law*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, January, 1997.
- JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del menor*. Editora Presencia, Bolivia, 2002.

- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Deudas personales”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Liquidación del régimen patrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2003.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “Plazo de beneficios a personas que vivieron con el causante”. En: *Código Civil comentado*. Tomo IV, Derecho de Sucesiones, 2ª edición, Lima, mayo, 2007.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Vol 2, Tomo I, Buenos Aires. Jurídicas Europa América, 1950-1952.
- JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María: *Código Civil anotado e Legislação extravagante*. 2ª edição revista e ampliada, editora Revista dos tribunais, 2003.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana”. En: *Revista de Derecho de daños, Daños en las relaciones de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores, 2001-2.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “El derecho del menor a su propio cuerpo”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- KRASNOW, Adriana. “Una aproximación a la calificación de los bienes en el matrimonio”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. José María Bosch Editor, Barcelona 1990.
- LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho de Familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEAL DE LIMA OLIVEIRA, Marcelo. “A Aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno”. En: *Revista de direito privado*. Nº 15, Ed. Revista dos Tribunais, julho-setembro, Sao Paolo, 2003.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “¿Cómo utilizar el acuerdo conciliatorio para obtener lanzamientos encubiertos?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* Nº 126, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2009.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, Tomo 6, abril, 2002.

- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición revisada y actualizada, Saraiva, Sao Pãolo, 1999, p. 351.
- LINARES, Octavio. *Programa razonado del Curso de Derecho de Familia*. H.J. Rozas, Cusco, 1959.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.). *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*. La Ley, Madrid, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Beneficio de competencia”. En: *Código Civil comentado*. Tomo VIII, Contratos nominados, 2ª edición, Lima, mayo, 2007.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- LOYARTE, Dolores. “Tutela-curatela: Ejercicio compartido. Enfoques actuales”. En: *La familia en el nuevo derecho*. Tomo II de Kemelmaje de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa, marzo, 2009.
- MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. 1ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2011.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª. ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
- MARCANTÔNIO, Roberta. “Abuso no direito de família”. En: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 15, Abr/maio: Magister, Porto Alegre, 2010.
- MARTINI, Mónica Patricia. *El indio y los sacramentos. Circunstancias adversas y malas interpretaciones*. Prhisco, Conicet, Lima, 1993.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”. En: *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*. De, VERDA y BEAMONTE, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. La Ley, Madrid, 2002.

- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. “Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria”. En: diario *La Ley*, 2001, Ref. D-245, Tomo 7.
- MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte I, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- MAZZINGHI, A. *Tratado de Derecho de Familia: Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio*. Tomo 2, 4ª edición actualizada y ampliada. La ley, Buenos Aires, 2006.
- MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- MEDINA, Graciela. *Visión jurisprudencial de la violencia familiar*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- MEJÍA ROSASCO, Rosalía. *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: La penúltima voluntad*. Grijley, Lima, 2009. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Nombramiento personal de curador”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 119, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011.
- MEJÍA SALAS, Pedro. *Tutela, curatela, consejo de familia: Doctrina, modelos, jurisprudencia*. LEJ, Lima, 2003.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MESEGUER GÜICH, Diego. “Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedad de gananciales frente a las deudas sociales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 18, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1ª edición, Tomo IX: Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo, Bookseller, Campinas, 2000.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Editorial Studium, Lima, 1987.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: parte general, 40ª edición, revisada y actualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010.
- MONTERO AROCA, Juan. *La pensión compensatoria en la separación y el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Grijley, Lima, 2006.

- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Validez y eficacia de los actos de disposición y de gravamen en la sociedad de gananciales. El concepto oculto en el artículo 315 del Código Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 64, Editorial Normas Legales, Trujillo, setiembre-octubre, 2005.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Tomo II, Contratos fraudulentos, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2001. Cit. por MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Livraria do advogado editora, Porto Alegre, 2007.
- MURO ROJO, Manuel. “Representación legal de la sociedad conyugal”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, Derecho de Familia, Parte Primera, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5: Direito de Família, Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no Direito do Trabalho*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.
- NAYMARK, M.S. y CAÑADAS, F. Adan. *Diccionario jurídico Forum*. Tomo II, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1947.
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil anotado e Legislação extravagante*, 2ª edição revista e ampliada, editora Revista dos tribunais, 2003.
- OLIVEIRA, Avenir Passo de. *Ação civil pública contra a Encol*. Jus Navigandi, Teresina, año 3, 1998.
- OMEBA: *Enciclopedia Jurídica*. Editorial Dikinson, Buenos Aires, 1978.
- PACTET, Christiane. *Le droit de visite des grands-parentes et l'art. 371-4 du Code Civil*. París, 1972.
- PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Manual de Derecho Civil*. Tomo I, 4ª edición, Editorial Huallaga, Lima, 2004.
- PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de Familia y sus instituciones*. 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa, Lima, 2008.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. *Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. 2ª edición, Editorial Idemsa, Lima, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. V, 14ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V: Direito de Família. 16ª edición, rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Forense, Río de Janeiro, 2007.

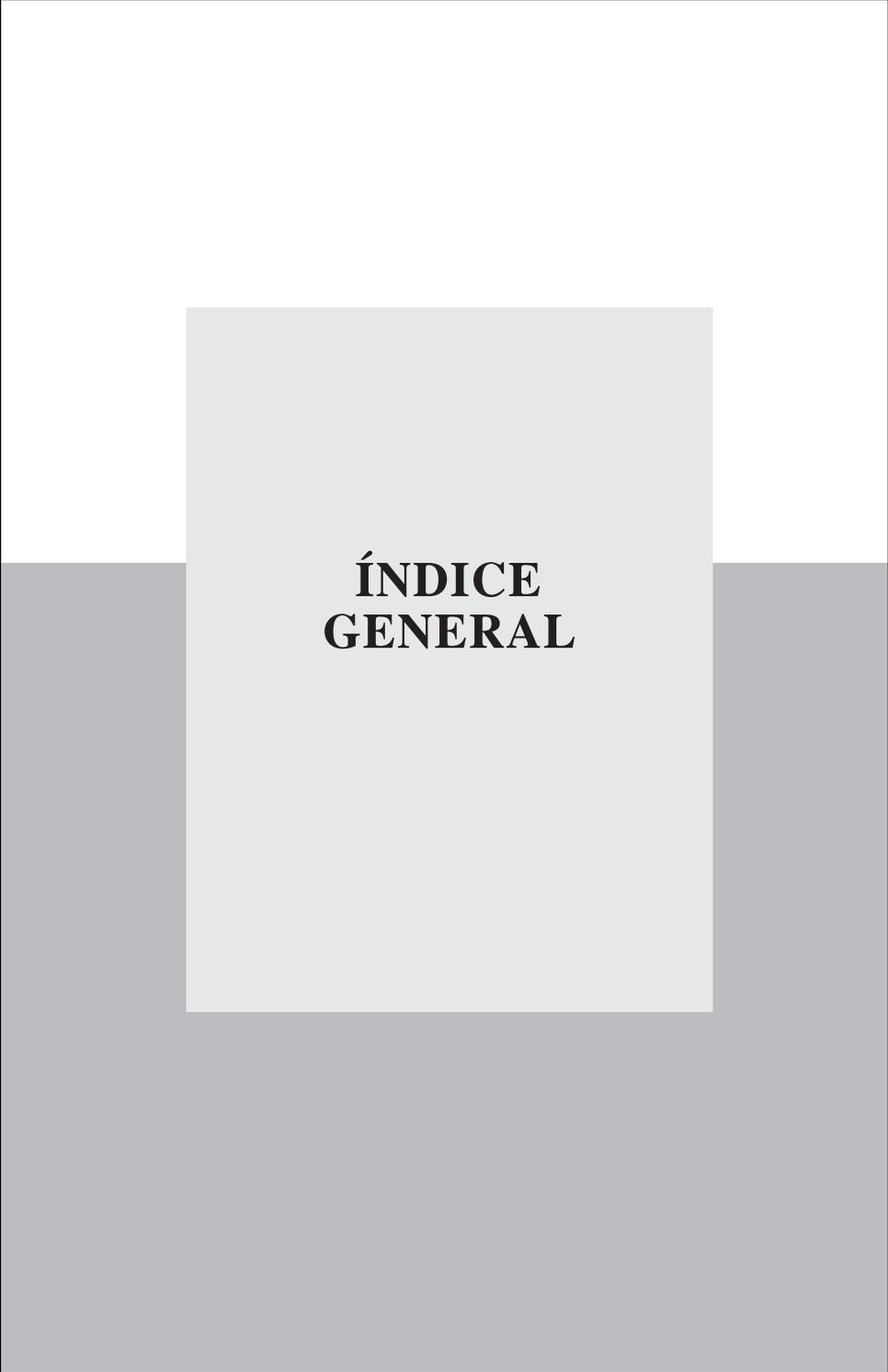
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1980.
- PIZARRO DÍAZ, Mónica. “La remuneración en el Perú”. En: *Análisis Jurídico Laboral*. Estudio Gonzáles y Asociados, Lima, 2006.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Editorial Rhodas, Lima, 1997.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Los regímenes patrimoniales del matrimonio*. Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Patrimonio Familiar”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo III, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Derecho de Familia, 2ª parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Sustitución Judicial del Régimen”. En: *Código Civil comentado*, Tomo II, Derecho de Familia, Primera Parte. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2002.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. “Procedencia de la Tutela”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Derecho de Familia, Segunda Parte, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2010.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Derecho Civil*. Biblioteca clásicos de Derecho, Oxford University Press, Primera serie, Vol. 8, 1999.
- PONCE, Carlos Raúl. “El tutor de tratamiento: Una decisión innovativa y relevante en el aspecto de la capacidad de las personas”. En: *LLBA*, 2011 (julio).
- QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. *Teoría del levantamiento del velo societario: ¿Es aplicable en el Derecho peruano?*, disponible en: <<http://www.teleley.com>>, (14/09/2011).
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*. Dykinson, Madrid, 2001.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. “Necesidad de precisiones sobre ineficacia en el Código Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 24, julio 2001.
- RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*. Tomo I, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

- REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. “Cuando justos se casan con pecadores”. En: *Ius et Veritas*, N° 15, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre, 1997.
- RÍPODAS ARDANAZ, Daisy. *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Buenos Aires, Fecic, 1977.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita. Teoría y praxis*. Editorial Eunsa, Pamplona, 1982.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*. Civitas, Madrid, 1999.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002.
- ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho Civil, los Derechos Reales*. Lima, 1947.
- ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3ª tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.
- RÍPODAS ARDANAZ, Daisy. *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Fecic, Buenos Aires, 1977.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. En: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I Riba. (Directores). *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. 1ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo VI, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María. Paz. *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*. Editorial Comares, Granada, 2005.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. Vol. II, 2ª edición reformada, corregida y aumentada, Derecho de Familia, Ed., Madrid, 1912.
- SÁNCHEZ VERA, Wilbert. *Curador designado por el consejo de familia, Código Civil comentado*. Tomo III, 3ª edición, abril de 2011.
- SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no Direito brasileiro*. Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 8. Cit. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2011.

- SCHULTZ, Theodore W. *Restablecimiento del equilibrio económico. Los recursos humanos en una economía en proceso de modernización*. Gedisa Editorial, Barcelona, 1992.
- SEOANE PRADO, Javier. “Prestaciones económicas: Derecho de alimentos y pensión compensatoria”. En: GONZÁLES POVEDA, Pedro, y GONZÁLES VICENTE, Pilar (Coordinadores): *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales*. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005.
- SILVA SERNAQUE, Santos. *Código Civil de Puerto Rico*. Editorial Barco de Papel, Mayagüez, 1998.
- SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. 14ª edición, Editora Mobil Libros, Caracas, 2001.
- SOLARI, Néstor E. “Recompensas por la compra y las mejoras realizadas en un bien propio”. En: *La Ley*. Buenos Aires, abril 2010, Fallo Comentado: Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes (TFamiliaQuilmes) (N°1) TFamilia N° 1, Quilmes ~ 2009-04-23 ~ F., M. del C.
- SOLARI, Néstor E. “Sobre el efecto retroactivo de la sentencia en el régimen patrimonial del matrimonio”. En: *La Ley*. Buenos Aires, julio, 2010, Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires) ~ 2010-04-14 ~ R. S., M. C. c. S., J. C.
- STONE, Lawrence. *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. 9ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, 2006.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999.
- SVKOLICH ALVA, María Isabel. *Código Civil Comentado*. 1ª edición, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando: *Direito Civil*, Vol. 5: família, 2ª Edição, atualizada e ampliada, Editora Método, 2007.
- TEDESCHI, Guido. *El régimen patrimonial de la familia*. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*. Esboço, tomo I, Ministerio da Justiça e negócios interiores, 1952.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario Jurisprudencial Civil*. Grijley, Lima, 2008.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

- VALDIVIA DÍAZ, Héctor. *Derecho de Familia*. 2ª edición, Grijley, Arequipa, 1993.
- VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1942.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I, con la colaboración de de Marianna Chaves y Claudia Canales, Lima, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y Uniones estables*. Tomo II, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Lima, Instituto de Investigación Científica, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. En: <<http://www.enriquevarsi.com>>. Lima, 2011.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2006.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. “Nombramiento personal de curador”. En: <<http://www.enriquevarsi.com>>. Lima, 2011.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. “Deudas personales vs sociedad de gananciales”. En: diario oficial *El Peruano*. Cuerpo B, *Economía y Derecho*, Informe, 6 de agosto de 1996, Lima, 1996.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. “Deudores extremos: El registro de deudores alimentarios”. En: *La Ley*. Publicación mensual de Gaceta Jurídica, año 1, N° 2, enero 2008.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique: *Divorcio, filiación y patria potestad*. Editorial Grijley, Lima, 2004.
- VARSIROPIGLIOSI, Enrique. “Suspensión de la partición de los bienes del heredero concebido”. En: *Código Civil comentado*. Tomo IV (Derecho de sucesiones), Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- VARGAS VALENCIA, Aurelia. “Aspectos lingüísticos de índole sistemática en las Instituciones de Justiniano”. Nova Tellus [en línea] 2009, vol. 27. En: <<http://redalyc.uaemex.mx>>, 24/03/2012. ISSN 0185-3058.
- VARGAS VALENCIA, Aurelia. “La etimología en las *instituciones* de Justiniano. Una característica del lenguaje introductorio al conocimiento del derecho”. En: *XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina, 15 a 17 de setiembre de 2004. En: <www.edictum.com.ar>, 24/03/2012.

- VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Huallaga, Lima, 1998.
- VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3ª edición, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Vol. VI, Direito de família, 7ª edición, Atlas, São Paulo, 2007.
- VERDA Y BEAMONTE, De, José Ramón (Coordinador). Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- VERÓN, Alberto Víctor. “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”. En: *La Ley*, 10/08/2011.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados”. En: *Revista de Derecho de Familia*. Editorial Lex Nova, Valladolid, abril de 2002.
- VON IHERING, Rudolf. *El fin en el Derecho*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- WINOGARD, Carolina. “La acción de daños derivados de la violencia y el divorcio en la jurisprudencia norteamericana”. En: *Revista de derecho de daños*, Daños en las relaciones de familia. Rubinzal - Culzoni Editores, 2001-2.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. 4ª edición, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo I, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo 1, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis. *La pensión compensatoria y otras prestaciones económicas derivadas de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial*. Cuadernos de Familia. La Ley, julio de 2000.



**ÍNDICE
GENERAL**

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO Régimen patrimonial de la familia

I. INTRODUCCIÓN

II. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA FAMILIA

III. CONTENIDO

1. Régimen patrimonial del matrimonio.....	14
1.1. Régimen general.....	14
1.2. Régimen de bienes.....	14
2. Régimen patrimonial de la familia.....	14

IV. OBJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA

V. DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES PATRIMONIALES

VI. INMEDIATEZ Y MEDIATEZ ECONÓMICA EN LAS RELACIONES FAMILIARES

VII. SANCIONES

VIII. DAÑOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES

IX. PATRIMONIALIDAD DE LAS INSTITUCIONES FAMILIARES

3. Adopción.....	21
4. Patria potestad.....	21
5. Alimentos.....	21
6. Tutela.....	22
7. Curatela.....	22
8. Consejo de familia.....	22

X. PATRIMONIALIDAD DE LAS RELACIONES FAMILIARES COMO CONSECUENCIA DE LA RUPTURA DEL VÍNCULO CONYUGAL EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO

Bibliografía del capítulo.....	24
Anexo.....	25

CAPÍTULO SEGUNDO

Régimen patrimonial en el matrimonio

I. NORMAS GENERALES

1. Generalidades.....	34
2. Conceptos generales.....	35
2.1. Patrimonio.....	36
2.2. Patrimonio conyugal.....	36
2.3. Poder doméstico.....	36
3. Origen.....	36
3.1. Derecho romano.....	37
3.2. Derecho germánico.....	37
3.3. Derecho visigodo-español.....	38
3.4. Cristianismo.....	39
3.5. Antecedentes en el Perú.....	40
3.5.1. Incanato.....	40
3.5.2. Colonia.....	40
3.5.3. Código Civil de 1852.....	41
3.5.4. Código Civil de 1936.....	42
4. Concepto.....	43
5. Denominación.....	43
6. Definición.....	44
7. Características.....	45
7.1. Intereses económicos.....	46
7.2. Libertad y mutabilidad.....	47
7.3. Régimen legal supletorio.....	48
7.4. Poder doméstico compartido.....	49
7.5. Cargas de familia compartidas.....	49
7.6. Connatural al matrimonio.....	50
7.7. Interés familiar.....	51
7.8. Formalidad.....	51
8. Naturaleza jurídica.....	52
9. Objeto y objetivo.....	52
10. Efectos y finalidad.....	53
11. Elementos.....	54
11.1. Sujetos.....	54
11.1.1. Directos.....	54
11.1.2. Indirectos.....	54
11.2. Objeto.....	55
12. Contenido y ámbito.....	57
12.1. Personal.....	57
12.2. Patrimonial.....	58
13. Constitución.....	58
13.1. A título voluntario - Elección del régimen.....	58
13.1.1. Antes del matrimonio - Pacto antenuupcial.....	59
13.1.2. Durante el matrimonio - Sustitución del régimen.....	62
14. Principios.....	63

14.1.	Principio de libertad para escoger el régimen económico	64
14.2.	Principio de igualdad	64
14.3.	Principio de responsabilidad conjunta	65
14.4.	Principio de libertad de trabajo	65
14.5.	Principio de inderogabilidad de las convenciones matrimoniales.....	66
14.6.	Principio de comunicabilidad	66
14.7.	Principio de prohibición de estipulaciones ilícitas.....	66
15.	Clasificación de los regímenes patrimoniales.....	66
15.1.	Por su vigencia	67
15.1.1.	Régimen de absorción	67
15.1.2.	Régimen de unidad de bienes	67
15.2.	Por su contenido	68
15.2.1.	Regímenes de comunidad.....	68
15.2.2.	Regímenes económicos de separación de bienes.....	70
15.2.3.	Régimen mixto	71
15.3.	Por la intervención de la autonomía privada.....	72
15.3.1.	Régimen obligatorio	72
15.3.2.	Régimen de elección.....	73
15.3.3.	Régimen supletorio.....	73
15.3.4.	Régimen de libertad absoluta.....	73
15.4.	Por la gestión	75
15.4.1.	Régimen de administración marital.....	75
15.4.2.	Régimen de la administración separada.....	75
15.4.3.	Régimen de administración conjunta.....	75
15.5.	Sistemas legales	75
15.5.1.	Régimen legal obligatorio	75
15.5.2.	Régimen legal supletorio	75
16.	Regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio en el Perú.....	78
16.1.	Sociedad de gananciales	78
16.2.	Régimen de separación de bienes y deudas	79
16.3.	Regla y excepción. Practicidad y realidad de los regímenes patrimoniales del matrimonio	80
17.	Elección y sustitución de regímenes	81
17.1.	Por voluntad conjunta.....	81
17.2.	A solicitud de parte	82
17.3.	De pleno derecho.....	82
18.	Inicio y extinción.....	82
18.1.	Inicio	82
18.2.	Extinción.....	82
19.	Liquidación.....	83
19.1.	Concepto y definición.....	83
19.2.	Aplicabilidad	83
19.3.	Etapas	84
19.4.	Tipos.....	85
20.	Contribuciones, cargas y obligaciones	86
20.1.	Contribución.....	86
20.2.	Obligación de sostener a la familia	86
20.3.	Obligación de contribución al sostenimiento del hogar	87
20.4.	Labores económicas fuera del hogar. Ejercicio de la actividad laboral por	

el cónyuge	88
21. Cargas	90
22. Obligaciones sociales	90
II. REPRESENTACIÓN Y ADMINISTRACIÓN	
23. Representación y administración	92
23.1. Potestad doméstica	93
23.2. Tipología de los actos y representación	93
23.2.1. Actos ordinarios.....	93
23.2.2. Actos extraordinarios.....	94
23.3. Representación conjunta	95
23.4. Representación unilateral.....	96
24. Teoría de la desconsideración judicial de la persona jurídica y el régimen matrimonial de bienes	96
24.1. Introducción.....	96
24.2. Denominación	98
24.3. Concepto.....	99
24.4. Definición.....	100
24.5. Estructura de la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen familiar	100
24.5.1. Sujetos	100
24.5.2. Vehículo	103
24.5.3. Objeto.....	104
24.6. Interacción de la persona natural con la persona jurídica en el régimen familiar.....	104
24.7. Ámbito	105
24.7.1. Régimen de bienes.....	106
24.7.2. Régimen de alimentos.....	110
24.8. Tipología de la desconsideración de la persona jurídica.....	112
24.8.1. Desconsideración inversa o indirecta	112
24.8.2. Desconsideración reversa o directa.....	112
24.9. Instituciones jurídicas que podrían solucionar el abuso de la persona jurídica	113
24.9.1. Ejercicio abusivo del derecho	113
24.9.2. Simulación	114
24.9.3. Fraude.....	116
24.9.4. Enriquecimiento sin causa	118
24.9.5. La desconsideración de la persona como herramienta eficaz	119
24.10. Afectación del tercero en el fraude de la persona jurídica	120
24.11. El delito de fraude en la administración de personas jurídicas y el fraude societario para perjudicar la comunidad de bienes y el régimen alimentario ..	121
24.12. Conclusión.....	123
25. Prescripción adquisitiva familiar.....	124
25.1. Estructura normativa	126
25.2. Instituciones afines	130
25.3. Conclusión acerca de esta forma de usucapión.....	131
26. Derecho expectante de viudedad.....	131
Bibliografía del capítulo.....	133

CAPÍTULO TERCERO

Sociedad de gananciales

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.	Introducción.....	142
2.	Concepto.....	142
3.	Denominación	143
4.	Definición	143
5.	Características.....	143
5.1.	Sociedad sin personería jurídica propia	143
5.2.	Régimen mixto.....	144
5.3.	Comunidad de bienes	144
5.4.	Régimen supletorio	145
5.4.1.	Régimen único aplicable a las uniones estables propias	145
5.4.2.	Titularidad de los bienes propios.....	145
5.4.3.	Actos de administración y disposición de los bienes propios.....	145
5.4.4.	Titularidad de los bienes sociales	146
5.4.5.	Actos de administración y disposición de bienes sociales	146
5.4.6.	Deudas propias.....	147
5.4.7.	Deudas sociales	147
6.	Naturaleza jurídica	148
6.1.	Teoría de la comunidad considerada propiedad del marido	148
6.2.	Teoría de la comunidad de bienes romana.....	148
6.3.	Teoría de la sociedad civil.....	149
6.4.	Teoría de la persona jurídica.....	150
6.5.	Teoría de la comunidad de bienes alemana o de la <i>gesammtehand</i>	150
6.6.	Teoría del patrimonio autónomo	151
6.7.	Régimen de comunidad de bienes y la sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico peruano	151
7.	Fenecimiento.....	152
7.1.	Fenecimiento ordinario	153
7.1.1.	Invalidez de matrimonio.....	153
7.1.2.	Divorcio.....	153
7.1.3.	Muerte	154
7.2.	Fenecimiento extraordinario	154
7.2.1.	Sustitución de régimen patrimonial.....	154
7.2.2.	Separación de cuerpos	155
7.2.3.	Declaración de ausencia.....	155
7.3.	Efectos.....	156
7.3.1.	Entre los cónyuges	156
7.3.2.	Respecto de terceros	157
7.4.	Finalidad.....	157
7.5.	Liquidación.....	158
7.5.1.	Definición	158
7.5.2.	Formas.....	159
7.5.3.	Pasos	160
7.5.4.	Reglas para casos especiales	165

7.6.	Recompensas.....	169
7.6.1.	Denominación y concepto.....	169
7.6.2.	Acreedores y deudores	169
7.6.3.	Momento a aplicarse	170
7.6.4.	Base legal.....	170
7.6.5.	Finalidad	170
7.6.6.	Propuesta legislativa	171
II. ACTIVOS		
8.	Régimen de bienes.....	171
8.1.	Bienes propios	175
8.1.1.	Bienes que se aporte al iniciarse el matrimonio (art. 302, inc. 1)	176
8.1.2.	Bienes adquiridos durante el matrimonio cuando la causa es anterior a la celebración del mismo (art. 302, inc. 2).....	176
8.1.3.	Bienes adquiridos a título gratuito (art. 302, inc. 3).....	176
8.1.4.	Indemnizaciones por responsabilidad civil (art. 302, inc. 4)	178
8.1.5.	Bienes para el trabajo o profesión (art. 302, inc. 6).....	179
8.1.6.	Acciones y participaciones de sociedades distribuidas gratuitamente (art. 302, inc. 7)	179
8.1.7.	Renta vitalicia (art. 302, inc. 8)	186
8.1.8.	Bienes de uso personal (art. 302, inc. 9)	186
8.1.9.	Administración	188
8.1.10.	Excepciones	188
8.1.11.	Disposición	189
8.1.12.	Irrenunciabilidad de actos de liberalidad	190
8.1.13.	Disposiciones excesivas.....	190
8.2.	Bienes sociales.....	191
8.2.1.	Determinación	191
8.2.2.	Titularidad	198
8.2.3.	Administración	200
8.2.4.	Disposición	202
8.2.5.	Adquisición y estado civil.....	214
8.3.	Bienes especiales.....	215
8.3.1.	Titularidad conjunta de bienes gananciales	216
8.3.2.	Bienes adquiridos mediante precio aplazado	219
8.4.	Contratos entre cónyuges	220
8.4.1.	Antecedentes	220
8.4.2.	Estructura normativa	220
8.4.3.	De la prohibición	221
8.4.4.	Finalidad	222
8.4.5.	Mutuo conyugal. Contrato permitido.....	222
8.4.6.	Situación actual	224
8.4.7.	Derecho comparado	224
8.4.8.	Conclusión.....	225
III. PASIVOS		
9.	Régimen de obligaciones	225
9.1.	Responsabilidad patrimonial por deudas.....	227

9.2.	Obligaciones privadas a cargo de los bienes propios de los cónyuges.....	228
9.2.1.	Deudas privadas exclusivas	229
9.2.2.	Deudas privadas compartidas o generadoras de responsabilidad subsidiaria	237
9.3.	Obligaciones a cargo de los bienes sociales. Deudas sociales.....	245
9.3.1.	Cargas sociales	246
9.3.2.	Cargas y deudas.....	251
9.3.3.	Deudas sociales stricto sensu	251
9.3.4.	Responsabilidad patrimonial por deudas derivadas de deudas sociales	251
9.3.5.	Modulación de responsabilidad por deudas comunes	252
	Bibliografía del capítulo.....	254

CAPÍTULO CUARTO

Separación de patrimonios

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO

III. DENOMINACIÓN

IV. DEFINICIÓN

V. CARACTERÍSTICAS

1.	Formalidad	262
2.	División de patrimonios	263
3.	Voluntario.....	263
3.1.	Régimen supletorio en el Derecho comparado	263
4.	Titularidad de los bienes propios	264
5.	Bienes en copropiedad	264
6.	Administración individual	264
7.	Administración delegada.....	265
8.	Responsabilidad por obligaciones personales	265
9.	Responsabilidad por obligaciones conjuntas	265
10.	Responsabilidad por obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica	266
11.	Ejercicio de la propiedad en armonía con el interés familiar	266
12.	Inscripción.....	266
13.	Conveniencia/eficiencia.....	267

VI. BIENES

VII. DEUDAS

14.	Deudas propias de los cónyuges	269
15.	Deudas asumidas conjuntamente por los cónyuges	269

16. Deudas asumidas en interés de la familia.....	269
17. Deudas asumidas para el sostenimiento de la familia (en virtud de la potestad doméstica)	270
17.1. Cargas.....	270
17.2. Responsabilidad por deudas según doctrinarios	272

VIII. TIPOS

18. Separación plena o absoluta.....	272
19. Separación con administración única.....	272
20. Sistema dotal	272

IX. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

21. Constitución originaria de la separación de patrimonios.....	273
22. Constitución sobreviniente de la separación de patrimonios - Sustitución	274
22.1. Sustitución por voluntad de los cónyuges.....	274
22.2. Sustitución judicial	275
22.2.1. Limitaciones de la sustitución judicial.....	276
22.3. Sustitución de pleno derecho	278
22.3.1. Separación de cuerpos	278
22.3.2. Ausencia.....	278
22.3.3. Declaración de inicio de procedimiento concursal.....	279
22.3.4. Otros casos.....	282

X. FENECIMIENTO

XI. LIQUIDACIÓN. TEORÍA DE LOS REEMBOLSOS

Bibliografía del capítulo.....	285
--------------------------------	-----

CAPÍTULO QUINTO

Patria potestad

I. GENERALIDADES

1. Introducción.....	289
2. Antecedentes y evolución	290
3. Conceptos generales.....	291
4. Denominación	292
5. Definición	294
6. Características.....	294
7. Objetivo	295
8. Naturaleza jurídica	296

II. TITULARIDAD Y EJERCICIO

9. Sujetos	297
9.1. Padres.....	297
9.2. Hijos	299
9.2.1. Hijos matrimoniales.....	299

9.2.2. Hijos extramatrimoniales	300
9.3. Abuelos	300
10. Ejercicio	301
III. RELACIONES QUE CONFIGURAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	
A. Guarda.....	302
11. Concepto y contenido	302
a. Tenencia.....	304
12. Concepto.....	304
12.1. Definición.....	304
12.2. Denominación	304
12.3. Determinación	304
12.3.1. Por acuerdo.....	305
12.3.2. A falta de acuerdo	305
12.3.3. A falta de padres (incapacidad, ineptitud o ausencia) - Los abuelos.....	306
12.4. Titulares	308
12.4.1. Sujetos activos	308
12.4.2. Sujetos pasivos.....	308
12.5. Preferencia cronosexológica.....	308
12.6. Modificación	309
12.7. Tenencia provisional	310
12.8. Base legal.....	310
12.9. Improcedencia	310
b. Régimen de visitas	310
13. Concepto.....	311
14. Denominación	311
15. Origen	312
16. Finalidad.....	312
17. Naturaleza jurídica	313
18. Características.....	313
19. Titulares	314
19.1. Visitado	315
19.1.1. Titular beneficiario - Hijo.....	315
19.1.2. Otros titulares beneficiarios	315
19.2. Visitante	315
19.2.1. Familiares directos - Padres.....	315
19.2.2. Otros familiares - Hermanos, abuelos, allegados	315
20. Requisitos para su establecimiento	320
21. Forma de determinación	321
22. Facultades	322
23. Casos especiales	323
24. Limitación.....	323
25. Penalidades por su incumplimiento	324
26. Régimen de visitas y daño	326
B. La educación	330
27. Contenido y composición	330
C. La corrección.....	331
28. Contenido y composición	331

D. Asistencia.....	333
29. Contenido y composición	333
29.1. Obligación alimentaria respecto de hijos mayores de edad.....	333
E. Prestación de servicios.....	336
30. Contenido y composición	336
IV. REPRESENTACIÓN DE LOS HIJOS	
31. Concepto.....	336
32. Excepciones	337
32.1. Contrato celebrado por incapaces con discernimiento.....	338
32.1.1. Generalidades.....	338
32.1.2. Delimitación.....	339
32.1.3. De lo ordinario a lo complejo. Reflexiones modernas.....	344
32.1.4. Derecho comparado.....	344
32.1.5. Derecho del menor a acceder al sistema financiero y bancario...	345
33. Representación y matrimonio.....	350
34. Representación sin matrimonio o con separación de los padres	351
V. RESPONSABILIDAD	
35. Responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos.....	352
VI. ADMINISTRACIÓN	
36. Administración del patrimonio.....	353
37. Administración propiamente dicha	355
37.1. Garantía.....	358
37.2. Rendir cuentas.....	358
38. Usufructo	358
39. Enajenación y gravamen.....	361
39.1. Disposición de fondos de cuentas bancarias de menores de edad.....	363
VII. DECADENCIA Y TERMINACIÓN	
40. Generalidades.....	364
41. Restricciones	365
41.1. Pérdida	365
41.2. Privación.....	366
41.3. Limitación.....	366
41.4. Suspensión.....	367
42. Extinción.....	369
43. Restitución.....	371
VIII. DELITO DE ATENTADO CONTRA LA PATRIA POTESTAD	
44. Tipos penales	372
IX. DOBLE REGULACIÓN	
45. Estructura normativa de la patria potestad.....	374
X. COPARENTALIDAD	
46. Generalidades.....	375

47. Denominación	376
48. Antecedentes	376
49. Fundamento	376
50. Características.....	378
51. Regulación normativa	379
52. Modalidades.....	380
53. Realidad	380

XI. INSTITUCIONES AFINES

54. Semejanzas entre las instituciones cautelares familiares	381
54.1. Tutela.....	381
54.2. Curatela.....	381
54.3. Custodia	382
54.4. Guarda.....	382
54.5. Colocación familiar	382
54.6. Prohijamiento.....	383
54.7. Acogimiento residencial	383
54.8. Patronato de menores	383
54.9. Autoridad doméstica.....	384

XII. SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

55. Concepto.....	384
56. Definición	384
57. Casuística.....	384
58. Criterios psicológicos del SAP	385
59. Casuística nacional.....	387
60. Consideraciones generales	389
Bibliografía del capítulo.....	390
Anexos	394

CAPÍTULO SEXTO

Alimentos

I. INTRODUCCIÓN

II. ETIMOLOGÍA

III. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

1. Concepto.....	419
2. Definición	420

IV. FINALIDAD Y PRESUPUESTOS

3. Vínculo legal.....	421
4. Necesidad del alimentista.....	421
5. Posibilidad del alimentante	422
6. Proporcionalidad en su fijación.....	422

V. FUENTES DE LOS ALIMENTOS

7. Ley	423
8. Autonomía de la voluntad	424

VI. BASE LEGAL**VII. EVOLUCIÓN HISTÓRICA****VIII. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL PERÚ****IX. NATURALEZA JURÍDICA**

9. Relación jurídica	427
10. Patrimonialidad o extrapatrimonialidad.....	427
10.1. Tesis patrimonial	427
10.2. Tesis extrapatrimonial.....	428

X. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS ALIMENTARIOS

11. Por su origen	428
11.1. Voluntarios	428
11.2. Legales.....	428
11.3. Resarcitorios.....	429
12. Por su amplitud.....	429
12.1. Necesarios.....	429
12.2. Congruos	430
13. Por su forma	431
13.1. Temporales	431
13.2. Provisionales	431
13.3. Definitivos	431

XI. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALIMENTARIO

14. Personalísimo.....	432
15. Intransmisible	432
16. Irrenunciable	433
17. Intransigible.....	433
18. Incompensable	433
19. Inembargable.....	434
20. Imprescriptible.....	434
21. Recíproco	435
22. Circunstancial y variable	435

XII. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

23. Personalísimo.....	436
24. Variable	436
25. Recíproca	436
26. Intransmisible	436
27. Irrenunciable	437
28. Incompensable	437

29. Divisible y mancomunada.....	438
30. Extinguible.....	439
XIII. ESTRUCTURA	
31. Elemento personal.....	439
31.1. Alimentista.....	439
31.2. Alimentante.....	439
32. Elemento material.....	440
XIV. TRATAMIENTO LEGAL DE LOS ALIMENTOS EN EL CÓDIGO	
33. Excónyuge.....	440
34. Descendiente mayor de edad incapaz.....	441
35. Descendiente como estudiante exitoso.....	441
36. Alimentos pre y posnatal.....	441
37. Prestación alimentaria - Hijo alimentista.....	442
37.1. Base legal.....	442
37.2. Usos.....	442
37.3. Legitimación.....	443
37.4. Transmisión hereditaria de la obligación alimentaria.....	443
37.5. Eximencia.....	443
37.6. Evolución normativa en el Código.....	443
38. Concebido heredero.....	445
39. Treintena.....	445
40. Beneficio de competencia.....	445
XV. PROCESO DE ALIMENTOS EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	
XVI. ORDEN DE PRELACIÓN DE LOS OBLIGADOS	
XVII. REAJUSTE DE LA PENSIÓN ALIMENTARIA. AUMENTO Y REDUCCIÓN	
41. Aumento.....	450
42. Reducción.....	450
XVIII. PRORRATEO, EXONERACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA	
43. Prorrateo.....	451
44. Exoneración.....	452
44.1. Exoneración por disminución de sus ingresos.....	453
44.2. Exoneración por cesación del estado de necesidad efectiva.....	453
44.3. Exoneración por presunta cesación del estado de necesidad.....	453
45. Extinción.....	454
45.1. Muerte del alimentista.....	455
45.2. Muerte del alimentante.....	455
45.3. Muerte del deudor alimentario - Hijo alimentista.....	456
45.3.1. Acción contra el presunto padre.....	456
45.3.2. Acción contra los herederos.....	457
45.4. Otras formas de extinción.....	457
45.4.1. Por divorcio.....	457

XIX. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

46. Prestación en dinero.....	458
47. Prestación en especie.....	459
48. Prestaciones mixtas	459
49. Medidas cautelares	460
49.1. Prohibición de ausentarse.....	460
49.2. Informe al centro de trabajo del demandado	460
49.3. Medida cautelar de la asignación anticipada de alimentos.....	463
49.3.1. Generalidades.....	463
49.3.2. De la asignación alimenticia provisional.....	466
49.3.3. Primera modificación.....	466
49.3.4. Segunda modificación.....	467

XX. REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS

50. ¿Es una sanción real estar inscrito en el registro de deudores?.....	469
51. Críticas a la Implantación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos - Redam	471
51.1. Mecanismo poco coercitivo	471
51.2. Mecanismo oneroso	472
51.3. Mecanismo con vacíos	472
51.4. Mecanismo atentatorio de derechos constitucionales.....	473

XXI. DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

52. Ingresos y remuneración	474
53. De la determinación en sí.....	476
54. Casuística.....	477
54.1. Puntos controvertidos.....	478

XXII. FILIACIÓN Y ALIMENTOS

XXIII. DESCONSIDERACIÓN DE PERSONA JURÍDICA Y ALIMENTOS

Bibliografía del capítulo.....	481
--------------------------------	-----

CAPÍTULO SÉTIMO
Patrimonio familiar

I. INTRODUCCIÓN

II. DENOMINACIÓN

III. ANTECEDENTES

1. Orígenes.....	486
------------------	-----

IV. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN EN EL PERÚ

V. CONCEPTO

VI. DEFINICIÓN

VII. NATURALEZA JURÍDICA

VIII. CARACTERES

2. Inalienabilidad	492
3. Indivisibilidad	493
4. Inembargabilidad.....	493
5. Transmisibilidad sucesoral.....	496

IX. FINALIDAD

X. BASE LEGAL

XI. ELEMENTOS

6. Sujetos	499
6.1. Constituyentes.....	499
6.2. Beneficiarios.....	501
7. Objeto.....	504

XII. ADMINISTRACIÓN

XIII. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL PATRIMONIO FAMILIAR

8. Principio de preservación.....	507
9. Principio de dignidad.....	507
10. Principio de protección a la familia	508
11. Principio de necesidad	508
12. Principio de solidaridad.....	509

XIV. COMPETENCIA

13. Vía judicial.....	510
13.1. Trámite.....	510
14. Vía notarial	512
15. Aspectos procesales	513
15.1. Intervención del Ministerio Público en el proceso de constitución del patrimonio familiar	513
15.2. Prueba de la ausencia de deudas	513
15.3. Notificación por edictos.....	513

XV. REQUISITOS

XVI. MODIFICACIÓN

XVII. EXTINCIÓN

XVIII. DECLARACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA EXTINCIÓN

XIX. CESE DE LA CALIDAD DE BENEFICIARIOS

XX. DESAFECTACIÓN

Bibliografía del capítulo..... 519

CAPÍTULO OCTAVO
Tutela

I. GENERALIDADES Y ANTECEDENTES

II. ETIMOLOGÍA

III. NOCIÓN

IV. DEFINICIÓN

V. FINALIDAD

VI. NATURALEZA JURÍDICA

VII. CARACTERÍSTICAS

1. Supletoria.....	529
1.1. Tutela y patria potestad.....	529
2. Personalísima e intransferible.....	530
3. Obligatoria y temporal.....	530
4. Representativa.....	531
5. Remunerada.....	531
6. Unipersonal.....	531
7. Institución de amparo familiar y protección de los incapaces.....	532
8. Institución de interés social.....	532

VIII. SUJETOS

9. Pupilo.....	532
9.1. Deberes.....	533
9.2. Derechos.....	533
10. Tutor.....	534
10.1. Deberes, atribuciones y obligaciones del tutor.....	534
10.1.1. Deberes.....	534
10.1.2. Atribuciones.....	535
10.1.3. Obligaciones.....	536
10.2. Prohibiciones absolutas.....	536
10.3. Prohibiciones relativas.....	537
10.4. Excepciones a la prohibición.....	537
10.5. Actos no permitidos al tutor.....	537
10.6. Tutor de tratamiento.....	538
10.7. Curador-Tutor.....	538
10.8. Protutor.....	538

10.9. Tutor ad hoc	539
11. Juez	539
12. Ministerio Público.....	539

IX. TIPOS DE TUTELA

13. Tutela testamentaria o escrituraria.....	540
13.1. Quiénes pueden nombrar.....	540
13.1.1. Padres.....	540
13.1.2. Abuelos	541
13.1.3. Cualquier otra persona en su calidad de testador.....	541
14. Tutela legítima.....	542
15. Tutela dativa	543
15.1. Por medio del consejo de familia	543
15.2. Estrictamente judicial	544
16. Tutela estatal.....	544

X. NOMBRAMIENTO

17. Definición	544
18. Formas.....	545
19. Orden de prelación para el nombramiento del tutor.....	545
19.1. Los padres.....	545
19.2. El abuelo o abuela	545
19.3. El testador.....	545
19.4. El consejo de familia	546
19.5. El juez	546

XI. DISCERNIMIENTO DEL CARGO

20. Definición	546
21. Convalidación	547
22. Diligencias previas.....	547
23. Rol del juez en el discernimiento del cargo.....	547
23.1. Competencia	547
23.2. Marco jurídico	547
23.3. Actuación del fiscal.....	547
23.4. Vía procedimental	548
23.5. Medidas cautelares	548
24. Discernimiento formal del cargo y la inscripción en registros.....	548

XII. CONDICIONES PARA LA ASUNCIÓN DE LA TUTELA

XIII. IMPEDIMENTOS PARA EJERCER LA TUTELA

25. Clasificación de los impedimentos.....	549
25.1. Impedimentos naturales	549
25.2. Impedimentos accidentales.....	549
25.3. Impedimentos legales.....	549
26. Impedimentos según el Código.....	549

XIV. IMPUGNACIÓN DEL TUTOR IMPEDIDO

XV. EXCUSAS DEL CARGO DE TUTOR

XVI. RENDICIÓN DE CUENTAS, FENECIMIENTO DE LA TUTELA, EXTINCIÓN DEL CARGO

27. Rendición de cuentas	551
28. Fenecimiento.....	552
28.1. Extinción.....	552
28.2. Cese	552
28.3. Exoneración.....	553
28.4. Impugnación	553
Bibliografía del capítulo.....	553

CAPÍTULO NOVENO
Curatela

I. GENERALIDADES Y ANTECEDENTES

II. ETIMOLOGÍA

III. DEFINICIÓN

IV. DENOMINACIÓN

V. FINALIDAD

VI. NATURALEZA JURÍDICA

VII. CARACTERÍSTICAS

1. Supletoria.....	562
2. Personalísima e intransferible.....	562
3. Obligatoria y temporal.....	562
4. Representativa.....	563
5. Remunerada	563
6. Unipersonalidad	563
7. Institución de amparo familiar y protección de los incapaces.....	564
8. Institución de interés social.....	564
9. Se regula supletoriamente por las normas de la tutela	564

VIII. SUJETOS

10. Curado	565
10.1. Legitimidad pasiva del curado.....	566

10.2. Actos realizados por el curado.....	567
10.3. Actos prohibidos al curado	567
11. Curador.....	567
11.1. Tipos.....	568
11.1.1. Curador definitivo	568
11.1.2. Curador provisional	568
11.2. Funciones.....	568
11.2.1. Atribuciones referentes a la persona del incapaz.....	569
11.2.2. Atribuciones patrimoniales	569
11.3. Curador y curado.....	569
12. Juez	569
13. Ministerio Público	569
14. Tutor de tratamiento	570

IX. SOLICITUD Y EJERCICIO DE LA CURATELA

X. IMPEDIMENTOS, EXCUSAS Y REQUISITOS

15. Impedimentos y excusas del curador.....	571
16. Requisitos previos para el ejercicio del curador	571

XI. TIPOS DE CURATELA

17. Por el estado o calidad del curado.....	571
17.1. Curatela típica	571
17.1.1. Pródigo y el mal gestor. Ebrio habitual y toxicómano	572
17.1.2. Penado.....	572
17.1.3. Fin de la curatela típica y del cargo del curador	572
17.2. Curatela de bienes.....	572
17.2.1. Curatela de los bienes del desaparecido y del ausente	573
17.2.2. Curatela de los bienes del concebido.....	574
17.2.3. Curatela de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie.....	574
17.2.4. Curatela de bienes dados en usufructo	576
17.2.5. Funciones del curador de bienes	576
17.2.6. Pluralidad de curadores. Cocuradores.....	577
17.2.7. Juez competente	577
17.2.8. Cesación.....	577
17.3. Curatelas especiales.....	578
17.3.1. Para asuntos determinados.....	578
17.3.2. Casos en que procede la curatela especial	578
17.3.3. Nombramiento.....	578
17.3.4. Funciones.....	579
17.4. Especies intermedias	579
18. Por la forma de su naturaleza.....	580
18.1. Curatela legítima.....	580
18.1.1. Autotutela	580
18.1.2. Curador legítimo.....	583
18.2. Curatela testamentaria o escrituraria.....	584
18.3. Curatela dativa	585

18.4. Otros casos legales de curatela.....	586
18.5. Fin de la curatela y cargo del curador.....	586
18.6. Curador procesal.....	587

XII. EFICACIA DE LA SENTENCIA

XIII. INVALIDACIÓN DE LOS ACTOS ANTERIORES

XIV. TÉRMINO DE LA CURATELA

XV. REHABILITACIÓN

XVI. LEVANTAMIENTO DE LA INTERDICCIÓN

XVII. TUTELA Y CURATELA

Bibliografía del capítulo.....	591
Anexo.....	593

CAPÍTULO DÉCIMO
Consejo de familia

I. ANTECEDENTES

II. ETIMOLOGÍA

III. CONCEPTO

IV. DENOMINACIÓN

V. DEFINICIÓN

VI. NATURALEZA JURÍDICA

VII. CLASIFICACIÓN

1. Consejo de familia testamentario o escriturario.....	613
2. Consejo de familia legal.....	613
3. Consejo de familia dativo.....	613
4. Consejo de familia mixto.....	614

VIII. FINALIDAD

IX. FUNDAMENTO

5. Doctrina negativa.....	614
6. Doctrina positiva.....	615

X. CARACTERÍSTICAS

7. Institución tuitiva	615
7.1. Institución supletoria	615
7.2. Acto jurídico familiar	616
7.3. Supervisión	616
7.4. Cargo gratuito e inexcusable	616
7.5. Obligatoriedad del cargo	616
7.6. Normas de carácter imperativo	616

XI. FORMALIZACIÓN

XII. FORMACIÓN E INSTALACIÓN

8. Procedencia	617
9. Improcedencia	618

XIII. ASPECTO PERSONAL

10. Protegido.....	619
11. Miembros.....	619
11.1. Impedidos.....	620
11.2. Individualización	620

XIV. CONFORMACIÓN

XV. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

XVI. LEGITIMACIÓN

XVII. TRAMITACIÓN

XVIII. PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN CASO DE REEMPLAZO DE LOS MIEMBROS

XIX. FUNCIONAMIENTO

12. Citación.....	622
13. Convocatoria y reuniones del Consejo	622
14. Personas que pueden pedir su convocatoria.....	622
15. Presidencia.....	622
16. Sanción por inasistencia	623
17. Excusa y aplazamiento de la reunión	623
18. Quórum y mayoría para la adopción de acuerdos.....	623
19. Libros de actas de Consejo de Familia y obligatoriedad de extender actas	623
20. Recursos impugnatorios	624
21. Sesiones con presencia del tutor o curador	624

XX. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS MIEMBROS

XXI. ATRIBUCIONES

22. Atribuciones específicas.....	624
-----------------------------------	-----

23. Atribuciones especiales.....	625
XXII. TERMINACIÓN	
24. Del cargo de miembro.....	625
25. Del Consejo	625
XXIII. REGULACIÓN LEGAL	
26. Antecedentes.....	626
27. Legislación.....	626
28. Código Civil	626
29. Código de los niños y adolescentes.....	629
30. Código Procesal Civil.....	630
XXIV. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO	
Bibliografía del capítulo.....	632

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

Compensación por desequilibrio

I. MARCO GENERAL

II. ORIGEN

III. DIMENSIÓN INSTITUCIONAL

IV. DIMENSIÓN CONCEPTUAL

V. LOS PROCESOS SOCIALES Y EL CONTEXTO

VI. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL E INSTITUCIONAL

1. Alimentos y compensación por desequilibrio	643
2. Divorcio, extinción de los alimentos y compensación por desequilibrio	644
3. La legitimidad de los procesos de transmisión patrimonial y la titularidad de los recursos.....	645

VII. LOS PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO

4. Separación o divorcio.....	648
4.1. El cese de la comunidad de vida	649
4.2. La convivencia o vida en común	650
4.3. Criterio de inmediatez	651
5. Desequilibrio económico –respecto del otro cónyuge–	652
5.1. Teoría objetiva del desequilibrio.....	652
5.2. Teoría subjetiva del desequilibrio.....	652
5.2.1. Concepto y amplitud del patrimonio.....	653
5.3. Las teorías objetiva y subjetiva en el artículo 97 del Código Civil español	653
5.4. Criterios temporales del desequilibrio.....	654

5.4.1.	Desequilibrio, igualdad y justicia	655
6.	Empeoramiento de situación anterior en el matrimonio “especial referencia al oportunismo”	656
6.1.	Estrategias matrimoniales y oportunismo contractual	658
6.2.	La idea de periodo de normalidad como punto de equilibrio a la luz del empeoramiento	659
6.3.	Criterios temporales del empeoramiento	660
6.3.1.	El empeoramiento frente a la igualdad de oportunidades: algunas “malinterpretaciones” jurisprudenciales	660
6.3.2.	Distinción temporal del empeoramiento	661

VIII. CIRCUNSTANCIAS

7.	Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges	665
7.1.	Disponibilidad del derecho: Renuncia	665
7.2.	Vigencia de los acuerdos, cambio de circunstancias y existencia de información	666
8.	La edad y el estado de salud	668
9.	La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo	668
9.1.	Amplitud del concepto de cualificación profesional	668
9.2.	Amplitud del concepto de probabilidad de acceso a un empleo	669
9.3.	Consolidación de los conceptos: la amplitud de la circunstancia	669
10.	La dedicación pasada y futura a la familia	671
10.1.	La pérdida de expectativas	671
10.2.	Los costes de oportunidad	672
10.3.	La dedicación pasada y el enriquecimiento indebido	672
10.4.	La dedicación futura	673
10.5.	La dedicación a la familia: amplitud del concepto	674
11.	La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge	674
12.	La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal	675
13.	La pérdida eventual de un derecho de pensión	675
14.	El caudal, los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge	676
15.	Cualquier otra circunstancia relevante	677

IX. TEMPORALIDAD

X. SUSTITUCIÓN

XI. MODIFICACIÓN

XII. EXTINCIÓN

16.	El cese de la causa	682
17.	Nuevo matrimonio o convivencia del acreedor	683
17.1.	Amplitud conceptual de la vida marital	683
17.1.1.	Elementos configuradores	684
18.	Delimitación y consolidación conceptual	685

XIII. CARACTERÍSTICAS DE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO

19. Naturaleza	688
19.1. Tesis indemnizatoria	689
19.2. Tesis compensatoria	690
19.2.1. Nuestra tesis.....	691
20. Objeto.....	694
21. Finalidad.....	695
21.1. Directa.....	696
21.1.1. El equilibrio obligacional.....	696
21.2. Indirecta.....	696
21.2.1. La equivalencia.....	697
21.3. Posicionamiento, redistribución y adjudicación	697
22. Fundamento	697

XIV. PLANTEAMIENTO DE LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO EN EL HOGAR EN CATALUÑA

23. Compensación por desequilibrio catalana.....	699
24. Compensación económica por razón de trabajo.....	700
24.1. Presupuestos de legitimidad.....	701
24.2. Compensación económica por razón de trabajo y cargas familiares	702
24.3. Principio de igualdad y retribución	703
25. Compatibilidad de ambos derechos.....	703
26. Distinción de ambos derechos.....	703
27. La retribución.....	704
28. Relación de causalidad.....	706

XV. CONCLUSIÓN

Bibliografía del capítulo.....	707
Anexo	710
Bibliografía general	771
Índice general.....	791