

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**EL EMBARGO EXPECTATIVO DE ACCIONES Y DERECHOS DE
UN BIEN SOCIAL POR DEUDA PROPIA DE UNO DE LOS
CÓNYUGES, SU INEJECUTABILIDAD Y LA TRANSGRESIÓN A LA
SEGURIDAD JURÍDICA Y TUTELA PROCESAL EFECTIVA DEL
ACREEDOR**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: EDUAR RUBIO BARBOZA

Asesor:

Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO

Cajamarca – Perú

2018

COPYRIGHT © 2018 por
EDUAR RUBIO BARBOZA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**EL EMBARGO EXPECTATIVO DE ACCIONES Y DERECHOS DE
UN BIEN SOCIAL POR DEUDA PROPIA DE UNO DE LOS
CÓNYUGES, SU INEJECUTABILIDAD Y LA TRANSGRESIÓN A LA
SEGURIDAD JURÍDICA Y TUTELA PROCESAL EFECTIVA DEL
ACREEDOR**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: EDUAR RUBIO BARBOZA

JURADO EVALUADOR

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

M.Cs Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

M.Cs. José Pedro Cerdán Urbina
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2018



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las *17:00* de la tarde del día 14 de marzo de Dos Mil Dieciocho, reunidos en el Aula 1Q-207 de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, como Miembro del Jurado Evaluador, **Dr. JORGE SALAZAR SOPLAPUCO** en calidad de Asesora, **M.Cs. JULIO VILLANUEVA PASTOR**, **M.Cs. PEDRO CERDÁN URBINA**, como integrantes del Jurado Evaluador. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada "EL EMBARGO EXPECTATIVO DE ACCIONES Y DERECHOS DE UN BIEN SOCIAL POR DEUDA PROPIA DE UNO DE LOS CÓNYUGES, SU INEJECUTABILIDAD Y LA TRANSGRESIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y TUTELA PROCESAL EFECTIVA DEL ACREEDOR", presentada por el Bach. Derecho **EDUAR RUBIO BARBOZA**, con la finalidad de optar el Grado Académico de MAESTRO EN CIENCIAS, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Comité Científico, y luego de la deliberación, se acordó.....*Aprobar*.....con la calificación de *Distinto*.....*1.0000*.....la mencionada Tesis; en tal virtud, **Bach. Derecho EDUAR RUBIO BARBOZA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las *19:30* horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Miembro de Jurado Evaluador


.....
Dr. Jorge Salazar Soplapuco
Asesor


.....
M.Cs. Julio Villanueva Pastor
Miembro de Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Pedro Cerdán Urbina
Miembro de Jurado Evaluador

A mi esposa Mercedes Elizabeth y a mis hijos Ricardo Mathias y Zoe Belén, por el amor, la fuerza y el valor que inspiran en mí para seguir creciendo.

A mi madre Rosa Lidia, por su esfuerzo y por el respeto y amor que me inculca día a día.

Mi hermana Lorena, por su perseverancia y acompañamiento.

A mis abuelos Ricardo y Rosa Elvira, por ser inspiración de humildad y amor.

A mi asesor, por guiar el desarrollo de la presente investigación, pero sobre todo por sus consejos y su amistad de años.

A Napoleón y Luis, por ser los amigos de siempre y para toda la vida.

Antes de que te cases, mira lo que haces.

REFRÁN POPULAR

ÍNDICE

ÍNDICE	vii
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. El Problema de Investigación.....	1
1.1.1. Planteamiento del Problema.....	1
1.1.2. Contextualización.....	4
1.1.3. Descripción del Problema	5
1.1.4. Formulación del Problema	8
1.2. Justificación.....	8
1.3. Delimitación de la Investigación.....	9
1.3.1. Delimitación Temporal	9
1.3.2. Delimitación Espacial	9
1.4. Objetivos	9
1.4.1. Objetivo General	9
1.4.2. Objetivos Específicos	10
1.5. Hipótesis.....	10
1.6. Marco Metodológico.....	11
1.6.1. Métodos Empleados	11
1.6.2. Diseño de Investigación	12
1.6.3. De acuerdo al Diseño de la Investigación	12

CAPÍTULO II	13
LA SOCIEDAD CONYUGAL Y SU RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LA ACTUALIDAD	13
2.1. La Sociedad Conyugal	13
2.1.1. Noción o Concepto.....	13
2.1.2. La Sociedad Conyugal no es un Régimen Patrimonial	14
2.1.3. La Sociedad Conyugal es un Sujeto de Derecho y no necesariamente un Patrimonio Autónomo	15
2.1.4. Naturaleza Jurídica.....	19
2.1.5. Régimen Patrimonial.....	20
2.1.5.1. El Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal en el Código Civil de 1984.....	21
A. Separación de Patrimonios.....	22
B. La Sociedad de Gananciales	25
2.1.6. Protección Jurídica de la Sociedad Conyugal	27
2.1.6.1. Constitucional.....	27
2.1.6.2. Civil.....	28
2.1.6.3. Procesal	29
2.2. La Sociedad de Gananciales.....	30
2.2.1. Concepto.....	30
2.2.2. Origen.....	31
2.2.3. Bienes que integran la Sociedad de Gananciales	31
2.2.3.1. Los Bienes Propios.....	32
2.2.3.2. Los Bienes Sociales.....	33

2.2.4.	Administración y Disposición de los Bienes de la Sociedad de Gananciales	35
2.2.4.1.	La Necesaria Distinción entre Actos de Administración y Disposición de los bienes	35
2.2.4.2.	La Administración y Disposición de los Bienes Propios	38
2.2.4.3.	Administración de los Bienes Sociales	40
2.2.4.4.	Disposición de los Bienes Sociales	42
2.2.5.	Condición de los Bienes de la Sociedad de Gananciales	45
2.2.5.1.	Exclusiva de la Sociedad Conyugal	45
2.2.5.2.	Copropiedad de los Cónyuges.....	47
2.2.6.	Las Deudas, Cargas y Responsabilidades de la Sociedad Conyugal	48
2.2.6.1.	Las Deudas Voluntariamente asumidas por la Sociedad Conyugal y su Responsabilidad ante el Incumplimiento y la Responsabilidad Subsidiaria del cónyuge a Título Individual ante la Ausencia e Insuficiencia de bienes sociales.....	49
2.2.6.2.	Las Cargas Legales que generan Deudas Legales de la Sociedad y la Responsabilidad de la Sociedad Conyugal con los Bienes Sociales	50
2.2.6.2.1.	Civiles.....	51
2.2.6.2.2.	Financiera y Bancaria.....	53
2.2.7.	Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales	54
2.3.	Las Deudas Propias de uno de los Cónyuges.....	56
2.3.1.	De las Deudas Propias.....	56
2.4.	El Tratamiento de la Responsabilidad de las Deudas Propias en la Legislación Peruana ante la Suficiencia o Ausencia de Bienes Propios	59

2.4.1. La Responsabilidad Patrimonial del Cónyuge por las Deudas Propias y la Suficiencia o Ausencia o Insuficiencia de Bienes Propios	59
2.4.1.1. La Responsabilidad Patrimonial de la Sociedad Conyugal sujeta a la Sociedad de Gananciales por la deuda propia de un cónyuge ante los casos de Ausencia o Insuficiencia de bienes propios	64
2.5. El Embargo Expectativo de los Bienes Sociales por Deudas Propias de uno de los Cónyuges.....	65
2.5.1. La Posición Jurisprudencial del Tribunal Constitucional	66
2.5.2. La Posición Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia	68
2.5.2.1. A favor de la Procedibilidad de Embargo	69
2.5.2.2. En Contra de la Procedibilidad del Embargo	70
2.5.3. La Posición Jurisprudencial del Tribunal Registral Peruano	71
2.5.4. Del Estado Actual del Embargo expectatio de Acciones y Derechos sobre Bienes Sociales	72
 CAPÍTULO III	 74
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	74
3.1. La “Legitimidad” del Acreedor para Forzar el Fenecimiento y Liquidación de la Sociedad de Gananciales.....	75
3.1.1. El Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales por Cambio o Sustitución de Régimen Patrimonial y los alcances de la intervención del acreedor del Cónyuge Deudor	75
3.1.1.1. El Cambio o Sustitución Voluntaria de Régimen Patrimonial.....	76
3.1.1.2. El cambio forzoso de Régimen Patrimonial y dificultad legal de un tercero acreedor en forzar el fenecimiento y/o cambio de Régimen Patrimonial.....	76

3.1.2. La Liquidación de la Sociedad de Gananciales y los alcances de la intervención del acreedor del Cónyuge Deudor	80
3.1.2.1. El Inventario Valorizado de Bienes Sociales	82
3.1.2.2. Pago de las Obligaciones y Cargas Sociales	83
3.1.2.3. La Repartición del Haber Remanente Ganancial	85
3.1.3. Inejecutabilidad de la Ejecución y el Remate de los Bienes Sociales por Deuda Personal de uno de los cónyuges	86
3.1.3.1. La Ilusión o Fraude del Acreedor y la Afectación del Crédito ...	91
3.1.4. La Afectación a la Seguridad Jurídica y Derecho a la Tutela Procesal Efectiva del Acreedor ante la inejecutabilidad de la Medida Cautelar Expectaticia	94
3.1.4.1. La Afectación a la Seguridad Jurídica.....	95
3.1.4.2. La Afectación a la Tutela Procesal Efectiva en su derecho a la Efectividad de las Resoluciones Judiciales	96
CAPÍTULO IV	99
LA ASPECTOS GENERALES QUE DEBE CONTENER UNA REFORMA LEGISLATIVA QUE SOLUCIONE EL PROBLEMA DEL COBRO DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES ANTE LA AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE BIENES PROPIOS Y EXISTENCIA DE BIENES SOCIALES	99
CONCLUSION	105
RECOMENDACIONES	107
REFERENCIAS	108
ANEXOS	111

RESUMEN

En el presente estudio se examina el problema del pago de las deudas propias de uno de los cónyuges ante la insuficiencia o ausencia de bienes propios capaces de satisfacer las acreencias personales con un tercero. Se examina cómo se encuentra regulada la responsabilidad patrimonial directa del cónyuge y la responsabilidad complementaria de su sociedad conyugal bajo un régimen de sociedad de gananciales ante casos de deudas propias de un cónyuge, así como cuál ha sido la solución que la Ley y la jurisprudencia le han dado a través de la admisión del embargo expectatio de acciones y derechos sobre los bienes sociales.

A partir de la utilización de la hermenéutica jurídica, el autor advierte la ausencia de una regulación legislativa que permita la ejecución adecuada del embargo expectatio, lo cual transgrede la seguridad jurídica y el derecho del acreedor a una tutela procesal efectiva. A partir de ello, se establecen los aspectos generales que debe contener una reforma legislativa que debe iniciar por la modificación del artículo 307 ° del Código Civil.

Palabras clave: Deudas propias, embargo expectatio, sociedad conyugal, insuficiencia de bienes propios.

ABSTRACT

The present study examines the problem of the payment of debts owed by one of the spouses to the insufficiency or absence of own assets capable of satisfying personal debts with a third party. It examines how the direct patrimonial responsibility of the spouse and the complementary responsibility of their conjugal society is regulated under a scheme of community of acquisitions in the case of debts of a spouse, as well as what has been the solution that the Law and jurisprudence they have given through the admission of the embargo the expectation of actions and rights over social goods.

From the use of legal hermeneutics, the author warns of the absence of a legislative regulation that allows the adequate execution of the expectation embargo, which transgresses the legal security and the right of the creditor to an effective procedural protection. Based on this, the general aspects that must be included in a legislative reform that must begin with the modification of article 307 of the Civil Code are established.

Keywords: Own debts, expectation embargo, conjugal partnership, insufficiency of own property.

INTRODUCCIÓN

Si bien en la actualidad se ha puesto de manifiesto un debate académico, político y social sobre algunas instituciones del Derecho de Familia, entre ellas, el concepto de familia, matrimonio, unión civil, unión de hecho; sin embargo, aún hay problemas jurídicos pendientes que requieren atención por parte de los académicos y legisladores, y cuya solución (o respuestas) no sólo involucran al Derecho de Familia, sino también otras ramas del derecho.

Justamente, un problema aún pendiente es el referido al pago de las deudas propias de uno de los cónyuges ante la insuficiencia o ausencia de bienes propios capaces de satisfacer las acreencias con un tercero. Aunque a simple vista, puede ser de fácil comprensión, la solución es compleja. Dicha complejidad tiene dos aristas: la primera es la rigidez de la sociedad de gananciales como titular de los posibles bienes que pudiesen ser afectados para satisfacer las deudas propias de uno de sus integrantes; la segunda, tiene que ver con los vacíos normativos respecto al problema planteado.

La tesis está dividida en cinco capítulos:

En el capítulo I se presentan los lineamientos metodológicos relacionados con el problema de investigación, su justificación, su delimitación, sus objetivos y la formulación de la hipótesis.

El capítulo II se centra en el estudio de la Sociedad Conyugal y su Régimen patrimonial. En el análisis específico de la Sociedad de Gananciales, prestamos atención a las deudas propias de cada uno de los cónyuges y al tratamiento de su responsabilidad, en la legislación peruana, frente a la insuficiencia o ausencia de bienes propios y el embargo expectatio de acciones y derechos sobre los bienes sociales.

En el capítulo III se realiza la contrastación de la hipótesis. Aquí explicamos las razones jurídicas por las que el embargo expectatio de acciones y derechos de un bien social por una deuda propia de uno de los cónyuges, se puede convertir en inejecutable, transgrediendo así la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva del acreedor.

En el capítulo IV propongo los aspectos generales que debe contener una reforma legislativa del artículo 307° del Código Civil que permita solucionar el problema del cobro de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en la sociedad de gananciales ante la ausencia o insuficiencia de bienes propios y existencia de bienes sociales.

Finalmente, se exponen las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. El Problema de Investigación

1.1.1. Planteamiento del Problema

Según el artículo 323° del Código Civil peruano, los bienes de la sociedad de gananciales son de naturaleza autónoma, con garantía institucional, sin que puedan ser modificados por la sola voluntad de los cónyuges y, por tanto, no constituyen copropiedad, sino un patrimonio autónomo, previsto y regulado en el artículo 65° del Código Procesal Civil.

En este contexto, justamente cuando un bien es de la sociedad de gananciales, existe vacío legal sobre la admisión de una medida cautelar de embargo de acciones y derechos de uno de los cónyuges. No obstante, al no encontrarse prohibición ni en la ley civil ni en la ley procesal, la jurisprudencia ha permitido su concesión.

En efecto, en el Pleno Jurisdiccional Civil de 1997, realizado en la ciudad de Trujillo, se acordó por mayoría: *admitir* como medida cautelar el pedido formulado por el acreedor demandante en un proceso seguido solo contra uno de los cónyuges, en el sentido de que se afecte el derecho o expectativa que tiene el cónyuge deudor demandado en determinado bien social, lo cual sólo podrá realizarse luego de producida la liquidación de la sociedad de gananciales, dejando la posibilidad de rematar los derechos y acciones y embargados.

La posición *minoritaria* en el referido pleno también estuvo de acuerdo con el embargo de acciones y derechos de un cónyuge deudor, precisando que no resulta posible rematar los derechos y acciones embargados, pues ello implicaría atentar con lo dispuesto por el artículo 318° del Código Civil.

Algún sector judicial, específicamente la Corte Superior de Lima, estableció que procede el pedido de remate de un bien que al momento de su afectación con la medida de embargo de las acciones y derechos del ejecutado era propiedad de una sociedad conyugal que luego lo ha transferido a terceras personas. Sin embargo, cuando el único juez se atrevió a ejecutar un embargo expectatio sobre un bien social (Juez del Décimo octavo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima en el año 2010), mediante Resolución N° 093-2010-CNM del 25.02.2010 y N° 208-2010-CNM del 02.07.2010, Reconsideración) fue destituido del cargo por haber ordenado el remate de acciones y derechos en el 50% de acciones y derechos que correspondía a un bien social.

Con posterioridad al Pleno Jurisdiccional Civil de 1997, la jurisprudencia de la Corte Suprema no es unánime en aceptar la procedencia del embargo de acciones y derechos respecto de bienes sociales por deudas asumidas por uno de los cónyuges. Así, por ejemplo, mediante CAS. 3109-1998-CUZCO, la Sala Civil de la Corte Suprema sostuvo que no es posible, pero mediante CAS. 829-2001 ICA sostuvo lo contrario.

A nivel de órganos resolutivos de carácter administrativo, como el Tribunal Registral, se ha señalado que procede la anotación del embargo

sobre las acciones y derechos de uno de los cónyuges en la partida del inmueble afectado de propiedad de la sociedad conyugal, precisando que dicho gravamen se extiende sólo sobre la parte que le correspondería al demandado al fenecimiento de la sociedad de gananciales (Ver Resolución del Tribunal Registral N° 039-96-ORLC/TR del 02.02.1996).

Asimismo, en caso de resoluciones que contienen embargos administrativos sobre bienes sociales, se ha establecido que para la anotación de un embargo coactivo, sobre un bien de propiedad conyugal, es necesario que del título conste expresamente que la administración haya considerado como deudores a ambos cónyuges¹, en caso contrario también podrían embargarse como acciones y derechos, pero ello está sujeto a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, conforme se ha señalado en los casos anteriores.

La doctrina ha escrito poco sobre el tema. El profesor Plácido Vilcachagua refiere que:

En nuestro sistema existen dos posiciones encontradas con respecto a la posibilidad de embargo de los Bienes Sociales por las deudas personales de uno los cónyuges. Una que niega toda posibilidad de embargo sobre tales bienes y otra que acepta su admisión, pero sin posibilidad de ejecutarlo, respecto a estas posiciones, admito como medio de solución la posición que concede la posibilidad de embargo, evitando así la burla de los cónyuges a sus acreedores o el fraude en muchos comerciantes minoritarios, los cuales han resultado ser los más perjudicados. (Plácido Vilcachagua, 2005, p. 31)

¹ Tercer precedente aprobado en el XXII PLENO del Tribunal Registral, Sesión ordinaria realizada los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2006. Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 24 de enero de 2007. Criterio sustentado en la Resolución N° 565-2006-SUNARP-TR-L del 27 de setiembre de 2006.

Existen diversas tesis que tratan de dar solución al problema, tales como: a) Tesis del Beneficio de la Familia, b) la Afectación de la parte que le Correspondería al Cónyuge Deudor, c) Tesis de la Compensación Patrimonial Vía Integración Judicial y d) Tesis de la Presunción de la Deuda (Calderón Ramos, 1997, p. 130); sin embargo, a pesar de estas propuestas, lo cierto es que en la práctica judicial y administrativa es unánime su concesión. Lo más problemático, en realidad, es su *ejecución*, pues como requisito previo exige la disolución, liquidación y fenecimiento de la sociedad de gananciales, pero las normas sustantivas y adjetivas no legitiman al acreedor a solicitar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, lo cual convierte en ilusorio e inejecutable el cobro de los embargos concedidos, transgrediendo la seguridad jurídica y el propio derecho a la tutela jurisdiccional.

1.1.2. Contextualización

Si bien ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (solo SUNARP, en adelante) se ingresan mandatos de inscripción de embargos en forma de inscripción sobre las acciones y derechos de uno de los cónyuges, sobre un bien de la sociedad conyugal; sin embargo, no se presentan solicitudes sobre ejecuciones y/o adjudicaciones por remate de dichas acciones.

El procedimiento legal para ejecutar las acciones y derechos de un cónyuge embargado es dificultoso, pobre. La regulación actual la hace en inejecutable.

1.1.3. Descripción del Problema

El instituto de la sociedad conyugal, como ente representativo del matrimonio, ha sido y es todavía objeto de constante estudio por las nuevas corrientes del derecho. De ahí que cada una de sus instituciones se encuentren en constante revisión y confrontación con la realidad jurídica.

Precisamente, esa revisión y confrontación con la realidad jurídica nos lleva a identificar, por ejemplo, que la regulación del régimen patrimonial de Sociedad de Gananciales de la sociedad conyugal en el Código Civil 1984 presenta algunas limitaciones. Entre ellas, el no haber contemplado explícitamente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de incumplimiento de una deuda propia de uno de los cónyuges. La consecuencia de ello sería legitimar al acreedor para forzar su liquidación en dicho supuesto.

Así pues, resulta evidente que se han generado problemas en el cobro de las deudas contraídas por uno de los cónyuges integrante de la sociedad conyugal, cuando éste no tiene ningún bien propio que cubra dicha deuda: el vacío normativo convierte en ilusión el cobro de una acreencia, pues el deudor no tiene ningún bien propio para satisfacer la obligación. Las normas sustantivas y mecanismos procesales no han establecido, pues, cauces adecuados para que dicha acreencia se haga efectiva.

Es constante observar procesos en los que un cónyuge es demandado para satisfacer una deuda personal, y el demandante (acreedor), para asegurar el pago de su acreencia, recurre a la medida cautelar de *embargo expectatio* en forma de inscripción de las acciones y derechos del

cónyuge deudor que tendrá sobre un bien social luego de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Aunque a nivel jurisprudencial² y doctrinario (Placido Vilcachaua, 2005, p. 31) la procedencia de dicha medida cautelar no es unánime, al menos la posición mayoritaria admite conceder las medidas cautelares de embargo de las acciones y derechos de uno de los cónyuges, sobre un bien de la sociedad de gananciales, siempre que esta se ejecute al fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, el fenecimiento de la sociedad de gananciales supone el término del régimen patrimonial y se produce en los casos señalados en la ley (artículo 318 del Código Civil) y que se resume en tres grupos:

- a. Por la disolución del vínculo matrimonial: la invalidación del matrimonio, el divorcio y la muerte de uno de los cónyuges.
- b. Por interrupción de la vida común. la separación de cuerpos y la declaración de ausencia de uno de los cónyuges.
- c. Por el cambio de régimen patrimonial al de separación de patrimonio.

De una interpretación literal de la disposición, tenemos que no existe ninguna causal explícita que permita el fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales en los casos en que uno de los cónyuges tenga una deuda insatisfecha y reclamada judicialmente. Tampoco existe un mecanismo por el cual el acreedor pueda forzar la liquidación de la sociedad de gananciales.

² Mediante CAS. 3109-1998 CUZCO la Sala Civil de la Corte Suprema sostuvo que no es posible; sin embargo, mediante CAS. 829-2001 ICA, sostuvo que si es posible.

Así, debido al vacío normativo, incluso cuando la demanda sea declarada fundada y el acreedor haya conseguido una medida cautelar de ese tipo, esto no significa que logrará ejecutar y cobrar su acreencia.

Cabe mencionar que si bien se ha previsto un mecanismo administrativo (el inicio de procedimiento concursal ante Indecopi) para forzar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, este procedimiento tiene requisitos muy exigentes, lo cual además aumenta costos de transacción.

Aunado a lo anterior, la liquidación de la sociedad de gananciales, conforme a lo dispuesto por el artículo 322° del Código Civil³, tiene que someterse a un procedimiento para poder determinar cuáles de los bienes tendrán la condición de gananciales, y sobre los ellos recién podrá hacerse cobro de la acreencia.

Surgiría entonces una duda sobre lo que pasa si después de la liquidación de la sociedad de gananciales no queda ningún remanente que tenga la condición de ganancial; como es de suponerse, el acreedor no tendrá ningún bien con que hacerse cobro y todo el camino recorrido simplemente ha sido vano y seguramente la insatisfacción de sentirse burlado, favoreciéndose el fraude y perjudicándose el crédito. (Morán Morales, 2005, p. 4).

Así pues —reitero—, si bien la Jurisprudencia y la doctrina mayoritaria admiten la procedencia de los embargos de las acciones y

³ Art. 322° del Código Civil: “Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren”.

derechos de uno de los cónyuges sobre un bien de propiedad de la sociedad conyugal, condicionando su ejecución al fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales (artículos 318° y 322° del Código Civil), sin embargo, las causales señaladas en el Código Civil son limitadas, toda vez que no se ha previsto una causal propia que pueda acoger la problemática del cobro de una acreencia a un cónyuge deudor, lo cual dificulta la ejecución de las *cuotas ideales* de un cónyuge deudor gravadas con embargos trabados, existiendo por tanto un vacío legal que puede afectar tanto al cónyuge no deudor como al tercero acreedor, por cuanto éste último puede verse únicamente ilusionado con el cobro de su acreencia y eventualmente hasta puede ser sujeto de fraude.

1.1.4. Formulación del Problema

¿Cuáles son las razones jurídicas por las cuales el embargo expectatio de acciones y derechos de un bien social por una deuda personal de uno de los cónyuges se puede convertir en inejecutable, transgrediendo la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva del acreedor?

1.2. Justificación

Nuestra investigación permitió describir, explicar, analizar y reevaluar una realidad: el embargo expectatio de acciones y derechos de un bien social por una deuda propia de un cónyuge, pero que, a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia no ha tenido una respuesta adecuada.

En este orden de ideas, la investigación permitió demostrar cómo nuestro sistema jurídico en la actualidad no regula adecuadamente o proporciona los medios idóneos para la protección de la sociedad conyugal, cónyuge no deudor y acreedor, cuando uno de los cónyuges asume deudas particulares.

Así pues, la investigación planteó argumentos para una reforma legislativa que solucione el problema del cobro de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en la Sociedad de Gananciales.

1.3. Delimitación de la Investigación

1.3.1. Delimitación Temporal

Se circunscribió a la normatividad vigente sobre la materia hasta el mes de diciembre de 2017.

1.3.2. Delimitación Espacial

Abarcó el estudio de la normatividad y jurisprudencia nacional.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Determinar las razones jurídicas por las cuales el embargo expectatio de acciones y derechos de un bien social por una deuda personal de uno de los cónyuges se puede convertir en inejecutable, transgrediendo la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva del acreedor

1.4.2. Objetivos Específicos

- a. Explicar y fundamentar la responsabilidad actual del cónyuge y la sociedad conyugal sujeta a un régimen de sociedad de gananciales ante el incumplimiento de la deuda personal de uno de los cónyuges.
- b. Determinar los efectos jurídicos del marco normativo de ejecución de las cuotas ideales de uno de los cónyuges deudores sobre un bien social que integra la sociedad de gananciales.
- c. Proponer los aspectos generales que debe contener una reforma legislativa que solucione el problema del cobro de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en la sociedad de gananciales.

1.5. Hipótesis

Las razones jurídicas por las cuales el embargo expectatio de acciones y derechos de un bien social por una deuda propia de uno de los cónyuges se puede convertir en inejecutable, transgrediendo la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva del acreedor, son:

- a) La disolución y liquidación previa de la sociedad de gananciales.
- b) La inexistencia de legitimidad del acreedor para forzar la liquidación de sociedad de gananciales ante el incumplimiento de una deuda propia por un cónyuge, y
- c) Aun cuando se declare fundada la demanda ello no garantiza su ejecución.

1.6. Marco Metodológico

1.6.1. Métodos Empleados

En esta investigación, al tratarse de una investigación jurídica se ha realizado tomando en cuenta las disposiciones normativas con la intención de evaluar la norma y con ella misma buscar alternativas posibles. En ese sentido se tuvo que emplear los lineamientos explicados por Savigny, que en nuestros días se subsumen en el método de hermenéutica jurídica, y que parte de la exégesis.

El método empleado consiste en tomar en consideración la exégesis básica, pero realizando una interpretación institucional y tomando en cuenta los criterios que involucran en análisis de las partes lógica, gramática e histórica.

Para tal efecto, se examinó el problema del pago de las deudas propias de uno de los cónyuges ante la insuficiencia o ausencia de bienes propios capaces de satisfacer las acreencias personales con un tercero. También interpretó la forma en que se encuentra regulada la responsabilidad patrimonial directa del cónyuge y complementaria de su sociedad conyugal bajo un régimen de sociedad de gananciales ante casos de deudas propias cónyuge, la interpretación también abarca las soluciones que la Ley y la jurisprudencia le ha otorgado a través de la admisión del embargo expectatio de acciones y derechos sobre los bienes sociales.

1.6.2. Diseño de Investigación

Por un lado, fue *básica*, pues tuvo por objeto el estudio, la descripción y la argumentación de la necesidad de replantear la Teoría existente respecto de la responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales.

Pero nuestra investigación fue también *cualitativa*, por cuanto partió de la evaluación y análisis de casos y procedimientos tipo, a fin de contrastar la propuesta.

1.6.3. De acuerdo al Diseño de la Investigación

La presente investigación es *causal explicativa*, ya que se plantea estudiar el porqué de los hechos, fenómenos, cosas, así como las causas y efectos de los hechos materia de investigación.

Asimismo, es *propositiva*, por cuanto pretende plantear un modelo jurídico y reforma legal que debe contener el Código Civil respecto del problema de las deudas de uno de los cónyuges.

CAPÍTULO II

LA SOCIEDAD CONYUGAL Y SU RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LA ACTUALIDAD

2.1. La Sociedad Conyugal

2.1.1. Noción o Concepto

La Constitución Política de 1993°, prescribe en su artículo 4° que: “La comunidad y Estado (...) protegen a la familia y promueve el matrimonio.” En virtud de ello, tanto la carta fundamental como las normas infra constitucionales consagran una serie de mandatos que buscan proteger a la familia y sobre todo a una de sus fuentes naturales y fundamentales como es el matrimonio al que además debe promoverlo.

Es justamente la institución del matrimonio, como fuente de la familia, la que nos merece especial atención, por cuanto su celebración da nacimiento automático a tres aspectos jurídicos trascendentales:

- a) El primero: El cambio del status jurídico respecto del estado civil de una persona que pasa de soltera a casada y, con ello, el cambio de la naturaleza de los bienes que adquiera.
- b) El segundo: El nacimiento de nuevos deberes y obligaciones para cada cónyuge.
- c) Tercero. El nacimiento de una comunidad cuyas nuevas obligaciones y derechos como sujeto independiente, denominado por mandato de la ley “sociedad conyugal”.

Así pues, sostengo que la sociedad conyugal no es un “hecho” o “circunstancia” originada por la celebración del matrimonio entre varón y mujer, sino que —por el contrario— es un sujeto de derecho de naturaleza autónoma que se constituye como efecto legal de la celebración del matrimonio entre varón y mujer, libres de impedimento matrimonial.

En tal sentido, la sociedad conyugal es un sujeto de derecho, que se forma como consecuencia legal y automática del matrimonio, siempre que no haya disposición en contrario.

La sociedad conyugal, como sujeto de derecho, se encuentra regulada implícitamente y de una interpretación sistemática en la Sección Segunda de nuestro vigente Código Civil, formada a la vez por las siguientes instituciones:

- El matrimonio
- Las relaciones personales entre los cónyuges
- El régimen patrimonial del matrimonio, que comprende: la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios.
- Decaimiento y disolución

2.1.2. La Sociedad Conyugal no es un Régimen Patrimonial

La tradición civil italiana, que tuvo a uno de sus más ilustres juristas a Francesco Messineo, sostenía que la sociedad conyugal es un patrimonio autónomo colectivo dotado de autonomía patrimonial imperfecta que corresponde por cuotas intelectuales a cada uno de sus titulares. Estos tienen prohibida la disponibilidad del derecho sobre la cuota misma (Messineo, 1920, p. 130 y ss).

Nuestro Código Procesal Civil en su artículo 65°, lejos de entender a la sociedad conyugal como sujeto de derecho, la entiende, más bien, como un régimen patrimonial. Al respecto, cabe hacer algunas diferencias, que rechazan dicha postura por supuesto.

En primer lugar: Si asimilamos a la sociedad conyugal como un régimen patrimonial, sería lo mismo decir “sociedad conyugal” o “sociedad de gananciales” o “régimen de bienes separados”, lo cual desnaturaliza totalmente la existencia de dicho sujeto de derecho, a partir de la regulación hecha en el Código Civil, aun cuando existan contradicciones con el Código Procesal Civil, según referiremos más adelante.

Así, de la revisión de las instituciones de la sociedad conyugal recogidas en el Código Civil, puede advertirse que el régimen patrimonial es una institución de la “sociedad conyugal”, lo cual nos lleva a descartar aquellas acepciones que identifican a la sociedad conyugal como sinónimo de régimen patrimonial⁴.

2.1.3. La Sociedad Conyugal es un Sujeto de Derecho y no necesariamente un Patrimonio Autónomo

Nuestra legislación Civil expresamente reconoce cuatro sujetos de derecho. Estos, conforme a los artículos 1, 76, 124, 127, y 130 del Código Civil, son:

⁴ Entre los que son adeptos a este criterio encontramos por ejemplo a Espinoza Pérez (s.f.). Un mayor detalle sobre la discusión sobre cuál es la naturaleza jurídica de la Sociedad Conyugal podemos encontrar en la obra del profesor Argentino Bellusio (2004, pp. 57 y ss).

- a) La persona natural
- b) La persona jurídica
- c) El concebido
- d) Las organizaciones no inscritas

Ahora bien, el hecho de que nuestra legislación reconozca cuatro sujetos de derecho, no encontrándose entre ellos (de manera expresa) a la sociedad conyugal, ello no le niega su condición de sujeto de derecho. Es necesario apreciar que:

- a. El hecho de que la legislación civil haya establecido expresamente cuatro sujetos de derecho, ello no significa que tal lista sea taxativa y de *numerus clausus*.
- b. No existe proscripción legal-institucional del reconocimiento de otros sujetos de derecho distintos a los indicados líneas arriba.
- c. La condición de sujeto de derecho no está determinado por su tipicidad, sino por las cualidades que el ordenamiento jurídico lo regule como un ente al que se le imputa deberes y derechos, según la definición dada por el profesor Carlos Fernández Sessarego (2001, p. 36)

No cabe duda, pues, que la sociedad conyugal es *un sujeto de derecho* independiente de los cónyuges, ya que tiene:

- a) Su propia esfera en el ordenamiento jurídico, la misma que le confiere derechos, obligaciones y deberes distintos a los cónyuges.
- b) Su propio desarrollo fáctico, guiado por las relaciones inter cónyuges y su exteriorización económica con terceros guiados como un patrimonio autónomo.
- c) Sus propios fines como instituto fundamental de la sociedad y del Estado, al ser soporte de la familia e instrumento de conservación de la misma.

El reconocimiento del *status jurídico* de la sociedad conyugal como sujeto de derecho independiente de cada cónyuge, excede y desborda a la concepción clásica tradicional de que la sociedad conyugal más que un sujeto de derecho es un patrimonio autónomo. Así está regulado en el artículo 65° del Código Procesal Civil⁵, que en su segundo párrafo señala “*La Sociedad Conyugal y otros patrimonios autónomos...*”, lo cual conlleva a la conclusión errónea de que la sociedad conyugal sería un patrimonio autónomo.

⁵ **Código Procesal Civil:**

Artículo 65.- Representación procesal del patrimonio autónomo.- Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el Artículo 93.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en 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 ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 4."

La consideración de sujeto de derecho de la sociedad conyugal no puede, por tanto, ser vista desde su calificación legal de patrimonio autónomo. La concepción legal de patrimonio autónomo, recogida en el Código Procesal Civil, no se enmarca en la sociedad conyugal sino en su régimen patrimonial.

Según el concepto legal de patrimonio autónomo, existe un patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

Nótese que, conforme a dicho concepto, el patrimonio autónomo exige:

- a) Existencia de dos o más personas
- b) Que estas personas tengan un derecho sobre un bien
- c) Que estas personas tengan un interés sobre un bien.

Entonces, un patrimonio autónomo exige necesariamente de pluralidad de personas y derechos o intereses sobre bienes; vale decir, si no nos encontramos ante una pluralidad de personas o éstas no tienen un derecho o interés sobre un bien, no existe patrimonio autónomo.

Ahora bien, si participaríamos de la idea que la sociedad conyugal es un patrimonio autónomo, ¿podríamos afirmar que un elemento esencial de la sociedad conyugal para su constitución, mantenimiento y extinción es que siempre los cónyuges tienen o deben tener derecho o intereses sobre un bien? La respuesta es negativa: la sociedad conyugal no exige como elemento esencial de configuración derechos o intereses

de los cónyuges sobre los bienes. Existen sociedades conyugales en las que no existen bienes respecto de los cuales los cónyuges tengan derechos o intereses sobre los mismos.

Por tal razón, los cónyuges que forman la sociedad conyugal no en todos los casos tienen derechos o intereses sobre un bien, lo cual descarta de plano que en todos los casos la sociedad conyugal sea un patrimonio autónomo sino más bien un sujeto de derecho como hemos afirmado.

2.1.4. Naturaleza Jurídica

Diversas tesis se sostienen en el ámbito de la doctrina sobre la naturaleza de nuestro régimen legal⁶. Se ha afirmado que sería un condominio, lo cual pasa por alto que el condominio se establece sobre bienes determinados y no sobre universalidades, como son las masas de bienes gananciales.

También se ha afirmado que sería una *copropiedad* peculiar, de carácter asociativo e indivisible. Asimismo, se afirma que estamos ante una *comunidad de derechos*.

Sobre el particular, debemos tener en cuenta que la naturaleza de la sociedad conyugal incide, más de una vez, en el modo de resolver cuestiones específicas relativas a la titularidad de los bienes, y a su gestión —que señalaremos en su momento—, por lo que, en ese sentido, no es una sociedad, una persona jurídica, una comunidad, ni

⁶ A Mayor detalle se sugiere revisar el trabajo de Brema Sesma (1996). Así como lo comentado por la profesora Carozzi Failde (2015, pp. 33 y ss).

mucho menos una copropiedad particular, más bien es un *sujeto de derecho*, con un patrimonio autónomo, con un régimen legal propio que reviste aspectos distintos entre los cónyuges y frente a terceros.

2.1.5. Régimen Patrimonial

La sociedad conyugal, como sujeto de derecho, tendrá un patrimonio propio para satisfacer las necesidades inherentes a su existencia y desarrollo. Pero también sus integrantes desarrollan sus intereses pecuniarios y el efecto de los mismos debe ser evaluado en relación a ellos mismos, su sociedad conyugal y los terceros.

En esta labor, el régimen patrimonial de la sociedad conyugal toma relevancia en el Derecho, puesto que los intereses económicos-patrimoniales que tengan los cónyuges a título individual, respecto a cada uno de ellos, de su sociedad conyugal y los terceros, deben ser previamente establecidos por ellos y, en su defecto, ante la omisión por la Ley, antes de la celebración o durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La doctrina clásica (Josserand, 1951; Planiol y Ripert, 1946; Alessandri Rodríguez, 1935) sostiene de forma unánime que el régimen patrimonial es el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos, ya sea entre sí, ya sea en sus relaciones con terceros

Ontaneda Vallejos (2010) señala que por régimen patrimonial debemos entender el conjunto de reglas que regulan la relación patrimonial entre los cónyuges y frente a terceros.

Así, pues comparto la idea de que el régimen patrimonial no es otra cosa que un estatuto que establece las reglas que regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges respecto de ellos mismos, respecto de estos su sociedad conyugal y, por último, respecto de terceros, cuyo patrimonio generalmente está formado por un conjunto de bienes, derechos, obligaciones y deudas que son valorables económicamente y que tiene todo sujeto.

2.1.5.1. El Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal en el Código Civil de 1984

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges están reguladas en el Código Civil de 1984, específicamente en el Libro III, Derecho de Familia Título III y se inspira en los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución de 1993, habiéndose concretado estas directrices en los artículos 292, 313, 315 y 317 del Código Civil (Ontaneda Vallejos, 2010).

Ahora bien, los aspectos básicos que —conforme a su definición— todo régimen patrimonial debe regular son:

- a) El derecho de propiedad sobre los bienes de la sociedad conyugal y los bienes propios.
- b) Las facultades de disposición y administración de dichos bienes.

- c) Los derechos de terceros frente a las deudas de la Sociedad Conyugal,
- d) Los derechos de los terceros frente a las deudas propias de los cónyuges.
- e) La disolución, liquidación y extinción del régimen.

Nuestro Código Civil de 1984 (a pesar de que dichos aspectos básicos no han sido regulados plenamente), organiza económicamente la sociedad conyugal en dos regímenes patrimoniales, *el de separación de patrimonios y la sociedad de gananciales*.

En cuanto a su *elección*, los cónyuges o la Ley, en ciertos casos, elegirán uno de ellos antes o después del matrimonio.

A. Separación de Patrimonios

El régimen patrimonial en la sociedad conyugal que existía en nuestro país hasta antes de la vigencia del Código Civil de 1984, era uno de carácter forzoso, en el cual no existía posibilidad de elección de régimen patrimonial por parte de los cónyuges como hoy en día se encuentra regulado.

En el Código Civil de 1936, el régimen patrimonial de la sociedad conyugal por excelencia era la sociedad de gananciales, no existía propiamente el régimen de separación de patrimonios, tal como se entiende hoy.

Si bien en los artículos 240°, 241° y siguientes se prevé la posibilidad de la separación de bienes, en la sociedad conyugal esta se producía ora por la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges, ora por declaración del juez.

Aun cuando con la Ley 15779, publicada el 10 de diciembre de 1965, que añadió al artículo 241° del Código Civil de 1936, se estableció la posibilidad de cambio de régimen patrimonial de sociedad de gananciales por separación de patrimonios a solicitud de ambos cónyuges, ello requería de dos requisitos: el primero, que los cónyuges expresen la causa, y segundo, que lo declare el juez, en caso contrario no procedía el régimen de separación de patrimonios en la sociedad conyugal.

Así pues, antes del Código Civil de 1984 dicho régimen no era pasible de ser elegido en cualquier momento, y más bien la sociedad de

gananciales era un régimen que devenía de la voluntad de la ley; y el régimen de separación de patrimonios era uno de carácter subsidiario que se justificaba y admitía sólo por necesidad y por excepción declarada por el Juez.

De ello podemos apreciar que el papel de la separación de patrimonios, desde sus inicios en nuestro país, es ser un *régimen de subsidio*, una defensa y protección para determinados casos, en los que la administración de la sociedad de gananciales pone en peligro los bienes de cada cónyuge y por ello destruye dicha sociedad y le da a cada cónyuge lo que le corresponde con el derecho de administrar y disponer sin limitaciones de sus bienes propios.

Es, entonces, una medida de protección, por la cual se separan los patrimonios y derecho pecuniario de los cónyuges y la administración de los mismos con el fin de poner los bienes de uno de ellos a salvo de los peligros que proporciona si subsistiera la sociedad de gananciales.

Según el Código Civil de 1984, la separación de patrimonios, consiste en que tanto el esposo como la esposa tienen un patrimonio

propio, en la que no puede existir fusión de patrimonio de los cónyuges, pues no existen bienes de la sociedad conyugal debido a que el esposo como la esposa son propietarios de lo suyo, afrontando el pago de sus obligaciones, desapareciendo de esta manera la unidad de la administración del patrimonio y la unidad de la obligación que contraigan los cónyuges.

Así pues, el artículo 327° del Código Civil señala que en el régimen de separación de patrimonios cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, además de corresponderle los frutos y productos de dichos bienes.

De ello podemos apreciar su nota característica: en el régimen de separación de patrimonios solo existen bienes propios, no puede hablarse de bienes de la sociedad de gananciales, aquí la sociedad conyugal no tiene bienes.

B. La Sociedad de Gananciales

El Código Civil peruano de 1984, tal como lo hemos dejado notar, ha tenido cierta

preferencia impositiva de la sociedad de gananciales como el régimen patrimonial por excelencia de la sociedad conyugal y que denota la comunidad que se forma con el matrimonio para el sostenimiento de la familia.

Si bien el Código Civil vigente no proporciona una definición de la sociedad de gananciales, el artículo 301° prescribe que: “*En el régimen de la sociedad de gananciales pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad*”.

De lo anterior podemos advertir que la nota característica de la sociedad de gananciales, tal como refiere el profesor Cornejo Chávez (1998, p. 311), repitiendo la fórmula del Código anterior, es que (...) en el régimen de gananciales (...) pueden existir bienes propios como bienes de la sociedad.

Los *bienes propios* se encuentran taxativamente regulados en el Art. 302° del Código Civil⁷; sin embargo, para poder

⁷ **Artículo 302°.- *Bienes propios.***

Son bienes propios de cada cónyuge: 1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales; 2. Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla; 3. Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito; 4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad; 5. Los derechos de autor e inventor; 6. Los libros,

determinar los bienes sociales, necesariamente debemos remitirnos al artículo antes indicado, y haciendo una exclusión a la relación de bienes que tienen la calidad de propios, dependiendo de la circunstancia concreta a que hace referencia por ejemplo el artículo 310° del Código civil, se concluye que los bienes que no constituyen bienes propios, son considerados como bienes sociales, como lo desarrollaremos en el siguiente capítulo.

2.1.6. Protección Jurídica de la Sociedad Conyugal

2.1.6.1. Constitucional

La Constitución Política de 1993 no ha regulado expresamente a la sociedad conyugal (institución) sino al matrimonio (acto jurídico).

Al respecto, si bien el matrimonio constitucionalmente tiene una serie de prerrogativas reconocidas en la Constitución Política, no menos cierto es que la regulación en específico y efectos que esta produce se ha dejado a las normas de desarrollo constitucional —tal como se puede advertir del artículo 4°— entre las cuales destaca el

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; 7. 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; 8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio; 9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

Código Civil. Vale decir: la protección o marco constitucional de la sociedad conyugal reposa, en estricto, en la competencia exclusiva de la Ley civil para regular dicho instituto (Placido Vilcachagua, 2005).

Ello no significa, por supuesto, que las normas constitucionales no se apliquen a la sociedad conyugal. Por el contrario, puedo señalar que la protección constitucional de la sociedad en su ámbito de sujeto de derecho le resulta aplicable lo referido a derechos constitucionales recogidos en el artículo 1° y 2° de la Carta Magna.

Lo relacionado con los aspectos económicos u otros de tipo civil, ha sido dejado al desarrollo legislativo.

2.1.6.2. Civil

Nuestro Código Civil peruano de 1984, anterior a la Constitución Política de 1993, a la luz de lo autorizado por la Constitución, en los libros de *Derecho de Personas* y *Derecho de Familia*, ha otorgado especial protección a la sociedad conyugal, por cuanto se le ha reconocido la calidad de sujeto de derecho tal como hemos referido.

Asimismo, también se debe destacar la especial atención a sus regímenes patrimoniales y, sobre todo, al de sociedad de gananciales, toda vez que si bien se permite que los cónyuges opten por el régimen patrimonial según sus

intereses —sociedad de gananciales o régimen de bienes separados— el legislador entendió que el régimen por naturaleza a adoptar por parte de los cónyuges sería el de sociedad de gananciales, puesto que no le estableció ningún requisito para su constitución, caso que no ocurrió con el de régimen de bienes separados al cual le estableció como requisito la formalización por escritura pública e inscripción en los Registros Públicos, a fin de que éste sea válido y oponible respecto de terceros.

En efecto, nuestro Código Civil ha otorgado cierto favoritismo en la protección del régimen patrimonial de la sociedad conyugal, para el caso de la sociedad de gananciales, bajo el principio de *pro familia*.

2.1.6.3. Procesal

Desde el punto de vista del Derecho Procesal Civil, se entiende a la sociedad conyugal como un patrimonio autónomo, de conformidad con el artículo 65° del Código Procesal Civil, lo cual nos resulta discutible por cuanto más que un patrimonio autónomo, la sociedad conyugal es un sujeto de derecho.

En el ámbito procesal, la representación de la sociedad conyugal corresponde a ambos cónyuges en el caso de ser demandados y si son demandantes cualquiera de ellos puede representar a la sociedad conyugal.

2.2. La Sociedad de Gananciales

2.2.1. Concepto

La sociedad de gananciales, como hemos anotado, es un régimen patrimonial de la sociedad conyugal que implica una comunidad de bienes entre cónyuges: ambos se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos y les serán atribuidos por mitad al disolverse la misma. Esta sociedad comenzará en el momento del matrimonio o con posterioridad a él cuando se pacte en capitulaciones (Molina Sarmiento, 2008).

En la jurisprudencia judicial (Cas N° 3109-98-Cusco-Madre de Dios) y Registral (Res N° 630-2015-SUNARP-TR-L) se ha entendido a la sociedad de gananciales como un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas, sino que por el contrario es una comunidad de bienes distinto al patrimonio de cada cónyuge.

Visto así, la sociedad de gananciales es un régimen patrimonial reconocido como patrimonio autónomo, en virtud del cual los cónyuges constituyen una comunidad de bienes, en la cual hacen comunes los bienes o ganancias adquiridos⁸ por cualquiera de ellos durante la vigencia de la sociedad y que les serán atribuidos por mitades, luego de la liquidación de la misma —siempre que quede un remanente.

⁸ Cabe precisar que la adquisición deberá ser a título oneroso y siempre que la causa de su adquisición no le preceda un bien propio. Es posible también que los bienes adquiridos a título gratuito sean de la sociedad de gananciales siempre que la adquisición se haga expresamente para la sociedad de gananciales.

2.2.2. Origen

La sociedad de gananciales se inicia al momento de celebrarse el matrimonio o en la fecha de cambio del régimen (si es que los cónyuges eligieron en un inicio el régimen de separación de patrimonios); este tema, se encuentra desarrollado en nuestro Código Civil, pero también ha sido de interés para la doctrina nacional y extranjera.

Entonces, su origen puede resumirse en:

- **Originario:** Al celebrarse el matrimonio.
- **Posterior:** Fecha de cambio de régimen si los cónyuges optaron por el de bienes separados, dicho cambio deberá constar por escritura pública e inscrita el fenecimiento del régimen de separación de patrimonios en el Registro Personal de la SUNARP.

2.2.3. Bienes que integran la Sociedad de Gananciales

En el artículo 301° del Código Civil se ha establecido que en el régimen de la sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

Pues bien, analizando el mencionado artículo, vemos que la característica esencial del régimen de sociedad de gananciales es que dentro de él existe una pluralidad de bienes, tanto propios como sociales.

2.2.3.1. Los Bienes Propios

El artículo 302° del Código Civil, señala que son bienes propios de cada cónyuge:

1. ***Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales:*** Vale decir, todos los bienes con los cuales el cónyuge tuviese antes de iniciar el régimen de la sociedad de gananciales.
2. ***Los que adquiriera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.*** Se refiere a aquellos bienes cuya adquisición dentro de la vigencia de la sociedad de gananciales a título oneroso tiene como causa inmediata de adquisición otro bien propio del cónyuge adquirente.
3. ***Los que adquiriera durante la vigencia del régimen a título gratuito:*** Se refiere a la adquisición de bienes a título de donación o anticipo de herencia.
4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
5. Los derechos de autor e inventor

6. 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.
7. 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.
8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.
9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

2.2.3.2. Los Bienes Sociales

De conformidad con el artículo 310° del Código Civil, son bienes sociales:

- a) Todos los no comprendidos en el artículo 302 (ítem 2.2.3.1.).
- b) Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión.
- c) Los frutos y productos de todos los bienes propios
- d) Los frutos y productos de los bienes de la sociedad

- e) Las rentas de los derechos de autor e inventor
- f) Los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.

Si bien podríamos señalar que los bienes sociales serán determinados por exclusión de los bienes propios, vale decir: en tanto un bien no se encuentre en alguno de los supuestos de bienes propios será social; también es necesario tener en cuenta que la calificación de un bien como social adicionalmente a lo dispuesto en el artículo 310° del Código Civil se considerara tres reglas:

1. Presunción de gananciabilidad de los bienes: Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
3. 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

Consecuentemente, la determinación del operador jurídico de un bien como social, partirá de la presunción de gananciabilidad de los bienes, salvo se pruebe que el bien se encuentra dentro de los supuestos del artículo 302° del Código Civil o las reglas 2 y 3 antes indicadas.

Así del análisis de los bienes propios y sociales nos lleva a identificar que dentro de la sociedad de gananciales podemos encontrar hasta cinco masas patrimoniales:

- a) Bienes propios del esposo
- b) Bienes propios de la esposa
- c) Bienes gananciales comunes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges.
- d) Bienes comunes adquiridos a título gratuito a nombre de su sociedad conyugal, y
- e) Gananciales que resultan del comercio y/o trabajo.

2.2.4. Administración y Disposición de los Bienes de la Sociedad de Gananciales

2.2.4.1. La Necesaria Distinción entre Actos de Administración y Disposición de los bienes

Desde el punto de vista del Derecho Civil Patrimonial, la discusión respecto de que importa un acto de administración y disposición merece hasta el día de hoy discusiones interminables por los efectos jurídicos que

despliega el hecho de que a una determinada situación se le catalogue como acto de administración o de disposición.

No es nuestro objetivo adentrarnos en esta discusión; sin embargo, es necesario realizar una distinción para los fines de la investigación.

La distinción de los actos de administración o disposición de los bienes parte de la concepción legal adoptada por el Código Civil sobre la propiedad, la cual aun cuando hace una definición parcial atributista de la propiedad, nos ayudara a concebir la distinción.

El artículo 923° del Código Civil prescribe que la propiedad es el “poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (...)”, nótese que uno de los atributos del propietario de un bien es la disposición de un bien.

¿Qué significa el que un propietario pueda disponer de un bien? Desde un plano positivo, significa que el propietario tiene la posibilidad de modificar física o jurídicamente el bien. La modificación física del bien como acto de disposición se presenta cuando el propietario modifica la individualización primigenia del bien, es decir, cuando cambia sustancialmente su configuración, por ejemplo, un propietario de un predio de 200 m², que decide dividirlo en 2

predios de 100 m² cada uno, ya no tendrá un derecho singular sobre un solo bien, sino sobre dos bienes, totalmente distintos. La disposición jurídica del bien en cambio, se materializará en la posibilidad que tiene el propietario de enajenar y/o gravar el bien. Y desde un plano negativo la posibilidad que tiene el propietario de no disponer física y jurídicamente del bien, salvo mandato legal en contrario.

Así pues, un acto de disposición es aquel que para el derecho tiene una trascendencia patrimonial en la cual se altera o modifica física o jurídicamente la integridad de los bienes que integran el patrimonio.

En cambio, un acto de administración no altera, ni modifica física o jurídicamente la integridad de un bien; por el contrario, dota a su titular de herramientas para la conservación y explotación del bien a través de la gestión directa o indirecta de la propiedad para obtener provechos (frutos y productos) del mismo, conservando inalterable la individualidad de los bienes.

Según el profesor Plácido Vilcachagua (2010, pp. 330 y ss.), actualmente la distinción entre actos de administración y disposición se realiza sobre la base de la trascendencia patrimonial. Para ello parte de la idea de que el mantenimiento de la “integridad” del patrimonio supone la mantención de su potencialidad económica, con total independencia de la

subsistencia o cambio de los bienes singulares o individuales que lo componen. La permanencia de la integridad patrimonial, por lo tanto, no resulta de la subsistencia inalterada de bienes individuales que componen el patrimonio, sino de la subsistencia de su potencialidad económica, es decir, de su aptitud para conservar su productividad y capacidad funcional. En ese sentido, los actos que exceden la administración ordinaria —denominados en nuestra legislación civil como *disposición*—, son los de trascendencia “patrimonial”.

Ahora bien, dicho autor emplea el concepto de *trascendencia patrimonial* para diferenciar a los actos de administración con los de disposición. Dependerá ya al operador jurídico determinar la trascendencia patrimonial de los actos de los cónyuges respecto de los bienes en cada situación concreta.

2.2.4.2. La Administración y Disposición de los Bienes Propios

Si reconocemos que dentro de la sociedad de gananciales encontramos hasta cinco masas patrimoniales, no hay mayor problema respecto de la administración y disposición de los bienes propios de cada cónyuge.

Respecto de estos, cada cónyuge conserva la libre administración de los mismos y puede disponer de ellos o gravarlos en la oportunidad que considere necesaria⁹.

La única posibilidad que el cónyuge titular de los bienes propios pierda las facultades de administración —pero no la disposición— de sus bienes, y estos sean administrados por el otro cónyuge, será cuando éste no contribuya con los frutos y productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar conyugal, para lo cual el cónyuge afectado solicitara al juez la administración de los bienes propios del otro cónyuge, siempre que a criterio del Juez pueda constituir una garantía real o personal según sea el caso, por el valor de los bienes que reciba en administración¹⁰.

Asimismo, también es posible que el cónyuge delegue las facultades de administración en el otro cónyuge¹¹.

El mayor dilema y problemática en la sociedad de gananciales no está en la administración y disposición de los bienes propios como acabamos de señalar, sino en la

⁹ **Artículo 303 Código Civil**

Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.

¹⁰ **Art 305° del Código Civil.**

Si uno de los cónyuges 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 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

¹¹ **Artículo 306 del Código Civil.**- Cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro, no tiene éste sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario

administración y disposición de los bienes sociales o gananciales, conforme desarrollaremos en el siguiente ítem.

2.2.4.3. Administración de los Bienes Sociales

Conforme hemos señalado, un acto de administración es un acto que no altera, ni modifica física o jurídicamente la integridad de un bien —social—, sino que por el contrario dota a su propietaria la sociedad conyugal de herramientas para la conservación y explotación del bien a través de la gestión directa o indirecta de la propiedad para obtener provechos del mismo, conservando inalterable la individualidad de los bienes.

Respecto de la administración de los bienes sociales, el Código Civil en el artículo 313° prescribe que en principio corresponde a ambos conyuges la administración del patrimonio social.

Nótese que las facultades de administración de los bienes sociales exigen, por regla general, la intervención de ambos cónyuges como sociedad conyugal y no solo a título individual de los cónyuges por más acto de administración sea.

Sin embargo, dicha regla no es absoluta por cuanto la ley, si prevé la posibilidad de que un cónyuge pueda individualmente y en forma exclusiva pueda realizar actos de

administración respecto de los bienes sociales en los siguientes supuestos:

- a) Este facultado por su otro cónyuge para tal fin respecto de los bienes que integran el patrimonio social. En este caso, el cónyuge administrador responderá ante el otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de los actos dolosos y culposos. (Art 303° del Código Civil)
- b) Si el otro cónyuge está impedido de la administración de los bienes por interdicción u otra causa (Art 294° inc. 1)
- c) Si el cónyuge se encuentra ausente por cuanto se ignora su paradero o éste se encuentra en un lugar remoto. (Art 294° inc. 1)
- d) Si el otro cónyuge ha abandonado el hogar. (Art 314° segundo párrafo)

Ahora bien, corresponde hacer una precisión en referencia a lo dispuesto en el art. 296° del Código Civil el cual en su segundo párrafo señala para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Aparentemente, este dispositivo colisionaría con lo dispuesto en el artículo 313° del Código Civil, en el cual

establece en líneas generales la administración del patrimonio conyugal corresponde a ambos cónyuges y cualquiera de ellos puede facultar al otro para administrar bajo responsabilidad de indemnizar por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de los actos dolosos o culposos, se debe precisar que bajo el criterio de la “Trascendencia patrimonial” (esbozada por el profesor Plácido Vilcachagua), no toda administración de bienes sociales requerirá de ambos cónyuges, toda vez que los actos de administración ordinaria, que no salgan o trasciendan de la potestad doméstica, no requerirá la actuación del otro cónyuge, pudiendo ser realizada indistintamente por cualquiera de los cónyuges conforme al artículo 296° del Código Civil; consecuentemente, los actos que exceden tal potestad ya no pueden ser asumidos como actos de administración puros, requiriendo para tal efecto autorización del otro cónyuge o poder conforme a lo dispuesto por el artículo 313° antes referido.

2.2.4.4. Disposición de los Bienes Sociales

Conforme hemos señalado, un acto disposición implica una modificación física y/o jurídica del bien en este caso social que afectará su integridad o titularidad del mismo, el cual naturalmente será trascendente en la sociedad de gananciales.

La legislación civil, a diferencia de lo que sucede en los actos de administración en la cual cabe la posibilidad que en ciertos casos pueda ser ejercida por alguno de los cónyuges bajo ciertos presupuestos en los cuales no se requiere más que la verificación de los mismos, como por ejemplo el abandono del hogar por uno de los cónyuges, en la disposición no cabe que uno solo de los cónyuges disponga de los bienes sociales, salvo tenga autorización expresa, especial y por escritura pública bajo sanción de nulidad (art 156° del Código Civil) para ello, o en su defecto ante casos de interdicción tenga autorización del juez, es decir: en la disposición no es suficiente que se verifique condiciones habilitantes para la actuación exclusiva de uno de los cónyuges sino que requiere o bien una formalidad adicional tales como la autorización por escritura pública del otro cónyuge o autorización judicial, caso contrario los actos de disposición serán ineficaces respecto de la sociedad conyugal.

Este criterio de mancomunidad en la sociedad conyugal en la disposición de los bienes sociales o gananciales, se justifica en la medida que la protección de los bienes redundará en la familia, por tanto, se exige que para disponer los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer.

Es por ello que el artículo 315°, exige la participación conjunta, unánime y obligatoria de los cónyuges en la disposición del patrimonio social, lo cual materializa una situación normal de las decisiones matrimoniales y que son propias del patrimonio autónomo.

Así, por el carácter obligatorio del artículo 315° del Código Civil, se impide que cualquiera de los cónyuges pueda disponer de los bienes sociales sin la intervención del otro o sin poder especial de éste, puesto que realizar un acto de disposición por un solo cónyuge está sancionado con la nulidad. Así lo entendió la Corte Suprema de la Republica en la Casación N° 491-95, al sancionar con nulidad la disposición unilateral de los bienes sociales, sentenciando:

Los bienes sociales de la sociedad conyugal de gananciales son de naturaleza autónoma con garantía institucional, por cuanto sus normas son de orden público, sin que puedan modificarse por la sola voluntad de los cónyuges. En consecuencia, no existe una situación de copropiedad sobre ellos, es decir, los cónyuges no tienen derechos o acciones sobre tales bienes, hasta que se produzcan la liquidación de dicha sociedad. Por lo tanto, su disposición debe efectuarse por ambos cónyuges, caso contrario el acto jurídico del se trate es nulo.

Finalmente, cabe agregar en este punto, que los actos de disposición no sólo comprenden a los actos de disposición, sino también a los actos de adquisición.

Así, todo acto de disposición de bienes sociales siempre importará la intervención de ambos cónyuges, en caso de la adquisición de bienes; sólo en el caso de inmuebles requerirá la intervención de ambos cónyuges, y para el caso de muebles será potestativo, si sólo interviene uno o los cónyuges (art 315° del Código Civil).

2.2.5. Condición de los Bienes de la Sociedad de Gananciales

Una pugna aparentemente solucionada, pero que en la práctica aún no se advierte la misma, es lo relacionado con la condición de los bienes de la sociedad de gananciales. La discusión, en concreto, parte por determinar si estos son exclusivos de la sociedad de gananciales o copropiedad de los cónyuges.

2.2.5.1. Exclusiva de la Sociedad Conyugal

En el desarrollo de nuestra investigación, hemos venido sosteniendo que sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo que tiene un patrimonio propio sobre el cual concurren ambos cónyuges para su administración y disposición.

En tal sentido, los bienes son exclusivos de la sociedad conyugal, cuya titularidad le corresponde a ésta y no a título individual de los cónyuges, a quienes en tanto se mantenga vigente la sociedad de gananciales, únicamente les corresponderán una expectativa de derecho sobre el patrimonio de la sociedad, más no un derecho en concreto.

Por tanto, los bienes son en su integridad propios e indivisibles de la sociedad de gananciales, no debiendo confundirse con la naturaleza jurídica de la copropiedad.

Es necesario, por eso, tener claro que dicha exclusividad de los bienes de la sociedad de gananciales lleva a conformar una comunidad de bienes y no una copropiedad o condominio, no resultando aplicable las reglas de la copropiedad, dado que no existe un derecho indiviso en alícuotas de cada cónyuge.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema en la Cas N° 3109-98-Cusco-Madre de Dios, señaló que: (...) 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 lo integra

En dicha línea, el Tribunal Registral Peruano en jurisprudencia reiterada (Res N° 630-2015-SUNARP-TR-L, 574-2009-SUNARP-TR-L, 565-2006-SUNARP-TR-L, entre

otras) ha manifestado que la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en parte alícuotas.

Por tanto, de ello se puede concluir que los bienes sociales son exclusivos de la Sociedad Conyugal como sujeto de derecho independiente y distinto de los cónyuges.

2.2.5.2. Copropiedad de los Cónyuges

A partir de lo expuesto, podemos rechazar aquellas posturas que pretenden concluir que los bienes de la sociedad conyugal constituyen copropiedad de los cónyuges, puesto que nuestra legislación ha previsto normas especiales referidas al tratamiento jurídico de los bienes de la sociedad conyugal de gananciales las cuales se encuentran en el Libro de Derecho de Familia, totalmente distintas a la copropiedad regulada en el Libro de Derechos Reales.

En ese sentido, las reglas aplicables a los bienes de la sociedad de gananciales no pueden confundirse ni aplicarse supletoriamente con las normas de la copropiedad.

Tal como he dejado sentado, los cónyuges no son titulares de alícuotas representados por acciones y derechos reconocidos como copropiedad (art. 969° y ss. del CC), que pueden ser dispuestos o gravados por cada uno de los partícipes de la sociedad conyugal.

En ese sentido, ratificamos que en el régimen de la sociedad de gananciales no existe la copropiedad, sino la propiedad exclusiva de la sociedad conyugal y que la propiedad de los cónyuges respecto de los bienes sociales, no es actual, sino virtual y expectatio, y que en el mejor de los casos se concretizara al fenecimiento de la sociedad conyugal, previa liquidación; en consecuencia, no es posible asignar porcentaje alguno de propiedad, respecto de los bienes sociales a cada cónyuge, sin liquidación de la sociedad de gananciales, la cual independiente de los cónyuges se relaciona con terceros a los cuales primero debe responder.

2.2.6. Las Deudas, Cargas y Responsabilidades de la Sociedad Conyugal

Como sujeto de derecho, la sociedad conyugal es un sujeto de obligaciones independiente de sus integrantes y que tendrá —por regla general— que responder con su propio patrimonio en el caso de ser deudor.

En el derecho de obligaciones, la necesidad que tiene el deudor de responder o cumplir con una obligación nace siempre que éste en su calidad de sujeto de obligaciones se haya obligado voluntariamente o legalmente con su acreedor. O sea que, en caso no se haya obligado no se le puede exigir el cumplimiento absoluto de ninguna obligación con su patrimonio, por el efecto *interpartes* que despliega la obligación.

Asimismo, tampoco se puede exigir a un tercero el cumplimiento de una obligación asumida por la obligación por la sociedad conyugal, salvo que la ley lo permita.

En el campo de las deudas, cargas y responsabilidades de la sociedad conyugal, hay ciertas peculiaridades que requieren ser revisadas.

2.2.6.1. Las Deudas Voluntariamente asumidas por la Sociedad Conyugal y su Responsabilidad ante el Incumplimiento y la Responsabilidad Subsidiaria del cónyuge a Título Individual ante la Ausencia e Insuficiencia de bienes sociales

Como he manifestado, la sociedad conyugal al ser un sujeto de derecho, también tiene la condición de sujeto de obligaciones por la cual se puede obligar a realizar ciertas prestaciones a favor de terceros, cuyo incumplimiento o inejecución de la obligación ante su acreedor, desencadenara responsabilidad y consecuencias patrimoniales que redundara en el patrimonio de la misma.

Así pues, el Código Civil en el artículo 317¹² ha señalado que los bienes sociales responden por las deudas que son de cargo de la sociedad conyugal; y esto naturalmente es una consecuencia lógica del efecto *interpartes* de la

¹² **Artículo 317.-** Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

obligación, en la cual el obligado debe responder por sus incumplimientos ante su acreedor

Sin embargo, lo peculiar de dicho dispositivo es que, ante la ausencia o insuficiencia de los bienes sociales, los cónyuges responderán a prorrata con sus bienes propios.

Esta situación que no es otra cosa que una responsabilidad subsidiaria impuesta por la Ley a los cónyuges ante un supuesto incumplimiento en la obligación por parte de la sociedad conyugal; esto, no hace otra cosa que convertir las deudas sociales asumidas por un sujeto de derecho distinto a los cónyuges como deudas propias de estos, habilitando así al acreedor emplazar tanto a la sociedad conyugal como al cónyuge no obligado voluntariamente para el pago o cumplimiento de la acreencia.

2.2.6.2. Las Cargas Legales que generan Deudas Legales de la Sociedad y la Responsabilidad de la Sociedad Conyugal con los Bienes Sociales

Las cargas legales que generan deudas legales por mandato de la Ley para la sociedad conyugal, se encuentran difuminadas en varias normas jurídicas que conforman el ordenamiento legal; por lo que, en presente caso, me circunscribiré a las cargas legales y deudas legales impuestas en la legislación civil y legislación bancaria en concreto.

2.2.6.2.1. Civiles

Las cargas de la Sociedad Conyugal, que generan obligaciones a la Sociedad y con la cual esta tendrá que responder con sus bienes ante un incumplimiento o inejecución, se encuentran reguladas en el artículo 316° del Código Civil, las cuales comprenden:

- a. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.
- b. Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas.
- c. El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges.
- d. Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten.
- e. Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste.
- f. Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten.

- g. 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 correspondan.
- h. Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.
- i. Los gastos que cause la administración de la sociedad.

Así pues, la Sociedad Conyugal es responsable de cumplir con dichas cargas, la cual ante un incumplimiento o inejecución de estas por parte ésta, acarreará consecuencias patrimoniales ante el o los acreedores, *debiendo responder en principio con los bienes sociales y sólo a falta o insuficiencia de estos conforme al artículo 317° del Código Civil se responderá a prorrata con los bienes propios de cada cónyuge.*

Nótese aquí que aun cuando se trata de sujetos de derechos distinto, Sociedad Conyugal, por un lado, y esposo, esposa por otro lado, estos últimos por mandato de la Ley quedan igualmente responsables en segundo orden.

2.2.6.2.2. Financiera y Bancaria

En el sistema financiero, los bancos con el objeto de captar comerciantes y empresarios para el uso de sus servicios, se ha creado un contrato que se denomina cuenta corriente.

Dicho contrato, se encuentra regulado en la Ley 26702 “Ley General del Sistema Financiero”, en el artículo 225°, el cual establece:

La cuenta corriente es un contrato en virtud del cual una empresa se obliga a cumplir las órdenes de pago de su cliente hasta por el importe del dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado, esto último en el caso de las empresas autorizadas para conceder sobregiros (...)

La apertura de dicha cuenta, puede ser realizada por una persona natural o jurídica. En el primer caso, la persona natural puede estar casada o soltera, lo cual no será un elemento importante para el banco en el momento de la contratación y apertura debido a una bondad y beneficio legal que tienen estas empresas que integran el sistema financiero en su condición de acreedores en este tipo de contratos.

Así, el artículo 227° del referido dispositivo legal contempla una presunción absoluta que obliga a la Sociedad Conyugal sin ser necesaria la intervención de ambos cónyuges- como predica la regla general-:

En el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúe con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta

Como se puede observar, y analizando el dispositivo anterior, la Ley asume de pleno derecho que en el caso de que una persona natural de estado civil casada haya aperturado una cuenta corriente, el otro cónyuge —no interviniente— ha prestado su consentimiento, por lo que, ante cualquier incumplimiento, la responsabilidad no será sólo del cónyuge que apertura la cuenta corriente sino también de su sociedad conyugal, pudiendo responder con sus bienes sociales.

De ello podemos concluir, entonces, que a diferencia de lo que sucede en la legislación civil (artículos 315°, 317° del código civil), en la cual las obligaciones sociales exigen intervención de ambos cónyuges —salvo se traten de cargas legales—, para obligar a la sociedad conyugal, en la legislación bancaria y financiera no sucede lo mismo, porque las Obligaciones que derivan de la contratación de una cuenta corriente será suficiente la intervención de un solo cónyuge para obligar a la sociedad conyugal y también al cónyuge, vale decir: aquí terminan todos involucrados.

2.2.7. Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales

El fenecimiento de la sociedad de gananciales supone el término del régimen patrimonial de gananciales y en algunos casos también el

fin de la Sociedad Conyugal, tal como se puede advertir del artículo 318° del Código Civil.

De este modo, las causales podemos dividir las en dos grupos, el primer grupo causa —resultado que cuyo fenecimiento es producto del fin de la sociedad conyugal y el segundo grupo que es de tipo causa— subsistencia que únicamente importa el cambio de régimen patrimonial de la sociedad conyugal la cual subsiste.

En el primer grupo encontramos las causales de:

- a. Invalidación del matrimonio.
- b. Divorcio.
- c. Muerte de uno de los cónyuges.

En el segundo grupo encontramos las causales de:

- a. Separación de cuerpos.
- b. Declaración de ausencia.
- c. Cambio de régimen patrimonial.

Como se puede apreciar, no existe expresamente alguna causal de fenecimiento de la sociedad de gananciales por incumplimiento de deudas propias por uno de los cónyuges, lo cual merecerá un tratamiento especial en los capítulos posteriores del presente trabajo al referirnos al cambio de régimen patrimonial y la liquidación de la sociedad de gananciales¹³, señalando preliminarmente que la liquidación tal como está regulada es la liquidación total de la sociedad

¹³ No pretendemos en el presente trabajo desarrollar las causales de fenecimiento de la Sociedad de gananciales, únicamente nos centraremos en el fenecimiento de la sociedad de gananciales por cambio de régimen patrimonial.

de gananciales, no habiéndose regulado la liquidación parcial de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, el fenecimiento de la sociedad de gananciales, tiene una doble finalidad de tipo concurrente. La primera, poner fin a la sociedad de gananciales; y la segunda, hace posible la repartición de los gananciales, si las hubiese después de deducidas las cargas y deudas sociales (liquidación).

Para esto, se crea un estado de indivisión en el patrimonio que facilita y concluye con la liquidación del mismo.

2.3. Las Deudas Propias de uno de los Cónyuges

2.3.1. De las Deudas Propias

Un cónyuge a título individual antes y durante la vigencia de la sociedad conyugal, es y seguirá siendo un sujeto de obligaciones — salvo mandato en contrario—; es decir, un sujeto capaz de celebrar vínculos jurídicos dirigidos a crear, modificar, extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial, bien sea voluntario o legal.

La clásica y más rígida teoría de las obligaciones, reza que la obligación tiene un efecto *interpartes*, esto es: la obligación solo puede ser exigida única y exclusivamente entre acreedor-deudor, no pudiendo ser exigible a quienes (entiéndase terceros) no han formado parte o no hayan intervenido como en la relación jurídica obligacional. Así pues, a menos que los terceros voluntariamente hayan avalado o garantizado el

cumplimiento de la obligación por parte del deudor o la Ley lo obligue, única y exclusivamente será el deudor el único y exclusivo obligado a cumplir con la obligación.

Así ante un caso de incumplimiento o inejecución de la obligación por parte del deudor, solo su patrimonio responderá ante el acreedor.

En tal sentido, cuando un cónyuge a título individual asuma una deuda ante un tercero, la cual tenga la condición de deuda u obligación propia, el tercero sólo puede exigir el cumplimiento de dicha obligación al cónyuge acreedor, comprometiendo también única y exclusivamente los bienes propios del cónyuge, pero no los de la sociedad conyugal.

Ahora bien, ¿cuándo una deuda tendrá la condición de deuda u obligación propia del cónyuge?

Realizando un análisis del Código Civil y de la Ley General del Sistema Financiero, una deuda tendrá la condición de propia para un cónyuge, siempre que:

- a) La deuda u obligación no haya sido contraída en provecho de la familia, el futuro hogar, hogar consolidado, sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.
- b) No se trate de prestación de alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas.
- c) No se trate de una deuda asumida por ambos cónyuges.

- d) No se trate de deudas producto de mejoras necesarias y reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios de uno de los cónyuges. Así como de sus retribuciones y tributos que los afecten.
- e) No se trate de obligaciones por mejoras útiles y de recreo que la sociedad se haya obligado a introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste.
- f) No se trate de obligaciones por restitución de mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten.
- g) No se trate de 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 correspondan.
- h) No se trate de cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.
- i) No se trate de deudas que causa la administración de la sociedad.
- j) No se trate de deudas que derivan de la contratación y mantenimiento de una cuenta corriente.

En tal sentido, toda obligación que no se encuentre dentro de los supuestos antes indicado, tendrá la condición de propia y todas las deudas u obligaciones que no se encuentren dentro de los supuestos antes indicados tendrán la condición de sociales.

Nótese que aquí el origen de las deudas sociales puede ser tanto voluntario como por mandato de la Ley.

En este contexto, cabe realizar dos preguntas, ¿cuál es el alcance de la responsabilidad del cónyuge en el caso de una deuda propia¹⁴? y ¿cuál es la responsabilidad de la sociedad conyugal?

2.4. El Tratamiento de la Responsabilidad de las Deudas Propias en la Legislación Peruana ante la Suficiencia o Ausencia de Bienes Propios

2.4.1. La Responsabilidad Patrimonial del Cónyuge por las Deudas Propias y la Suficiencia o Ausencia o Insuficiencia de Bienes Propios

Conforme al ordenamiento jurídico nacional, la responsabilidad patrimonial del cónyuge por obligaciones o deudas propias es de su exclusiva y excluyente responsabilidad. El cónyuge es el único llamado a cumplir con éstas¹⁵. Por tanto, no se puede obligar al otro cónyuge, y menos a la sociedad conyugal, a cumplirla, pues no la ha asumido la sociedad conyugal.

De ahí que ante un supuesto de incumplimiento o inejecución de la obligación o de la deuda por parte del cónyuge, este responderá con

¹⁴ Deuda Propia, deuda personal o deuda privatista, es aquella que fue contraída antes o durante el matrimonio a espaldas del interés común de ambos cónyuges o interés de su sociedad conyugal.

¹⁵ **Deudas personales**

Artículo 328.- Cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes.

sus bienes propios por el valor total de la obligación incumplida o ejecutada, incluido por todo concepto que derive de la misma.

En esta línea, el Código Civil regula los dos momentos de contraer una deuda propia por uno de los cónyuges y su responsabilidad en el cumplimiento: El primero se da antes de la vigencia de la sociedad de gananciales; el segundo, durante la vigencia de ésta.

El primer momento, se encuentra recogido en el artículo 307¹⁶. De él se pueden obtener las siguientes reglas de cumplimiento y responsabilidad:

- a) Las deudas contraídas antes de la vigencia de la sociedad de gananciales en todos los casos en que existan bienes propios y estos sean suficientes para cumplir con la obligación asumida, siempre serán pagadas con los bienes propios del cónyuge.
- b) Solo se pagarán con los bienes sociales ante la falta o ausencia de bienes propios; se pagarán con los bienes sociales siempre que se pruebe que fueron contraídas en beneficio del futuro hogar.

De ello podemos resumir que una deuda propia adquirida antes de la vigencia de la sociedad de gananciales seguirá, por regla general, siendo propia y, por tanto, se pagará con los bienes propios del

¹⁶ **Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales**

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.

cónyuge. Esta regla se mantendrá siempre que el cónyuge deudor cuente con bienes suficientes para responder ante su acreedor.

Aun cuando la deuda pudo haberse contraído en beneficio del futuro hogar conyugal, esta no se convierte en social, siempre que se mantenga la suficiencia de bienes propios para cumplir íntegramente con la obligación.

Sin embargo, solo por insuficiencia de bienes propios o falta de estos y siempre que la deuda adquirida antes de la vigencia de la sociedad de gananciales por uno de los futuros cónyuges fue adquirida en beneficio del futuro hogar, convertirá por mandato legal dicha deuda en social.

Así pues, antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, es el criterio de la insuficiencia de bienes propios y beneficio del futuro hogar conyugal el que convierte una deuda asumida por uno de los cónyuges en deuda social y, por tanto, pueden verse comprometidos los bienes de la sociedad de gananciales y ante la insuficiencia o falta de estos, los bienes del otro cónyuge, en este último caso a prorrata.

Ahora bien, si no se prueba que la deuda fue asumida en beneficio del futuro hogar, aun cuando exista insuficiencia o falta de bienes propios para pagar las deudas propias, la deuda mantendrá su condición de propia y no afectará a los bienes de la sociedad de gananciales ni a los del otro cónyuge.

El segundo momento se encuentra recogido por los artículos 308¹⁷ y 309¹⁸ del Código Civil. En este caso, las reglas de cumplimiento y responsabilidad son:

a) Las deudas propias o personales de un cónyuge son pagadas con los bienes propios de este, salvo se pruebe que fueron contraídos en provecho de la familia (voluntario).

b) La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios, ni en sus gananciales que le correspondan luego de la liquidación de gananciales (legal).

Del análisis de ambas reglas, podemos señalar que las deudas propias o personales, sean de carácter voluntario o legal de un cónyuge, siempre serán pagadas con los bienes propios de éste, no comprometiéndose los bienes del otro cónyuge ni los de su sociedad de gananciales.

Solo cuando se pruebe que la deuda asumida por uno de los cónyuges sin intervención del otro cónyuge fue en beneficio de la familia, esta dejará de ser deuda propia para convertirse por mandato legal en deuda social, y, en consecuencia, en su cumplimiento se encontrarán comprometidos los bienes de la sociedad de gananciales y,

¹⁷ **Deudas personales del otro cónyuge**

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.

¹⁸ **Responsabilidad extracontractual del cónyuge**

"Artículo 309.- 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."

ante la falta o insuficiencia de estos, los bienes propios del otro cónyuge a prorrata.

En este momento, si no se prueba que la deuda fue contraída en beneficio de la familia, la deuda seguirá siendo propia.

Así pues, si por regla general los bienes propios responden por las deudas propias de los cónyuges, esto no es mayor problema cuando el acreedor tiene bienes de donde cubrir su acreencia y existen bienes propios suficientes para ello. Sin embargo, lo mismo no sucede cuando existe insuficiencia o falta de bienes propios para cubrir la deuda propia. En este segundo supuesto, al acreedor se le genera un “mayor problema”, pues para satisfacer su acreencia debe convertirla en deuda social: tiene que probar, en el proceso, que la deuda es social porque fue asumida en beneficio del futuro hogar o provecho de la familia; en caso contrario, no tendrá bienes en concreto de donde cobrar su acreencia y le quedarán como opciones:

- a) No cobrar su acreencia por ser dudosa o más onerosa.
- b) Cobrar su acreencia mediante un proceso judicial —o administrativo, cuando corresponda— y comprometer la parte de los gananciales que le correspondan al cónyuge luego de la liquidación de su sociedad de gananciales.
- c) Cobrar su deuda en un procedimiento concursal donde deberá someter a su acreedor, siempre que cumpla con los requisitos

establecidos en el artículo 26° de la Ley General del Sistema Concursal.

2.4.1.1. La Responsabilidad Patrimonial de la Sociedad Conyugal sujeta a la Sociedad de Gananciales por la deuda propia de un cónyuge ante los casos de Ausencia o Insuficiencia de bienes propios

Tal como hemos referido, la sociedad conyugal bajo el régimen de sociedad de gananciales únicamente responde directamente por sus deudas sociales y no por las deudas propias de los cónyuges; sin embargo, los cónyuges directamente y, a título personal, si responden por las deudas de la sociedad conyugal a prorrata, cuando la sociedad conyugal no tiene bienes sociales o estos son insuficientes para cubrir las deudas de la sociedad conyugal.

Ahora bien, en el caso de las deudas u obligaciones propias, única y exclusivamente son de cargo del cónyuge que la adquirió como tal (deuda propia y personal), no respondiendo directamente ni indirectamente la sociedad conyugal en caso de falta o ausencia de bienes propios del cónyuge.

Y si ello es así, entonces cabe preguntar cuál es la responsabilidad patrimonial de la sociedad conyugal respecto de las deudas propias. Considero que ninguna, pues la sociedad conyugal no tiene responsabilidad directa en el caso de las deudas propias; sin embargo, en el caso que sea titular de bienes sociales, estos pueden generar una expectativa al acreedor para hacerse cobro de la deuda propia, siempre

que haya falta o insuficiencia de bienes propios del cónyuge; además que dicha expectativa —posición mayoritaria— solo se efectivizará o materializará previa liquidación del régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Así pues, la única forma que la sociedad conyugal sea subsidiariamente responsable es ante la falta o insuficiencia de bienes propios del cónyuge que puedan satisfacer sus deudas personales. Esto *puede* traer como efectos:

- a) La posibilidad de *fenecimiento* forzado y completo de la sociedad de gananciales, a fin de obligar a su liquidación y adjudicación del remanente a los cónyuges integrantes para convertir a los bienes sociales en bienes indivisos propios.
- b) La esperanza (o expectativa) de cobro de la acreencia mediante un embargo expectatio sujeto a liquidación de la sociedad de gananciales y siempre que luego de dicho proceso quede algún “remanente” después de cubrir todas las deudas sociales y cargas legales.

2.5. El Embargo Expectativo de los Bienes Sociales por Deudas Propias de uno de los Cónyuges

A partir de lo expuesto en el título anterior, resulta evidente que la responsabilidad patrimonial de la sociedad conyugal, respecto de un incumplimiento o inejecución de deudas u obligaciones propias, no existe directa ni indirectamente, sino de manera subsidiaria.

Así pues, el tercero acreedor ante una deuda impaga por uno de los deudores, podría dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor e inclusive embargarlos y ejecutarlos, y si éstos no fuesen suficientes, tiene una posibilidad subsidiaria de dirigirse contra la parte de los bienes sociales que le corresponderá a su deudor en caso de liquidación de la sociedad de gananciales, siempre que pruebe que la deuda no es social.

Sin embargo, y respecto de la parte de los bienes sociales que le corresponderá al deudor en caso de liquidación de la sociedad de gananciales, aparecen dos posiciones relacionadas con que si durante un proceso judicial o antes de él se puedan embargar los bienes sociales para hacerse cobro de la deuda propia: la primera posición niega toda posibilidad de embargo sobre tales bienes; la segunda acepta su admisión, pero condiciona su ejecución a la liquidación de la sociedad de gananciales y que luego de tal ejecución haya quedado un remanente de bienes sociales a favor de los cónyuges, respecto del cual nacerá una copropiedad y ya no una mancomunidad, como en la vigencia de la sociedad de gananciales.

2.5.1. La Posición Jurisprudencial del Tribunal Constitucional

Si bien el Tribunal Constitucional peruano no se ha pronunciado expresamente sobre la procedencia o improcedencia del embargo sobre bienes sociales de la sociedad conyugal en caso de que un solo cónyuge sea deudor, cabe preguntarnos: ¿Si en el caso se concede una medida cautelar de embargo sobre las acciones y derechos expectaticios de uno de los cónyuges, el otro cónyuge afectado puede plantear una demanda constitucional de amparo a fin de invalidar la medida cautelar?

Como es obvio, si la procedencia e improcedencia del embargo es aún controvertido y contradictorio en la instancia judicial y doctrinaria, el Tribunal Constitucional peruano también ha tenido algunos pronunciamientos sobre la improcedencia del proceso de amparo en contra de resoluciones judiciales que han ordenado el embargo de las acciones y derechos que tiene un cónyuge respecto de los bienes sociales.

Así, en la sentencia de los expedientes N° 930-2007-PA/TC, del 16 de abril de 2007, y N° 2322-2014-PA/TC, del 06 de enero de 2015, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por la *improcedencia* del amparo en casos donde se cuestiona constitucionalmente la concesión de un embargo sobre acciones y derechos expectaticios de un cónyuge sobre un bien de la sociedad conyugal. Concretamente, el Alto Tribunal señalo que:

- a) Existe incertidumbre jurídica respecto a si la deuda tributaria adquirida por el cónyuge de la recurrente constituye o no deuda personal; situación que, como es obvio, no puede determinarse en el proceso constitucional.
- b) Existiendo la tercería de propiedad como mecanismo idóneo para cautelar el derecho de terceros cuya propiedad ha sido afectada con medida cautelar o de ejecución en un proceso donde no ha sido parte el proceso constitucional de amparo incurre en causal de improcedencia.

Si bien en algunos casos el Tribunal Constitucional resolvió admitir el proceso de amparo (por ejemplo, en los expedientes N° 05162-2008-PA/TC, del 08 de julio de 2009¹⁹ y N° 2630-2011-PA/TC, del 26 de agosto de 2011²⁰, lo cierto es que al final será improcedente cuestionar, en la vía del proceso de amparo, el embargo de acciones y derechos sobre bienes sociales.

No obstante, una consideración relevante sí se puede obtener de las resoluciones del Tribunal Constitucional: si no se ha comprendido a la sociedad conyugal dentro del proceso en el cual se embargó el bien, ésta puede plantear una tercería excluyente de propiedad, abriendo con ello la posibilidad de levantar la medida cautelar que se hubiese dictado.

2.5.2. La Posición Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia

Sobre este tema, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido ajena. Se han dado pronunciamientos contradictorios entre sí: una, a favor de la procedibilidad del embargo; la otra, niega su procedibilidad.

¹⁹ El TC señaló: “*habiendo recaído la orden de embargo en un bien (vehículo) que pertenecería a la sociedad conyugal, la misma resultaría arbitraria y vulneratoria de los derechos e intereses de la recurrente; por lo que la demanda debe admitirse a trámite, a efecto que, de ser el caso, las instancias inferiores en grado evalúen nuevamente su solicitud de desafectación del vehículo, y de considerarlo pertinente, ordenen la expedición de un nuevo mandato cautelar*”.

²⁰ El TC: “*ordeno a las instancias inferiores admitir a trámite la demanda de amparo y pronunciarse sobre el fondo, a fin de evaluar si se ha vulnerado el derecho de propiedad y de defensa de la cónyuge no afectada por la medida cautelar*”

2.5.2.1. A favor de la Procedibilidad de Embargo

En el Pleno Jurisdiccional Civil de 1997 celebrado en la ciudad de Lima, el 18 de noviembre de 1997, se acordó por mayoría²¹ que procede:

Admitir como medida cautelar, el pedido formulado por el acreedor demandante en un proceso seguido solo contra uno de los cónyuges en el sentido que se afecte el derecho o expectativa que tiene el cónyuge deudor demandado en determinado bien social, el que sólo podrá realizarse luego de producida la liquidación de la sociedad de gananciales.

En esa misma línea, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 2150-98/Lima, sostuvo que:

(...) el hecho de que la sociedad conyugal y más propiamente la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo, no puede entenderse como que se encuentra fuera del comercio de los hombres o que se ha formado una persona jurídica distinta y que los acreedores de los cónyuges por obligaciones personales no pueden solicitar medidas para cautelar su acreencia sobre los derechos que su deudor tendrá al liquidarse la sociedad de gananciales (...).

Nótese que los pronunciamientos del Poder Judicial que admiten la procedencia del embargo de un bien social a fin de responder por una deuda propia de un cónyuge solo proceden:

- a) como derecho expectatio, y

²¹ La posición minoritaria expuso que sí procedía el embargo sobre los derechos y acciones de uno de los cónyuges respecto de bienes sociales, en razón que de lo contrario significaría dejar desprotegida la acreencia del demandante, y porque existe un derecho expectatio del demandado respecto de dichos bienes. Se expuso que lo que no resulta posible es rematar los derechos y acciones embargados, porque ello implicaría atentar contra lo dispuesto en el artículo 318 del Código Civil que señala las causales de fenecimiento de la sociedad de gananciales

- b) que su ejecución procede siempre que existan bienes (derechos que tendrá) al liquidarse (culminar la liquidación) la sociedad de gananciales que sean adjudicados al cónyuge deudor.

En la actualidad, esta es la posición dominante en el Poder Judicial: se admiten embargos, pero sujetos a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Así pues, bajo este criterio el acreedor tiene que “jugar a la esperanza” de cobro y esperar primero a que algún día —no se sabe cuándo— se liquide la sociedad de gananciales; y segundo que —tal vez— quede algún derecho a favor del cónyuge deudor. A eso se llama “tutela jurisdiccional”.

2.5.2.2. En Contra de la Procedibilidad del Embargo

En la Casación N° 3109-98/Cusco-Madre de Dios, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema subrayó que:

(...) no es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares que afectan a un bien social con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación personal a uno de los cónyuges ni tampoco disponer de 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 (...)(cursiva es nuestra)

En esa misma posición, la Corte Superior de Justicia de Lima en fecha anterior a la casación antes indicada (mediante Resolución del 02 de mayo de 1995) se pronunció en el siguiente sentido:

Sólo al fenecimiento de la sociedad de gananciales por causales de ley se puede proceder a su liquidación y por tanto a determinar el haber de cada cónyuge; mientras ello no ocurra es

improcedente el embargo de los bienes de la sociedad por deudas de uno solo de los cónyuges, puesto que aquella no está formada por derechos y acciones, por no ser de naturaleza mercantil.

Como se observa, en estos criterios no resulta amparable una medida cautelar sobre bienes de la sociedad conyugal sujeta al régimen de sociedad de gananciales, pues la sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo y no un régimen de copropiedad.

2.5.3. La Posición Jurisprudencial del Tribunal Registral Peruano

El Tribunal Registral peruano ha abordado esta problemática admitiendo la inscripción del embargo sobre acciones y derechos de un bien social, siempre que se dé alguno de los dos siguientes supuestos:

- a) Se considere como deudora a la sociedad conyugal o ambos cónyuges.
- b) Se considere como deudor a un solo cónyuge, pero el embargo sea expectatio y su ejecución esté condicionada a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Bajo el primer supuesto, en el Vigésimo Segundo Pleno del Tribunal Registral se aprobó el siguiente precedente:

para la anotación de un embargo coactivo, es necesario que exista compatibilidad entre el titular de derecho inscrito y el deudor tributario, consecuentemente si el bien afectado tiene como titular registral a una sociedad conyugal, ambos cónyuges deben ser considerados como deudor tributario²²

Conforme se puede apreciar, el Tribunal Registral peruano, para el caso de los embargos de un bien social, es del criterio de que son

²² Criterio Sustainado en la Res. N° 565-2006-SUNARP-TR-L.

inscribibles siempre que se contemple dentro del procedimiento a ambos cónyuges y, expresamente, que la resolución emitida por el órgano administrativo haya ordenado el embargo en contra de la sociedad conyugal y no solamente a uno de los cónyuges.

Bajo dicho criterio, no es procedente inscribir un embargo sobre un bien de la sociedad conyugal si el embargado es uno solo de los cónyuges, toda vez que existe incompatibilidad de titulares registrales, lo cual obstaculiza su inscripción en mérito del artículo 32° y 40° del Reglamento General de los Registros Públicos.

Ahora bien, en aquellos casos donde no se contemple al otro cónyuge, es donde aparece el segundo supuesto. El Tribunal Registral asumió la posición mayoritaria asumida en el Pleno Jurisprudencial Civil de 1997, en el cual se admite el embargo, siempre que se deje constancia expresa en la resolución administrativa y/o judicial, que la misma se ejecutará una vez que haya fenecido la sociedad de gananciales; en caso contrario, no procede su inscripción.

Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado por el Tribunal Registral en las resoluciones N°s 039-96, 076-96, 328-96 y 491-96.

2.5.4. Del Estado Actual del Embargo expectatio de Acciones y Derechos sobre Bienes Sociales

Conforme hemos advertido, la procedencia o improcedencia del embargo expectatio sobre un bien social cuando el deudor es un solo

cónyuge, no es un tema pacífico. Por el contrario, es un tema controvertido, tanto para la jurisprudencia como para la doctrina.

Aunque en la actualidad, solo en algunos casos, se ha optado por la procedencia de los embargos, condicionándolos a la liquidación de la sociedad de gananciales, aún no veo que se haya encontrado la luz que solucione todo el problema, pues lo más esencial e importante no es la admisión de la medida cautelar, sino la ejecución de la misma: ¡De nada sirve conceder una medida cautelar si ésta no se puede ejecutar o no cumple con su fin!

Así, en el caso se admita la medida cautelar, el acreedor no verá hacer efectivo el cobro sino hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales. Allí surgen nuevos problemas para el acreedor:

- a) ¿Cómo logra liquidar la sociedad de gananciales?
- b) ¿Cuánto tiempo le tomaría liquidar la sociedad de gananciales?
- c) ¿Después liquidar la sociedad de gananciales, quedará patrimonio a favor del cónyuge deudor que satisfaga la deuda?

Tal como está la legislación en el país, parece que las respuestas a estas preguntas las respuestas no son tan alentadoras. De ello daremos cuenta en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Aunque la concesión del embargo expectatio de acciones y derechos de un bien social por una deuda propia de uno de los cónyuges no resulta tan controvertible²³, lo esencial —lo más importante, en realidad— es la ejecución del embargo. Existen obstáculos de carácter legal que la convierten en inejecutable: Por un lado, permiten la admisión de la medida cautelar; pero, por otro, le imponen como condición (para su ejecución) que primero se liquide la sociedad de gananciales. Tampoco se ha previsto, ante el incumplimiento de una deuda propia por un cónyuge, la legitimidad del acreedor para forzar la liquidación de sociedad de gananciales. Así pues, aun cuando se declare fundada la demanda, ello no garantizará su ejecución, afectando la seguridad jurídica y el derecho de tutela de procesal efectiva del acreedor.

Desde este punto de vista, a fin de contrastar ello es necesario entender el fenecimiento de la sociedad de gananciales por cambio o sustitución del régimen patrimonial, la liquidación de la sociedad de gananciales y la “posibilidad” de ejecución del remate de los bienes sociales en forma de acciones y derechos.

²³ Salvo por razones procesales, que no son materia de la presente investigación.

3.1. La “Legitimidad” del Acreedor para Forzar el Fenecimiento y Liquidación de la Sociedad de Gananciales

3.1.1. El Fenecimiento de la Sociedad de Gananciales por Cambio o Sustitución de Régimen Patrimonial y los alcances de la intervención del acreedor del Cónyuge Deudor

Tal como referimos en el capítulo primero (ítem 2.2.6) el fenecimiento de la sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 318° del Código Civil. Las causales están expresamente previstas.

El fenecimiento de la sociedad de gananciales puede ser consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal o simplemente una disolución de su régimen patrimonial. Dentro de este último supuesto, y para el caso que es materia del presente trabajo, al acreedor a fin de cobrarle su acreencia al cónyuge deudor (con los gananciales que a éste le puedan corresponder por fenecimiento de la sociedad de gananciales, naturalmente) le interesara que los cónyuges disuelvan la sociedad de gananciales (como mínimo) cambiando de régimen patrimonial. Liquidada la sociedad de gananciales y determinado el haber social remanente a ser dividido entre los cónyuges, recién nacerá la posibilidad de cobrar la deuda a través de la ejecución del embargo mediante el remate correspondiente de las acciones y derechos.

Nuestro ordenamiento civil, al regular la disolución de la sociedad de gananciales por cambio de régimen patrimonial, ha previsto supuestos voluntarios y forzosos en los que opera el cambio de régimen patrimonial.

3.1.1.1. El Cambio o Sustitución Voluntaria de Régimen Patrimonial

El cambio o sustitución voluntaria del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonio, durante la vigencia del matrimonio, se encuentra regulada en el artículo 296° del Código Civil, y este se encuentra determinado por el acuerdo de ambos cónyuges de sustituir el régimen patrimonial preexistente.

Para tal efecto, se requiere que los cónyuges otorguen la escritura pública correspondiente y ésta se inscriba en el registro personal de la SUNARP. La vigencia empezará desde el otorgamiento de escritura pública, pero hacia terceros será desde la fecha de su inscripción en el Registro Personal de la SUNARP.

3.1.1.2. El cambio forzoso de Régimen Patrimonial y dificultad legal de un tercero acreedor en forzar el fenecimiento y/o cambio de Régimen Patrimonial

A diferencia del cambio voluntario, en el cual hay un acuerdo de voluntades de los cónyuges de sustituir su régimen patrimonial, en el cambio forzoso u obligado del régimen de sociedad de gananciales, el

cambio opera ya no por decisión de los cónyuges sino por decisión judicial y/o administrativa según sea el caso.

En el primer caso —en el cambio forzoso del régimen de gananciales por decisión judicial—, no es suficiente que exista negativa de uno de los cónyuges en cambiar de régimen patrimonial, sino que además de la negativa, exige que el cónyuge que lo requiere, previamente recurra al juez a fin de solicitar el cambio alegando y probando en el proceso judicial que el otro cónyuge que se niega al cambio, *abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa*; en caso contrario, no procederá la sustitución judicial, conforme lo dispuesto en el artículo 329° del Código Civil.

Nótese que conforme al artículo 297° del Código Civil²⁴ (que es el que regula este supuesto en forma remisiva al artículo 329°), el único legitimado para solicitar el cambio de régimen patrimonial es el cónyuge agraviado. No se legitima, pues, a otros sujetos, entre ellos por

²⁴ **Sustitución judicial del régimen**

Artículo 297.- En el caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges puede recurrir al juez para que dicho régimen se sustituya por el de separación, en los casos a que se refiere el artículo 329.

Separación de patrimonio por declaración de insolvencia

Artículo 329.- Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el 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.

Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.

ejemplo a un acreedor impago por una deuda personal de uno de los cónyuges.

El segundo caso —el cambio forzoso del régimen de gananciales por decisión administrativa— está regulado en el artículo 330° del Código Civil, donde se establece que el régimen patrimonial de sociedad de gananciales puede sustituirse por declaración de inicio de procedimiento concursal por la Comisión Concursal del Indecopi²⁵, lo cual determinara de pleno derecho el cambio de régimen a separación de patrimonio.

En este caso, el procedimiento concursal —que es el que aquí nos interesa— puede ser solicitado por el acreedor, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 26° de la Ley General del Sistema Concursal²⁶ - Ley 27809:

²⁵ "**Artículo 330.-** La declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá 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.

No obstante lo anterior, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el párrafo precedente en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento."

²⁶ Artículo 26°.- Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores

26.1 Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor. El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado el deudor, no impedirá la continuación del procedimiento.

26.2 No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario por obligaciones impagas que se encuentren garantizadas con bienes del deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de dichas garantías resulte infructuoso.

26.3 No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades.

26.4 La solicitud deberá indicar el nombre o razón, domicilio real y la actividad económica del deudor

- a. Tener créditos exigibles impagos y vencidos
- b. No hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento
- c. En conjunto (del acreedor y otros acreedores), superen el equivalente a cincuenta (50) UIT²⁷

En términos más sencillos, si un acreedor quiere forzar administrativamente el cambio de pleno derecho de la sociedad de gananciales a separación de patrimonios, mínimamente debe tener deudas vencidas e impagas por un valor de S/.202,500.00 soles; con lo cual, aquel acreedor cuya acreencia no supere individualmente dicho monto o conociendo otros acreedores no logren dicho monto, no pueden solicitar el inicio de procedimiento concursal y por tanto tampoco lograrán el fenecimiento forzado de la sociedad de gananciales.

Como podemos observar, en nuestro ordenamiento jurídico forzar la disolución de la sociedad de gananciales por un cambio de régimen patrimonial, está sujeta a ciertos requisitos en los cuales un acreedor de una deuda personal de un cónyuge no tiene herramientas ni mecanismos adecuados para lograr la disolución forzada de la sociedad de gananciales. Esto, como es natural, afecta e idealiza su acreencia.

con una declaración jurada del acreedor sobre la existencia o inexistencia de vinculación con su deudor, según el artículo 12°. Acompañará copia de la documentación sustentatoria de los respectivos créditos e indicará el nombre o razón social, domicilio y, de ser el caso, el nombre y los poderes del representante legal del solicitante

²⁷ UIT al 2017. S/. 4,050.00 Soles.

En ambos casos (judicial o administrativamente), surtirá efectos hacia terceros el cambio de régimen patrimonial desde su inscripción en el Registro Personal de la SUNARP.

Finalmente, cabe indicar que el hecho de que voluntaria o forzadamente se ponga fin a la sociedad de gananciales, no implica que esta se ha liquidado y extinguido como tal, sino únicamente se ha disuelto, y ello abre una puerta para continuar con otras operaciones que pondrán fin a la sociedad de gananciales tal como la liquidación y extinción propiamente dicha.

3.1.2. La Liquidación de la Sociedad de Gananciales y los alcances de la intervención del acreedor del Cónyuge Deudor

El fenecimiento de la sociedad de gananciales por alguna de las causales establecidas en el artículo 318° del Código Civil, sólo importa el fin de dicho régimen patrimonial, más no su liquidación y extinción propiamente dicha.

Si bien he manifestado que un acreedor a nivel judicial no tiene legitimidad para poder forzar el fenecimiento de la sociedad de gananciales —salvo que opte por el trámite concursal ante Indecopi, siempre que a título individual o con intervención de otros acreedores sumen una acreencia igual o superior a los 50 IUT—, es ya un problema para forzar el fenecimiento o disolución de la Sociedad de Gananciales, ello se agrava dado que el acreedor no tiene ningún mecanismo legal expreso (no hay dispositivo legal alguno) que le

permita exigir la liquidación de la sociedad de gananciales, además de enfrentarse a otras dificultades.

Y sostengo esto pues, aun cuando se logre el fenecimiento de la sociedad de gananciales, falta la liquidación de la sociedad para poder extinguirse. Luego de ello, recién se podrá materializar los bienes y/o derechos remanentes que quedarán a favor del cónyuge deudor. Así pues, el embargo sigue siendo expectatio, puesto que aún hay incertidumbre si quedará ganancial por dividir entre los cónyuges.

Y ello lo afirmamos, en la medida que el artículo 322° del Código Civil la liquidación de la sociedad de gananciales se iniciará realizando el inventario, luego se pagarán las obligaciones sociales y las cargas y, solo después se reintegrará a cada cónyuge los bienes propios²⁸ que quedaren.

De ello puedo indicar, entonces, que la liquidación de la sociedad de gananciales se configura en un procedimiento conformado por un conjunto de operaciones que tienden a fijar el patrimonio remanente de la sociedad de gananciales con la finalidad de proceder a su posterior división y reparto entre los cónyuges que la integran.

Así pues, aun cuando concurra alguna de las causales de fenecimiento de la sociedad de gananciales, no se produce —y lo recalco— la inmediata extinción y desaparición de la sociedad de

²⁸ Aquí hay un error en la norma en considerar “bienes propios que quedaren”, cuando lo correcto es bienes gananciales que quedaren.

gananciales, sino que se abre un periodo en la cual se tienen que realizar algunas operaciones liquidatorias consistentes en tres fases o etapas:

Primera: Inventario de los bienes sociales.

Segunda: Pago de las obligaciones sociales y cargas sociales.

Tercera: Siempre que quede algún bien remanente de carácter ganancial, repartición o adjudicación a cada cónyuge (o entre sus herederos) en partes iguales conforme a lo establecido en el artículo 323° del Código Civil.

3.1.2.1. El Inventario Valorizado de Bienes Sociales

En esta primera etapa de la liquidación de sociedad de gananciales denominada “inventario”, se realizará la relación detallada y ordenada de los bienes de la sociedad de gananciales debidamente individualizados, para lograr su identificación, separando tanto los sociales como los propios.

Esta etapa da inicio al procedimiento de liquidación y su ejecución debe ser de inmediato al concurrir alguna de las causales de fenecimiento de la sociedad de gananciales: en este caso, el cambio de régimen patrimonial.

Este debe ser valorizado y debe comprender todos los bienes de la sociedad de gananciales, incluido el menaje ordinario, salvo sea en aquellos casos que el fenecimiento se haya producido por declaración de ausencia o muerte de uno de los cónyuges, supuesto en el cual el cónyuge sobreviviente tiene derecho sobre dicho menaje.

Asimismo, al igual que Cornejo Chávez (1998, p. 366), considero que, en el fenecimiento de la sociedad de gananciales por cambio de régimen patrimonial, el menaje ni se incluye en el inventario ni se atribuye a ninguno de los cónyuges, dado que el hogar va a continuar funcionando y requiriendo de dichos bienes.

El inventario de los bienes sociales, conforme a nuestro ordenamiento jurídico puede realizarse voluntariamente o judicialmente. En el primer caso, exige que mínimamente sea realizado por escrito y con firmas legalizadas ante Notario Público de los cónyuges o sus herederos.

Puede solicitarse vía procedimiento no contencioso notarial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 26662 y, solo en caso que las partes no estén de acuerdo, puede solicitarse judicialmente, descartando por tanto también legitimidad para solicitar el inventario el acreedor afectado.

En esta etapa o antes de esta la sociedad conyugal pudo haber transferido el bien embargado expectativamente, por lo que ya no entrará en el inventario.

3.1.2.2. Pago de las Obligaciones y Cargas Sociales

Una vez realizado el inventario, la siguiente etapa es el pago de las obligaciones y cargas sociales. Aquí se debe determinar si la sociedad conyugal tiene pendiente de pago alguna de las siguientes deudas y cargas sociales:

- a) Las deudas u obligaciones contraídas en provecho de la familia, el futuro hogar, hogar consolidado, sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.
- b) Prestación de alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas
- c) Deudas asumidas por ambos cónyuges.
- d) Deudas producto de mejoras necesarias y reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios de uno de los cónyuges. Así como de sus retribuciones y tributos que los afecten.
- e) Deudas por mejoras útiles y de recreo que la sociedad se haya obligado a introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste.
- f) Deudas por restitución de mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten.
- g) Deudas por atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a la que correspondan.
- h) Cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.

- i) Deudas que causa la administración de la sociedad.
- j) Deudas que derivan de la contratación y mantenimiento de una cuenta corriente.

En dicho caso, si la sociedad conyugal tiene bienes sociales, con ellos deberá responder por todas o cada una de las deudas o cargas sociales que se hayan contraído antes o durante la vigencia de la sociedad conyugal, y solo ante la ausencia o insuficiencia de bienes — conforme ya hemos detallado anteriormente—, los cónyuges responderán a prorrata con sus bienes propios.

3.1.2.3. La Repartición del Haber Remanente Ganancial

Una vez realizada el pago de las deudas y cargas sociales pueden presentarse los siguientes escenarios:

- a) Que todos los bienes sociales hayan cubierto equivalente e íntegramente las deudas y cargas sociales: con ello, el patrimonio de la sociedad conyugal bajo la sociedad de gananciales es igual a cero (0)
- b) Que los bienes sociales hayan cubierto parcialmente las deudas y cargas sociales. Aquí hay ausencia o insuficiencia de bienes sociales: con ello, el patrimonio de la sociedad conyugal bajo la sociedad de gananciales es negativo, por lo que los cónyuges responderán con sus bienes propios a prorrata si tuviesen alguno.
- c) Que los bienes sociales, hayan cubierto totalmente las deudas y cargas sociales y que haya quedado un remanente o sobrante.

Solo será en este último escenario, siempre que luego de dicha operación quede bienes remanentes o sobrantes a dividir entre los cónyuges (los cuales conforme al artículo 323° del Código Civil se denominan gananciales), se procederá a la división mitades entre los cónyuges o sus herederos.

Hecha cualquiera de las operaciones indicadas, se producirá la extinción de la sociedad de gananciales.

Una reflexión surge de esto: la posibilidad de división de los gananciales entre los cónyuges es solo una posibilidad abstracta en la liquidación de la sociedad de gananciales, pero nunca será una situación o posibilidad concreta, puesto que no en todos los casos quedarán bienes gananciales por dividir.

Si ello es así, la posibilidad de cobrar una deuda personal de uno de los cónyuges afectando acciones y derechos de este en un bien social, es una posibilidad de otra posibilidad en su resultado. Solo un juego del azar.

3.1.3. Inejecutabilidad de la Ejecución y el Remate de los Bienes Sociales por Deuda Personal de uno de los cónyuges

Ya en esta etapa y luego hacer un breve análisis de lo que sucede en el fenecimiento de la sociedad de gananciales por cambio de régimen patrimonial sea voluntario o forzoso, corresponde ahora centrarnos en determinar qué tan posible, en este escenario, es ejecutar el remate de los bienes sociales por deudas personales de uno de los cónyuges,

cuando éste ha sido embargado expectativamente en forma de acciones y derechos sujeto a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Para poder ejecutar el remate de un bien social en dicho supuesto, previamente debe haberse iniciado el proceso judicial (obligación de dar suma de dinero o ejecutivo, según corresponda o en ejecución) y que dentro o antes del mismo debe haberse concedido la medida cautelar de embargo expectatio en forma de inscripción, depósito, sobre acciones y derechos sobre un bien social, sujeto a la liquidación de la sociedad de gananciales.

De este modo, la posibilidad de ejecutar el remate de los gananciales adjudicados al cónyuge deudor depende de:

- a) Liquidación de Sociedad de Gananciales: Nótese aquí que la liquidación de la sociedad debe realizarse completa, es decir, no existe ninguna opción legal que permita una liquidación parcial únicamente respecto del bien social comprometido con el embargo.

Asimismo, el acreedor no tiene una posibilidad real de forzar el fenecimiento o disolución de la sociedad de gananciales, salvo pueda lograr que en la comisión concursal del Indecopi le declare el inicio del procedimiento concursal sobre el cónyuge deudor; no obstante, el problema en este escenario es que no todos tienen una acreencia mínima de 50 UIT (Al 2017 S/. 202,500.00 Soles).

Un segundo problema es que no existe norma legal que habilite expresamente al acreedor una vez disuelta la sociedad de gananciales, exija la liquidación de la misma conforme a su procedimiento ya explicado.

Así, aun cuando se inicie el procedimiento concursal, faltará la liquidación de la sociedad de gananciales, respecto del cual no existe tampoco regulado una liquidación judicial de la sociedad cuya legitimidad para actuar se le ha dejado a la voluntad de los cónyuges y no a terceros o acreedores. No quiero señalar que ello no sea posible, pero tal como muestra la historia judicial, requerirá de mucho para que se logre. Máxime si no hay nada escrito ni regulado sobre ello.

- b)** Que queden Bienes Gananciales por dividir a favor del Cónyuge Deudor: Aunque la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales son un problema para el acreedor, el esfuerzo por lograr ello no garantiza aún que vaya a cobrar su acreencia, pues tendrá que esperar el resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, y ese resultado está supeditado a que quede algún o algunos bienes gananciales que se puedan dividir y adjudicar parte o alguno de ellos al cónyuge deudor.

Solo si queda algún bien o bienes gananciales factibles de dividir, en este caso, el embargo dejará de ser expectatio para ejecutarse concreta y realmente el remate de las acciones y derechos embargados.

Si no quedara ningún bien con la condición de ganancial que pueda ser dividido, el embargo no se podrá ejecutar y menos rematar el bien, quedando lo ordenado (por la instancia judicial o administrativa) en una mera expectativa o ideal, que lo único que le produjo fue mayor gasto para cobrar su acreencia que realmente ya no podrá cobrar.

En este escenario, en la actualidad, no es posible procesalmente que el acreedor forcé un fenecimiento de la sociedad de gananciales y posteriormente se liquide la sociedad a fin de que este cobre su acreencia. Ante el desconocimiento de bienes propios del cónyuge deudor, el acreedor únicamente puede lograr en contra de su deudor se le declare deudor moroso y se lo inscriba como tal. ¡Y de qué le sirve esto!, pues de no mucho, porque el interés final del acreedor es el cobro y recuperación de la deuda.

Así, sea cual fuese el proceso en el cual se exija la ejecución de la obligación, conforme al artículo 692-A incorporado por el Decreto Legislativo N° 1068 al Código Procesal Civil, pero modificado por el artículo 5 de la Ley 30201 se ha establecido que:

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, aquel solicitará que se requiera a este para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados, a efectos que, con su realización, se cumpla el mandato de pago, bajo

apercibimiento establecido por el juez, de declarársele deudor judicial moroso e inscribirse dicho estado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos, a solicitud del ejecutante.

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 sumarísimo.” (Cursiva y negrita son nuestras)

En consecuencia, la posibilidad de rematar un bien social dependerá de quede como ganancial al final de la liquidación de la sociedad de gananciales y, justamente, se adjudique totalmente o en acciones y derechos al cónyuge deudor. En caso contrario, no hay posibilidad alguna para rematarlo.

Entonces, aquí tenemos un problema de posibilidades sobre posibilidades, de carácter expectatio, que el derecho no puede admitir, y esto si resulta un gran problema para el acreedor el cual puede ver burlado su crédito, al dejarlo como una ilusión o fraude al acreedor, se afecta la seguridad jurídica que debe gozar la recuperación del crédito y la tutela jurisdiccional efectiva.

Sostenemos ello puesto que es suficiente un solo caso tipo, para advertir que aquel operador jurídico —entiéndase juez— que disponga un remate de un bien social sin que este previamente se haya convertido en ganancial luego de la liquidación, está condenado a la destitución (tal como sucedió con el Juez del Décimo octavo Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima en el año 2010 mediante Resolución N° 093-2010-CNM del

25.02.2010 y N° 208-2010-CNM del 02.07.2010, Reconsideración) y declaración de Proceso de Amparo infundado mediante la resolución emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3810-2012-AA, del 06 de agosto de 2014.

3.1.3.1. La Ilusión o Fraude del Acreedor y la Afectación del Crédito

Es necesario subrayar en este punto algunas situaciones que pueden suscitarse antes de que un bien social se convierta en ganancial producto de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Señalábamos anteriormente que para que el acreedor pueda efectivizar el embargo de las acciones y derechos expectatio sobre un bien social y poder ejecutar un remate de las mismas, previamente se tiene que liquidar la sociedad de gananciales y convertir dicho bien en ganancial susceptible de división, pero llegar a esto no es tampoco fácil, no solo por lo que he manifestado, sino también porque en tanto no concluya la liquidación, se pueden presentar las siguientes situaciones hasta que se termine la liquidación:

- a)** La Sociedad Conyugal decida vender el bien embargado a un tercero

No existe impedimento alguno si la sociedad conyugal decide vender el bien social embargado. El comprador no podrá verse afectado con la medida cautelar aun cuando ésta se

encuentre inscrita, pues su transferencia ha sido antes de la liquidación de la sociedad de gananciales y, para esta etapa, el bien ya no formará parte de la masa social.

El nuevo propietario puede plantear una tercería de propiedad, pues su transferente no era parte en el proceso, sino uno de sus integrantes y, por tanto, desde mi punto de vista la medida cautelar acaba por extinguirse.

- b)** La Sociedad Conyugal asuma nuevas obligaciones sociales y decida hacer una Dación en Pago con dicho bien embargado

En este escenario, la sociedad conyugal puede asumir nuevas obligaciones sociales real y válidamente o por simple simulación - fraude (de no tener ningún bien social para liquidar), otorgar el bien en dación en pago o transar y dar en pago, incluso con participación del poder judicial, en su aprobación si es que hacen mediar un proceso judicial en contra de la sociedad.

Con ello, los nuevos propietarios al igual que en el supuesto anterior pueden solicitar la desafectación al juez que ordenó la medida cautelar, desafectación que tendría que ser concedida por haberse extinguido la medida cautelar porque ya no es un bien de la sociedad de gananciales y esta no es la obligada con el demandante.

- c) Los Cónyuges en la Etapa de División del Remanente Ganancial decidan que el bien de la Sociedad de Gananciales que ha sido embargado sea adjudicado o entregado como remanente al cónyuge no demandado y el otro cónyuge se quede con otros bienes no afectados sean muebles o inmuebles

En este último caso los cónyuges deciden poner fin a la sociedad de gananciales, pero al tener varios bienes gananciales remanentes deciden que el bien o bienes que están afectados con la medida cautelar pasen al cónyuge no embargado y los bienes que no tienen medida cautelar sean adjudicados al cónyuge deudor.

No existe norma alguna que señale cómo se deben adjudicar los bienes, solo se indica que debe realizar en partes iguales.

En segundo lugar, no hay indicación en la norma que al cónyuge deudor y que ha sido demandado y embargado expectativamente, de quedar dicho bien como ganancial se debe adjudicar necesariamente a este.

En tercer lugar, en caso que un bien con medida cautelar sea adjudicado al cónyuge no deudor, y los bienes no embargados o afectados al cónyuge deudor, ello no implica una variación automática de la medida cautelar respecto del bien.

En tales escenarios, pregunto: ¿Qué tan difícil es para el cónyuge deudor burlar al acreedor para que no quede ningún bien en la liquidación de la sociedad de gananciales? La respuesta es que me parece que es fácil o muy fácil burlar al acreedor. Por tal razón, la medida cautelar expectaticia sobre las acciones y derechos sobre un bien social sujeto su ejecución a la liquidación de la sociedad de gananciales, es tan idealista, tan fácil de ser burlada con un fraude o situaciones reales, afectando el crédito y la seguridad jurídica de las relaciones económicas.

3.1.4. La Afectación a la Seguridad Jurídica y Derecho a la Tutela Procesal Efectiva del Acreedor ante la inejecutabilidad de la Medida Cautelar Expectaticia

Ahora bien, en aquellos casos donde adicionalmente al embargo expectaticio concedido, el proceso ha concluido por haberse emitido sentencia (que está consentida o ejecutoriada) declarando fundada la demanda y se ordena al cónyuge deudor cumpla con el pago, ante un incumplimiento dicha medida cautelar se convierte en una medida ejecutiva.

En este supuesto, otra vez me interrogo: ¿Se trata de una medida ejecutiva, “ejecutiva” de qué? En el plano concreto y real, prácticamente de nada. Ella transgrede la seguridad jurídica que debe otorgar el hecho de reclamar tutela jurisdiccional efectiva.

3.1.4.1. La Afectación a la Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica es una garantía y un fin esencial al que todo sistema jurídico debe responder.

La seguridad jurídica constituye en un fin del Derecho, el sistema jurídico y de sus instituciones, que proporciona a los sujetos de derecho: normas, herramientas que garanticen la conservación y respeto de sus derechos, y que si estos fueran violados le serán restablecidos o reparados, bajo un contexto de predictibilidad y justicia. Sin embargo, a partir de nuestra investigación, la seguridad jurídica no aparece, pues el acreedor ve fácilmente burlada su acreencia, incluso cuando ha recurrido a una instancia judicial y ha obtenido un embargo favorable y, lo que, es más, una sentencia favorable —que finalmente es lo único ha ganado. Contrariamente, su acreencia habrá aumentado con los gastos judiciales.

Esta es, por tanto, una antítesis de la seguridad jurídica. La llamada *inseguridad jurídica* ocurre cuando el derecho no proporciona una garantía suficiente a los sujetos en casos en que sus derechos se ven conculcados, no pudiendo restablecerlos o reparados. Ello ocurre, entre otros casos, cuando los legisladores no prevén adecuadamente las consecuencias jurídicas de dicho dispositivo legal en relación a los criterios de igualdad, justicia y seguridad jurídica; siendo dichos dispositivos legales una simple declaración lírica que no tiene aplicación práctica (o si la tiene no responde a un interés general o a la justicia): en fin, es cuando la persona no tiene la certeza de que lo

prohibido, mandado y permitido por el derecho será cumplido. Sin seguridad Jurídica no hay desarrollo social, cultural, menos puede haber desarrollo económico. (Torres, 2001, pp. 666-667).

3.1.4.2. La Afectación a la Tutela Procesal Efectiva en su derecho a la Efectividad de las Resoluciones Judiciales

El Derecho a la Tutela Procesal Efectiva es un atributo que comprende varios derechos, entre ellos, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano que ha interpretado que el derecho a la ejecución de las resoluciones constituye una parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial.

En efecto, en las sentencias 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, ha dejado establecido que:

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido, en el caso “Hornsby c/ Grecia”, sentencia del 13 de marzo de 1997, que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues “sería ilusorio” que “el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes (...)” [fundamento 11].

En esa misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado en otra sentencia que: “*la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela*” (STC 4119-2005-AA/TC, fundamento 64)

Si bien nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales —como todos los derechos fundamentales— no es un derecho absoluto en su ejercicio, mi cuestionamiento es por qué en el caso materia de investigación las decisiones judiciales quedan inoperantes (pues su ejecución está condicionada a la previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, lo cual conforme a nuestra normatividad está a la decisión del cónyuge y su sociedad conyugal sin que el acreedor pueda demandarlo), lo cual causa un perjuicio económico mayor al acreedor, sin otro resultado eficaz, salvo lograr el registrarlo en el Registro de Deudores Morosos, que no es un resultado óptimo.

Por ello es necesario argumentar la conveniencia de una reforma legislativa que solucione el problema del cobro de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en la sociedad de gananciales.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS GENERALES QUE DEBE CONTENER UNA REFORMA LEGISLATIVA QUE SOLUCIONE EL PROBLEMA DEL COBRO DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES ANTE LA AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE BIENES PROPIOS Y EXISTENCIA DE BIENES SOCIALES

Tal como he desarrollado, el cobro de deudas contraídas por uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad de gananciales ante la ausencia o insuficiencia de bienes propios y existencia de bienes sociales es un gran problema, pues nuestro ordenamiento —salvo la responsabilidad bancaria de la sociedad conyugal por cuenta corriente—, no ha establecido la presunción *iuris tantum* del carácter común de las deudas asumidas por uno de los cónyuges, por lo que se asume que las deudas contraídas por uno de ellos son propias, salvo prueba en contrario²⁹.

A parte del caso comentado, ante deudas personales propias o privatistas de un solo cónyuge, en principio éste responderá con su propio patrimonio. No responde el patrimonio del cónyuge no deudor, el cual únicamente por régimen subsidiario lo hará

²⁹ Si Bien ello es una afirmación que se desprende de nuestro trabajo, también se debe indicar que la Corte Suprema en la CASACIÓN N° 2008-2000/Cajamarca, señala una posición discrepante en el siguiente sentido: “Considerando Quinto: (...)a tenor de lo dispuesto por el artículo 196° del Código Adjetivo en tanto que si todos los bienes se presumen sociales conforme al artículo 311° inciso 1 del Código Civil, se entiende asimismo que para el caso de deudas es de aplicación la misma presunción”; sin embargo puedo decir que dicha ejecutoria es una contra todo el universo de resoluciones que señalan lo contrario entre ellas la CASACIÓN N° 1953-97/PIURA: “Los artículos 307° y 308° del Código Civil regula como se cubren las obligaciones contraídas por los cónyuges antes de la vigencia de la sociedad de gananciales. Siendo así, no corresponde discutir 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”, CASACIÓN N° 2421-2002/La Libertad: “Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo, este solo responderá por obligaciones asumidas por ella y no por obligaciones asumidas personalmente por cada uno de los cónyuges, salvo que el objeto de la obligación hubiese tenido como beneficiario a dicha sociedad”. Se sugiere revisar también las sentencias que recayeron en el Expediente N° 1144-98, Resolución del 16/06/98, Segunda Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima., Expediente N° 1264-97, Resolución del 16/01/98, Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos y Cautelares de la Corte Superior de Lima. Expediente N° 48D-9D-Lima, Normas Legales N° 211, Pág. J-3., Casación N° 4-95.

siempre que concurren los supuestos establecidos en los artículos 308° y 317° del Código Civil.

En tal sentido, cada cónyuge responde con su propio patrimonio por las deudas propias que tuviese, no comprometiendo el patrimonio del otro cónyuge; sin embargo, ante la ausencia o insuficiencia de bienes propios, jurisprudencialmente se ha permitido el embargo expectatio de acciones y derechos de un bien social, estableciendo una responsabilidad de tipo complementario la sociedad conyugal no regulada en el Código Civil.

Así, la responsabilidad de las deudas propias del cónyuge deudor y la imputación de responsabilidad subsidiaria del otro cónyuge, se ha establecido en el artículo 308° del Código Civil 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 ese sentido, es en virtud de este artículo que se puede imputar responsabilidad patrimonial al cónyuge no deudor y, consecuentemente, a ambos como sociedad conyugal, siempre que se hayan contraído en provecho de la familia, dándole la condición de deuda social y por tanto los efectos de lo establecido en el artículo 317° del Código Civil. Legislado así el sistema de responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor, ante ausencia o insuficiencia de bienes propios que pueda satisfacer sus deudas propias, es necesario plantear el marco general de una reforma legislativa para enfrentar (con herramientas jurídicas) el problema, que ciertamente no es un problema difícil, sino complejo, por la diversidad de situaciones que se pueden presentar.

Dicha reforma requiere:

PRIMERO: *Establecer expresamente la posibilidad del embargo de los bienes sociales y sus efectos respecto de los bienes sociales y del otro cónyuge.*

En principio, es necesario que el artículo 307° del Código Civil no solo regule las deudas adquiridas antes de la vigencia del régimen de gananciales, sino que exprese que cada cónyuge responde con su patrimonio personal por sus deudas propias, sea que estas hayan sido adquiridas antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales, precisando que solo en el caso de que hayan sido en beneficio del futuro hogar o en provecho de su actual familia, responderán los bienes sociales y a falta de estos los del otro cónyuge a prorrata, utilizando la regla del artículo 317° del Código Civil.

En caso que las deudas no han sido adquiridas en beneficio del futuro hogar o en beneficio de la familia, y sólo en el caso que los bienes propios no fuesen suficientes para hacerlo efectivo, el acreedor podrá pedir el embargo expectatio de los bienes sociales, debiéndose notificar inmediatamente al cónyuge no deudor (lo cual en la actualidad no sucede y puede incluso tomarse como una afectación al derecho de defensa del cónyuge) para que este pueda oponerse a la afectación por causas que deben estar explícitamente establecidas (por ejemplo este constituido como patrimonio familiar, el bien ya no pertenezca a la sociedad conyugal, etc.) o solicitar la sustitución por una parte concreta, lo cual conllevará consigo la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en forma parcial respecto de dicho bien, y el bien quedará en condominio. De realizarse su ejecución, se reputará que el cónyuge deudor ha recibido a cuenta de su participación al momento de la liquidación total o deberá reintegrar con sus bienes propios ante cualquier desbalance que cause perjuicio en el patrimonio del cónyuge no deudor.

SEGUNDO: No es necesario disolver la sociedad de gananciales en dicho caso, salvo que el cónyuge no deudor solicite trabar en la parte que le corresponde.

Tal como se ha descrito en el presente trabajo, para hacer efectivo la medida cautelar de embargo en estos casos, lo que le quedaría al acreedor es obligar al cónyuge deudor la disolución de la sociedad de gananciales y, por tanto, su extinción luego de su liquidación, con la finalidad de materializar el derecho garantizado con el embargo.

Particularmente, no me parece necesaria que la previa disolución de la sociedad de gananciales (salvo los cónyuges así lo opten que también puede ser una opción) sea un requisito necesario para poder hacer efectiva la medida cautelar de embargo, pues el embargo solo afecta a determinado bien y no al régimen patrimonial en sí. La interrogante que surge es: ¿Por qué comprometer todo el régimen si el derecho persecutorio es sobre un determinado bien y no sobre el régimen patrimonial? En tal sentido de ejecutarse el remate del bien y, por ende, el embargo, se rematarán las acciones y derechos concretos, reputándose la ejecución del embargo que el cónyuge deudor ha recibido a cuenta de su participación al momento de la liquidación total o que deberá reintegrar con sus bienes propios futuros o sociales pendiente de liquidación ante cualquier desbalance que cause perjuicio en el patrimonio del cónyuge no deudor

En todo caso, si el cónyuge no deudor solicita variar el embargo a una parte determinada, tal como lo señale en el primer criterio, ello debe implicar la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales y fijarse fecha para la liquidación voluntaria o legal: lo cual, en todo caso, debe ser establecido en las normas procesales pertinentes (por ello, no ahondaremos en este extremo, pues el objetivo del presente trabajo fue otro).

TERCERO: Tener en cuenta la responsabilidad patrimonial del cónyuge comerciante y el derecho de oposición del otro cónyuge

A partir de estos criterios generales, por ejemplo, en el caso de que el cónyuge deudor sea comerciante, para efectos de su responsabilidad frente a la acreencia se debe tener en cuenta lo siguiente:

Ante un incumplimiento en sus acreencias, deben responder en primer lugar los bienes propios del cónyuge comerciante, y los bienes adquiridos producto del propio giro del negocio (responsabilidad primaria).

Si los bienes propios, o bienes del propio giro del negocio son insuficientes, responden los bienes sociales, con consentimiento del cónyuge, el cual puede ser tácito (responsabilidad subsidiaria). Por ejemplo, en este aspecto, la ley debe regular la posibilidad del cónyuge de oponerse que su otro cónyuge sea comerciante a fin de que no sean responsables los bienes sociales e incluso lo de él mismo.

Y los bienes del otro cónyuge, responderán solo cuando éste preste su consentimiento expreso (responsabilidad directa del otro cónyuge o plena responsabilidad).

Es necesaria, dada las peculiaridades y los intereses ya no solo privados sino públicos también pueden aparecer en forma de obligaciones o acreencias; por ejemplo, el caso del cobro de impuestos que están a cargo de la SUNAT (el gran problema que tiene la institución para cobrar cuando los bienes son sociales, debido a la ambigua y pobre regulación de los grados de responsabilidad del cónyuge y de la sociedad conyugal en el comercio).

CUARTO: Modificación del artículo 307° del Código Civil.

Aun cuando el objetivo del presente trabajo es esbozar solo una propuesta general que debe contener una reforma legislativa, la cual somos conscientes que alcanzaría no sólo al Código Civil sino también al Código Procesal Civil, no está demás por medio de la presente hacer una pequeña propuesta de cómo se modificarían un artículo del Código Civil estrechamente vinculado.

CÓDIGO CIVIL VIGENTE	CÓDIGO CIVIL CON MODIFICATORIA
<p>Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales</p> <p>Artículo 307°.- <i>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.</i></p>	<p>Pago de las Deudas Propias</p> <p>Artículo 307°.- <i>El pago de las deudas propias se rige por las siguientes reglas:</i></p> <ol style="list-style-type: none"><i>1. Cada cónyuge responde con sus bienes propios el pago de sus deudas propias, y si sus bienes propios no fueran suficientes, el acreedor podrá pedir el embargo expectatio de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge, el cual podrá oponerse conforme a los supuestos regulados en el Código Procesal Civil.</i> <i>El pedido de embargo y su ejecución, no a carrera la disolución de la sociedad de gananciales, solo afecta al bien embargado y, al efectivizarse el remate se reputará que el cónyuge deudor ha recibido a cuenta de su participación al momento de la liquidación total o que deberá reintegrar con sus bienes propios ante cualquier desbalance que cause perjuicio en el patrimonio del cónyuge no deudor.</i><i>2. 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.</i><i>3. Las deudas de cada cónyuge durante la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio de la familia, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor y, en su defecto, con los bienes propios del otro cónyuge a prorrata.</i>

CONCLUSIONES

1. Frente al incumplimiento de pago de una deuda propia de un cónyuge sujeto al régimen de la sociedad de gananciales, el acreedor puede demandar judicialmente su pago.

De ahí que, en casos de ausencia o insuficiencia de bienes propios, el acreedor puede solicitar un embargo expectatio de acciones y derechos (cuotas ideales) sobre un bien de propiedad de la sociedad de gananciales (bien social).

La ejecución del embargo está sujeta a que luego de disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, el cónyuge deudor quede con acciones y derechos sobre el bien social embargado expectaticamente. De otro modo, el embargo es inejecutable (responsabilidad subsidiaria condicionada).

Así pues, la inejecución de las decisiones judiciales causa un perjuicio económico al acreedor, quien verá aumentar su insolvencia por los gastos judiciales incurridos en la recuperación de su acreencia.

2. La exigencia previa de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales permite, pues, que los bienes sociales pasen a un régimen de copropiedad, lo cual facilita la ejecución del embargo.

Sin embargo, en este escenario, el acreedor carece de legitimación para solicitar judicialmente la liquidación de la sociedad de gananciales ante el incumplimiento de pago de una deuda propia de uno de los cónyuges. Este vacío normativo no permite la ejecución material del embargo expectatio de acciones y derechos de los bienes sociales, incluso cuando se declare fundada la demanda. Con lo cual, el

embargo se convierte también en inejecutable para el acreedor, transgrediendo la seguridad jurídica y su derecho a una tutela procesal efectiva.

3. En nuestra legislación, la sociedad conyugal responde por sus propias deudas; no responde por las deudas propias del cónyuge.

Sin embargo, se ha regulado una responsabilidad subsidiaria a prorrata de los cónyuges en los casos de ausencia o insuficiencia de bienes de la sociedad conyugal para cubrir sus deudas, pero no las deudas propias de cada cónyuge.

Por lo tanto, no se encuentra establecida la presunción *iuris tantum* del carácter común de las deudas asumidas por uno de los cónyuges. Por lo que se asume que las deudas contraídas por uno de ellos son propias, salvo prueba o disposición legal en contrario.

4. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad patrimonial del cónyuge por obligaciones o deudas propias son de su exclusiva y excluyente responsabilidad. En dicho caso, el único llamado a cumplir con éstas es el cónyuge con sus bienes propios.

Por ende, no se puede obligar al otro cónyuge, y menos a la sociedad conyugal que forme parte, a cumplir con una obligación no asumida por un solo cónyuge ni por su sociedad conyugal, salvo se acredite que son deudas sociales por haber beneficiado al futuro hogar, a la familia o expresamente la Ley lo haya dispuesto.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que otras investigaciones sometan a prueba la presente indagación, y analicen las normas civiles adjetivas a efectos de otorgar mayor seguridad jurídica y tutela procesal efectiva, en casos de deudas propias impagas que fueron contraídas por aquel cónyuge que integra una sociedad de gananciales.

A ese efecto, el análisis de casos concretos permitirá conocer cuál es la posición actual de los tribunales de justicia al aplicar la legislación vigente.

2. La debida ejecución del embargo expectatio, en casos de deudas propias contraídas por aquel cónyuge que integra una sociedad de gananciales, requiere de modificaciones legislativas en el Congreso de la Republica que permitan la ejecución de estos embargos.
3. Las reformas legislativas deben tener en cuenta lo siguiente:

PRIMERO: Es necesario establecer legal y expresamente la posibilidad del embargo de los bienes sociales y sus efectos respecto de los bienes sociales y los bienes del otro cónyuge.

SEGUNDO: Que no es necesario disolver la sociedad de gananciales en dicho caso, salvo el cónyuge no deudor solicite trabar en la parte que le corresponde al cónyuge deudor.

TERCERO: Tener en cuenta la Responsabilidad patrimonial del cónyuge comerciante y el derecho de oposición del otro cónyuge como un acápite especial.

REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A. (1935). *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*. Santiago: Editorial Imprenta universitaria.
- Bellusio, C. A. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. (t. 2). (7ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Brema Sesma, I. (1996). Naturaleza Jurídica de la Sociedad Conyugal. *Revista de derecho privado*, 21. Recuperada de:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/21/dtr/dtr1.pdf>.
- Calderón Ramos, M. (1997). El Embargo contra los Bienes de uno de los Cónyuges. ¿Ilusión del acreedor o Fraude del Deudor? *Diálogo con la Jurisprudencia* 5.
- Carozzi Failde, E. (2015). *Manual de la Sociedad Conyugal*. (7ª ed.). Montevideo: Fundación Cultura Universitaria.
- Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. (t. 1). (9ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza Pérez, B. (s.f.). *La Sociedad Conyugal en el Régimen Jurídico de Colombia*. Recuperado de
http://www.espinosaasociados.com/ingles/images/Sociedad_conyugal.pdf
- Fernández Sessarego, C. (2001). *Derecho de las Personas*. (8ª ed.). Lima: Editora Grijley.
- Josserand, L. (1951). *Derecho Civil. “Los Regimenes Matrimoniales”*. (t. 3, vol. 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema
Casación N° 3109-98/Cusco-Madre de Dios

Casación N° 3109-1998/Cuzco

Casación N° 829-2001/Ica

Casación N° 2008-2000/Cajamarca

Casación N° 1953-97/Piura

Casación N° 2421-2002/La Libertad

Pleno Jurisdiccional Civil de 1997

Jurisprudencia del Tribunal Registral peruano

Tercer Precedente aprobado en el XXII PLENO, Criterio sustentado en la Resolución N° 565-2006-SUNARP-TR-L del 27 de setiembre de 2006.

Resolución N° 039-96-ORLC/TR del 02.02.1996,

Resolución N° 429-2014-SUNARP-TR-L,

Resolución N° 1926-2012-SUNARP-TR-L

Resolución N° 574-2009-SUNARP-TR-L

Resolución N° 630-2015-SUNARP-TR-L

Resolución N° 630-2015-SUNARP-TR-L

Resolución N° 574-2009-SUNARP-TR-L

Resolución N° 565-2006-SUNARP-TR-L

Messineo, F. (1920). *La natura giuridica della comunione coniugale del beni*. Roma: Editorial Athenaeum.

Molina Sarmiento, J.J. (2008). *Sociedad de Gananciales*. Recuperado de <http://separaciones-divorcios.blogspot.com/2008/05/la-sociedad-de-gananciales.html>.

Moran Morales, C. (2005). *Modificaciones del Derecho de familia en la Reforma de C. Civil*. Lima: Editorial Universidad Católica Sto. Toribio de Mogrovejo.

Plácido Vilcachagua, A. (2010). Derecho de Familia (Primera parte). En *Código Civil Comentado*. (t. 2). Lima: Gaceta Jurídica.

Plácido Vilcachagua, A. (2005). *Deudas de los cónyuges y de la Sociedad conyugal*. Editorial. Lima: Gaceta Jurídica.

Plácido Vilcachagua, A. (2005). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.

Planiol, M. F., & Ripert, G. (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés*. Habana: Cultural.

Ontaneda Vallejos, A. M. (2010). *El Régimen Patrimonial del Matrimonio*. Recuperado de http://www.teleley.com/articulos/art_ontaneda.pdf.

ANEXOS

N° 093- 2010-PCNM

P. D. N° 059-2009-CNM

San Isidro, 25 de febrero de 2010.

VISTO;

El proceso disciplinario número 059-2009-CNM seguido contra el doctor Rafael Marcos Medel Herrada por su actuación como Juez del Décimo Octavo Juzgado Civil de Lima; y el pedido de destitución formulado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República; y,

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, por resolución N° 182-2009-PCNM de 5 de agosto de 2009, el Consejo Nacional de la Magistratura abrió proceso disciplinario al doctor Rafael Marcos Medel Herrada por su actuación como Juez del Décimo Octavo Juzgado Civil de Lima;

Segundo.- Que, se imputa al doctor Rafael Marcos Medel Herrada, el haber incurrido en la tramitación del proceso de ejecución derivado del expediente N° 12186-2000-1801-JR-CI-18, seguido por don Fernando De Osma Ayulo contra don Héctor Jerí Suito, sobre obligación de dar suma de dinero, en las siguientes irregularidades:

- A)** Haber dispuesto mediante Resolución N° 3 del cuaderno cautelar, el embargo de los derechos y acciones sobre el Departamento N° 201, ubicado en la Av. Alfa N° 1901 - 2° planta, Distrito de Los Olivos, y la Tienda N° 02, sito en la Av. Tomas Valle N° 704, Distrito de Los Olivos, y por Resolución N° 61 corregida por Resolución N° 66 el remate en segunda convocatoria por la integridad de los citados inmuebles, cuando sólo correspondía disponer el remate de lo que había sido objeto de la cautela, esto es, del 50% de los derechos y acciones que correspondían al demandado, infringiendo el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por ello, también se le atribuye parcialización con la parte demandante, puesto que no obstante tener pleno conocimiento que sólo había afectado los

derechos y acciones –en cantidad indeterminada– que le podían corresponder al demandado Héctor Jerí Suito, sobre los bienes embargados, por tratarse de bienes sociales-conyugales; sin embargo, adjudicó la propiedad absoluta del Departamento N° 201 a don Mauro José Ludeña Escalante, y por Resolución N° 93 dispuso el endoso y entrega al demandante Fernando De Osma Ayulo de los pagos efectuados por el adjudicatario, infringiendo los principios de independencia-imparcialidad incurriendo en la responsabilidad prevista en el artículo 201 incisos 1 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

- B)** Haber alterado por Resolución aclaratoria N° 110, de 29 de agosto de 2006, aspectos sustanciales de resoluciones firmes, como son las resoluciones números 46, 60, 61, 89 y 92 pretendiendo subsanar graves irregularidades en la convocatoria, remate y adjudicación dispuesta en dicho proceso judicial, cambiando con dicho acto la información que se dio al momento de convocar para el remate del mencionado departamento 201, vulnerando el texto expreso del art. 406 del Código Procesal Civil y, por ende, del artículo 184 incisos 1 y 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incurriendo en la causal de responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 201 incisos 1 y 6 de la citada Ley Orgánica;
- C)** Haber ordenado el remate y adjudicación en vía de aclaración de un porcentaje exacto de derechos y acciones (50%) de bienes sociales, sin motivación que justificara el monto del porcentaje asignado arbitrariamente respecto de los derechos y acciones del inmueble rematado, puesto que no se advierte de donde fluye la determinación del porcentaje exacto asignado, ni disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que así lo establezca, infringiendo el deber impuesto por el artículo 184 inciso 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 318 al 324 del Código Civil, incurriendo en la causal de responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 201 incisos 1 y 6 de la citada Ley;
- D)** Haber infringido el deber de dirección del proceso de remate, puesto que indujo a error al adjudicatario Mauro José Ludeña Escalante, generándole grave perjuicio, tanto al modificar la adjudicación otorgada a su favor reduciéndola al 50% de los derechos y acciones del citado inmueble, como al generarle una acreencia no deseada respecto al demandante Fernando de Osma Ayulo, infringiendo el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

así como las normas de ejecución forzada contenidas en el Código Procesal Civil, concordante con los artículos. 16 y 184 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incurriendo en la causal de responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 201 incisos 1 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

Tercero.- Que, con fecha 9 de diciembre de 2009 el doctor Medel Herrada formuló sus alegatos respecto a los cargos imputados, negando y contradiciendo los hechos que se le atribuyen en los términos formulados en el escrito antes citado; asimismo, en ejercicio de su derecho de defensa, ha presentado medios probatorios y documentación sustentatoria de sus argumentos, así como su informe oral ante el Pleno del Consejo; todo lo cual se valora en forma conjunta con lo actuado en la investigación seguida ante la OCMA del Poder Judicial así como en el presente proceso para adoptar la decisión correspondiente;

Cuarto.- Que, el magistrado procesado formula como argumento de defensa, entre otros, que se le estaría pretendiendo sancionar por tercera vez sobre un mismo hecho, vulnerándose así el principio "*ne bis in idem*", señalando que por resolución N° 9, de 7 de abril de 2008, fue sancionado por la Odicma - Lima, Exp. 1898-2006, con una multa ascendente al 10% de su remuneración por haber ordenado el remate y la adjudicación del inmueble (tienda N° 1) de la sociedad conyugal conformada por Héctor Jerí Suito (ejecutado) y Carmen Viviana Laos Silva; asimismo, que por resolución N° 9, de 9 de mayo de 2008, fue sancionado por la Odicma – Lima, Exp. 2201-2006, con una multa ascendente al 5% de su haber mensual, y con la medida disciplinaria de apercibimiento, por haber ordenado el remate de los derechos y acciones del inmueble (departamento 201) de la sociedad conyugal conformada por Héctor Jerí Suito (ejecutado) y Carmen Viviana Laos Silva; y, finalmente, por resolución N° 36 de fecha 25 de septiembre de 2008, la OCMA resolvió proponer al Consejo Nacional de la Magistratura, la destitución del magistrado procesado por los mismos hechos y la misma conducta que fuera materia de sanción con multa y apercibimiento por la Odicma – Lima, expedientes N° 1898-2006 y N° 2201-2006;

Quinto.- Que, en sujeción a las garantías del debido proceso, en primer lugar es pertinente emitir pronunciamiento sobre la presunta violación al principio *ne bis in idem*, advirtiéndose que respecto de la resolución N° 9, de 7 de abril de 2008, que impuso al procesado una multa ascendente al 10% de su haber mensual, el cargo fue: "(...) haber ordenado el remate del íntegro del inmueble Tienda N° 01 ubicada frente a la Av. Tomás Valle N° 702, distrito de Los Olivos – Lima", no obstante que

la medida cautelar que afectaba sólo a los derechos y acciones del ejecutado Héctor Jeri Suito se había sacado a remate el inmueble y posteriormente se adjudicó a un tercero, vulnerándose así el derecho patrimonial de la quejosa Carmen Viviana Laos Silva, cónyuge del ejecutado (...)"'. Dicha medida disciplinaria se encuentra consentida, toda vez que el magistrado se desistió del recurso de apelación que formuló. Este hecho no es materia de investigación en este proceso disciplinario tal como aparece de la resolución N° 182-PCNM de fecha 5 de agosto de 2009, razón por la que carece de sentido pretender la aplicación del *ne bis in idem*;

Sexto.- Que, por su parte, la resolución N° 9, de 9 de mayo de 2008, que impuso al doctor Medel Herrada la medida disciplinaria de multa de 5% de su haber mensual y a la vez apercibimiento, fue apelada por el magistrado procesado al habersele impuesto una doble sanción en un mismo proceso administrativo; tal recurso fue declarado fundado por la OCMA mediante resolución N° 27, de 11 de agosto de 2008, y consecuentemente nula la resolución impugnada, que sancionaba simultáneamente con multa y apercibimiento al procesado; ordenándose en este mismo acto que la queja N° 2201-2006, materia de impugnación, se acumule a la Investigación de oficio N° 360-2007 OCMA-Lima. En consecuencia, habiéndose anulado la sanción de multa y apercibimiento por los hechos a que se refiere la queja 2201-2006, tales hechos no han sido objeto de sanción alguna por la OCMA, por cuanto la nulidad produce la ineficacia *ab initio* del acto invalidado, máxime si la resolución N° 27, de 11 de agosto de 2008, no fue impugnada por el magistrado procesado, no obstante haber sido debidamente notificado;

Séptimo.- Que, con relación a la investigación N° 360-2007-OCMA, que da lugar al presente proceso disciplinario, ésta fue abierta por resolución N° 13, de 24 de octubre de 2007, contra la cual el procesado dedujo excepción *ne bis in idem* ante la OCMA, precisando que las imputaciones contenidas en la investigación N° 360-2007 ya habían sido materia de pronunciamiento en la queja N° 1898-2006; siendo resuelta por resolución N° 26, de 8 de agosto de 2008, expedida por la Jefatura de la Unidad Operativa Móvil de la OCMA que declaró fundada en parte la precitada excepción, excluyendo de la investigación aludida, el conocimiento y pronunciamiento disciplinario respecto a la convocatoria a remate de la tienda N° 01, señalando que se debía continuar con la investigación seguida contra el procesado respecto a las imputaciones contenidas en la Queja N° 2201-2006 acumulada con la investigación N° 360-2007, es decir, por: i) Haber ordenado el

remate del departamento 201, en segunda convocatoria; ii) Haber adjudicado el íntegro del departamento 201 a favor del señor Mauro Ludeña Escalante; iii) Haber ordenado el remate de la Tienda N° 02, en tercera convocatoria; iv) Haber emitido la resolución N° 110, con la cual se habría alterado la resolución N° 60 de fecha 31 de enero de 2006, al reducirse al 50% el total del inmueble adjudicado;

Octavo.- Que, de lo expuesto en los considerandos cuarto al séptimo, se advierte que no se pretende procesar ni sancionar al magistrado procesado por los mismos hechos por los que fuera sancionado en la Queja N° 1898-2006, sino por los otros cargos debidamente precisados en la resolución N° 26, de fecha 8 de agosto de 2008 emitida por la Unidad Operativa Móvil de la OCMA, que fue debidamente notificada al magistrado procesado, no habiendo interpuesto recurso alguno, por lo que la misma se encuentra consentida. En consecuencia, no se acredita la figura jurídica del *ne bis in idem*, toda vez que en el presente proceso el magistrado procesado viene siendo procesado por hechos diferentes que fueran materia de la queja N° 1898-2006;

Noveno.- Que, del estudio del expediente, se advierte con relación al **cargo imputado** en el literal **A)** que éste contiene tres extremos, siendo el primero de ellos *"Haber dispuesto mediante Resolución N° 3 - Cuaderno Cautelar, el embargo de los derechos y acciones de los bienes de la sociedad conyugal que el demandado tenía conformado con su cónyuge Viviana Laos Silva, sobre el Departamento N° 201, ubicado en la Av. Alfa N° 1901 - 2° planta, Distrito de Los Olivos y la Tienda N° 02, sito en la Av. Tomas Valle N° 704, Distrito de Los Olivos"*;

Décimo.- Que, con relación a este extremo, se debe señalar que en nuestro sistema legal existen posiciones encontradas en la jurisprudencia, en el sentido de que los bienes de la sociedad conyugal pueden ser embargados cuando uno de los cónyuges ha sido emplazado en un proceso judicial. Así tenemos que la Casación N° 2150-98/LIMA, publicada el 19 de marzo de 1999, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que: *"(...) el hecho de que la sociedad conyugal y más propiamente la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo, no puede entenderse como que se encuentra fuera del comercio de los hombres, o que se ha formado una persona jurídica distinta y que los acreedores de los cónyuges por obligaciones personales no puedan solicitar medidas para cautelar su acreencia sobre los derechos que su deudor tendrá al liquidarse la sociedad de gananciales (...)"*; por su parte, la Casación N° 3109-98/Cusco-Madre de Dios, publicada el 27 de septiembre de

1999, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, sostiene 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 a uno de los cónyuges ni tampoco disponer de una parte del citado bien, asumiendo que se estaría afectando la alicuota del obligado, por cuanto (...) sobre los bienes sociales no existe un régimen de copropiedad sino que éstos constituyen parte de un patrimonio autónomo que es la sociedad de gananciales (...)":*

Décimo Primero.- Que, sin perjuicio de que no se puede avalar interpretaciones disimiles en la Corte Suprema de Justicia de la República, lo cierto es que tal hecho produce una contingencia frente a la cual el procesado al haber emitido la resolución N° 03, de 4 de mayo de 2000, admitiendo la medida cautelar solicitada y ordenando se trabara embargo en forma de inscripción sobre los derechos y acciones de la sociedad conyugal que el demandado tiene conformado con su cónyuge Carmen Viviana Laos Silva, respecto del Departamento N° 201 ubicado en la Av Alfa N° 1901 - 2° Planta, Distrito de Los Olivos – Lima y la Tienda N° 02 ubicada en Av. Tomas Valle N° 704, Distrito de Los Olivos – Lima, no ha incurrido en conducta funcional puesto que, como hemos señalado, la jurisprudencia suprema tiene dos criterios sobre el embargo de bienes de la sociedad conyugal: uno por que sí se pueden embargar y otro que sostiene que no; consecuentemente, no existe responsabilidad disciplinaria alguna del doctor Medel Herrada en lo concerniente a este extremo de las imputaciones formuladas en su contra por tratarse de un acto propio del criterio jurisdiccional;

Décimo Segundo.- Que, respecto al segundo extremo del **cargo imputado** en el literal **A)**, referido a *"haber ordenado mediante Resolución N° 61, corregida por Resolución N° 66, el remate en segunda convocatoria los derechos y acciones de los citados inmuebles, cuando sólo correspondía disponer el remate de lo que había sido objeto de cautela, esto es, del 50% de los derechos y acciones de los bienes de la sociedad conyugal que el demandado tiene conformado con su cónyuge"*; se advierte que en autos obran las siguientes piezas procesales: (i) resolución N° 46, de 15 de diciembre de 2005, por la cual el magistrado procesado ordenó el remate del Departamento N° 201 ubicado en la Av. Alfa N° 1901 - 2° Planta, Distrito de Los Olivos – Lima y la Tienda N° 02 ubicada en Av. Tomas Valle N° 704, Distrito de Los Olivos – Lima; (ii) resolución N° 89, de 8 de junio de 2006, por la cual el magistrado procesado adjudicó íntegramente el Departamento N° 201, ubicado en la Av. Alfa N° 1901- 2° Planta, Distrito de Los Olivos - Lima, a

favor de Mauro José Ludeña Escalante, requiriendo al demandado la entrega del bien, bajo apercibimiento de lanzamiento, ordenando asimismo, la entrega de la suma depositada por el adjudicatario a favor del ejecutante; y (iii) demanda de tercería de propiedad (Exp. N° 2006-19849), interpuesta por la cónyuge del ejecutado, Viviana Carmen Laos Silva, antes de llevarse a cabo el segundo remate, en la cual solicitaba la suspensión de la ejecución del remate en segunda convocatoria del Departamento N° 201 y la Tienda N° 02, señalando que este no procedía porque los bienes eran parte de la sociedad conyugal;

Décimo Tercero.- Que, la evaluación conjunta de los indicados medios de prueba, permite arribar a la conclusión que el magistrado procesado ha infringido lo dispuesto por el artículo 318° del Código Civil, que establece las formas de fenecimiento de la sociedad de gananciales, es decir, la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo, en el cual el dominio de un mismo bien pertenece a un solo titular: la sociedad conyugal, y no a dos o más personas, como sucede con la copropiedad. Uno solo de los cónyuges no tiene y, por tanto, no puede disponer de los derechos y acciones sobre un bien que pertenece a la sociedad de gananciales antes de que esta fenezca y/o se liquide;

Décimo Cuarto.- Que, en razón de lo expuesto, se colige que el magistrado procesado incurrió en inconducta funcional al haber infringido el artículo 184° inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, no haber cumplido con el deber de sujetarse a las garantías constitucionales del debido proceso, afectando no solamente el derecho de la cónyuge del ejecutado, sino también del adjudicatario, incurriendo de esta forma en responsabilidad disciplinaria conforme a lo dispuesto por los incisos 1 y 6 del artículo 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

Décimo Quinto.- Que, en cuanto al tercer extremo del **cargo imputado** en el literal **A)**, que atribuye al procesado *“presunta parcialización con la parte demandante, puesto que sólo correspondía ejecutar los derechos y acciones del ejecutado Héctor Jeri Suito, respecto de los bienes embargados, por tratarse de bienes sociales-conyugales, no obstante: i) adjudicó el íntegro del departamento N° 201 a don Mauro José Ludeña Escalante; ii) dispuso el endose y entrega al demandante Fernando De Osma Ayulo de los pagos efectuados por el adjudicatario”*; se advierte que en autos obran las siguientes piezas procesales: (i) demanda de tercería de propiedad (Exp. N° 2006-19849), interpuesta por la cónyuge del ejecutado, Viviana Carmen Laos Silva, antes de llevarse a cabo el

segundo remate, en la cual solicitaba la suspensión de la ejecución del remate en segunda convocatoria del Departamento N° 201 y la Tienda N° 02, señalando que este no procedía porque los bienes eran de la sociedad conyugal; (ii) resolución N° 89 de fecha 8 de junio de 2006, por la cual el magistrado procesado adjudicó íntegramente el Departamento N° 201, ubicado en la Av. Alfa N° 1901- 2° Planta, Distrito de Los Olivos - Lima, a favor de Mauro José Ludeña Escalante, requiriendo al demandado la entrega del bien, bajo apercibimiento de lanzamiento, ordenando asimismo, la entrega de la suma depositada por el adjudicatario a favor del ejecutante; y (iii) resolución N° 93 de fecha 27 de junio de 2006, que dispuso el endoso y entrega al ejecutante Fernando De Osma Ayulo, los pagos efectuados por el adjudicatario Mauro Ludeña Escalante, a través del certificado de depósito de oblaje, así como, del certificado de depósito del saldo del precio del inmueble;

Décimo Sexto.- Que, de la evaluación conjunta de los indicados medios probatorios se advierte que el magistrado procesado al ordenar el remate del 50 por ciento de los bienes de la sociedad conyugal sin que ésta se haya liquidado y peor aún, haber adjudicado el 100 por ciento del inmueble rematado, no obstante, que la cónyuge del ejecutado interpuso una tercería de propiedad, ha favorecido ilegalmente al ejecutante, infringiendo de este modo, su deber de administrar justicia con independencia e imparcialidad;

Décimo Séptimo.- Que, consecuentemente, con relación a este extremo de las imputaciones formuladas, se colige que el doctor Medel Herrada ha infringido el principio constitucional de independencia e imparcialidad consagrado por el artículo 139°, incisos 2 y 3 de la Constitución, y el artículo 16° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incurriendo en responsabilidad disciplinaria prevista en los incisos 1 y 6 del artículo 201° de la citada Ley Orgánica;

Décimo Octavo.- Que, en lo referente al **cargo B)**, se aprecia que al expedir la resolución aclaratoria N° 110, de 29 de agosto de 2006, el magistrado procesado ha contravenido lo dispuesto en el artículo 406° del Código Procesal Civil, que señala que *"el Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas, sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte resolutoria de la decisión o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión."*; siendo que, en el presente caso, con la citada resolución emitida dos días antes de llevarse a cabo el tercer remate público, el magistrado procesado aclara que los remates ordenado en primera, segunda y

tercera convocatoria de los inmuebles: Tienda N° 01, Tienda N° 02 y Departamento N° 201, debían recaer sólo sobre los derechos y acciones del demandado Jerí Suito, y que a fin de determinarse el monto de las bases de las posturas debía entenderse sobre el 50% de los derechos y acciones de los citados inmuebles. De lo que se concluye que el procesado tuvo la oportunidad de hacer las correcciones al resolver la tercería de propiedad interpuesta por la cónyuge del ejecutado, no para ordenar el remate del 50 por ciento de las acciones y derechos de los bienes de la sociedad conyugal, lo que jurídicamente es imposible, sino para cumplir con dispuesto por el artículo 315 del Código Civil;

Décimo Noveno.- Que, asimismo, con la resolución N° 110, el magistrado procesado modificó en vía de aclaración las siguientes resoluciones: (i) N° 46, que ordena el remate de las acciones y derechos de los bienes embargados; (ii) N° 60 que aclara el extremo que ordena la adjudicación de la Tienda N° 01 sólo en el 50% de los derechos y acciones a favor de Loli Jesús Lavado Rodríguez); (iii) N° 61 y N° 92 que ordena a remate en segunda y tercera convocatoria respecto al Departamento 201 y Tienda N° 2; y, (iv) N° 89 que ordena la adjudicación del Departamento 201 en el 50% de los derechos y acciones a favor de Mauro José Ludeña Escalante;

Vigésimo.- Que, del análisis formulado en este extremo de las imputaciones, se concluye que el magistrado procesado, so pretexto de una presunta aclaración, modificó resoluciones firmes respecto de los bienes objeto de remate y adjudicación, lo cual constituye una alteración sustancial de las resoluciones mencionadas, por haber cambiado informaciones que se dieron al momento de convocar a remate el Departamento 201, Vulnerando así, el texto expreso del art. 406° del Código Procesal Civil y los arts. 16° y 184° inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por lo que, el procesado ha incurrido en responsabilidad disciplinaria por la causales previstas en los incisos 1 y 6 del artículo 201° de la citada Ley Orgánica;

Vigésimo Primero.- Que, de otro lado, evaluadas las imputaciones relacionadas con el **cargo C)**, se aprecia que al expedir la resolución aclaratoria N° 110, previamente aludida, el magistrado procesado señala que debía entenderse que sólo era materia de remate el 50% de los derechos y acciones de la sociedad conyugal, que el ejecutado Jerí Suito tenía conformada con su cónyuge Viviana Laos Silva (Departamento 201 adjudicado al Sr. Ludeña Escalante), sin tomar en cuenta que con dicha decisión se estaba lesionando el derecho de la cónyuge, no

demandada en el citado proceso, puesto que no se advierte de dónde fluye la determinación del porcentaje exacto asignado, ni obra en autos la existencia de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales;

Vigésimo Segundo.- Que, lo antes expuesto permite arribar a la conclusión que el magistrado procesado ha contravenido el artículo 318° del Código Civil, el cual señala: *“que el régimen de la sociedad de gananciales fenece por invalidación del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, declaración de ausencia, muerte de uno de los cónyuges y por cambio de régimen patrimonial”*; supuestos en los que no se encuentra amparada ni sustentada la decisión emitida (Resolución Aclaratoria) por el procesado. En tal virtud, el procesado ha infringido el deber impuesto por los artículos 16° y 184° inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial incurriendo en la responsabilidad disciplinaria prevista en el art. 201 incisos 1 y 6 de la mencionada Ley;

Vigésimo Tercero.- Que, en cuanto al **Cargo D)**, se advierte que el magistrado procesado ha infringido el deber de dirección del proceso (proceso de remate), dispuesto en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que al ser el responsable de fijar las bases para el remate y los términos de su convocatoria y adjudicación, según los artículos 731°, 732° y 734° del Código Procesal Civil, su comportamiento reflejado en la expedición de la resolución aclaratoria N° 110, de 29 de agosto de 2006, por la cual aclara que el segundo remate ordenado mediante resolución N° 61, debía recaer sólo sobre el 50% de los derechos y acciones del Departamento 201 que le correspondía demandado Jerí Suito y que la adjudicación del mismo a favor del señor Mauro Ludeña Escalante, ordenado mediante resolución N° 89, también debía entenderse sólo en el 50% de los derechos y acciones del referido inmueble; y ordena que el ejecutante devuelva al adjudicatario el 50 por ciento del valor recibido por concepto de precio de adjudicación, indujo a error al adjudicatario Mauro José Ludeña Escalante, ocasionándole un grave perjuicio, tanto al modificar la adjudicación otorgada a su favor, reduciéndola al 50% de los derechos y acciones del Departamento 201, como al generarle una acreencia no deseada respecto al ejecutante Fernando de Osma Ayulo, quien tendría que devolverle el 50 por ciento del valor del precio pagado por la adjudicación;

Vigésimo Cuarto.- Que, en tal razón, el magistrado procesado ha infringido el artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala: *“los magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los*

procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio (...), siendo responsable disciplinariamente de conformidad con lo previsto en el artículo 201° incisos 1 y 6 de la mencionada Ley;

Vigésimo Quinto.- Que, la Constitución en su artículo 138° prescribe que *“la potestad de administrar justicia (...) se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes”*; en el artículo 139°, incisos 2, 3 y 5, señala que la función jurisdiccional se ejerce con independencia, observando el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de las resoluciones judiciales con expresa mención de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5° dispone que los jueces ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsar de oficio, salvo reserva procesal expresa; el artículo 16° regula la independencia jurisdiccional de los magistrados; y según los incisos 1 y 2 del artículo 184°, los magistrados deben resolver con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso, aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente;

Vigésimo Sexto.- Que, constituye inconducta funcional el comportamiento indebido, activo u omisivo, que, sin ser delito, resulte contrario a los deberes y prohibiciones de los magistrados en el ejercicio de su actividad y sea merecedor de una sanción disciplinaria;

Vigésimo Séptimo.- Que, en conclusión, sobre las conductas imputadas al doctor Medel Herrada, relacionadas con el **cargo A)**, en el extremo de la imputación por haber dispuesto el embargo de los bienes de la sociedad conyugal formada por Héctor Jerí Suito y Viviana Laos Silva, no se encuentra responsabilidad disciplinaria susceptible de ser sancionada; sin embargo, se encuentran probadas las imputaciones en los extremos de la afectación de derechos de la cónyuge del ejecutado y del adjudicatario, así como en su actuación parcializada con la parte demandante, de lo que se concluye que ha infringido el deber de sujetarse a las garantías del debido proceso, en la tramitación del proceso de ejecución correspondiente al expediente N° 12186-2000-1801-JR-CI-18, seguido por don Fernando De Osma Ayulo contra don Héctor Jerí Suito, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero.

De otro lado, de conformidad con el análisis y valoración de los medios de prueba actuados se aprecia que también se encuentran probados los extremos vinculados a los literales B), C y D), precisados en el segundo considerando;

Vigésimo Octavo.- Que, al haberse probado la vulneración al deber de sujetarse a las garantías del debido proceso, incurrida por el doctor Medel Herrada y consecuentemente infringido las disposiciones contenidas en el texto expreso de los artículos 406° y las normas de ejecución forzada contenidas en el Código Procesal Civil, 5°, 16° y 184° incisos 1 y 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, 318° al 324° del Código Civil, ha incurrido en responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 201 incisos 1 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

Vigésimo Noveno.- Que, el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial establece en su artículo 9° que la imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional; asimismo, el artículo 18° del Código acotado prescribe que la obligación de motivar las resoluciones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales; por otro lado, el artículo 19° señala que motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión; asimismo, el artículo 20° establece que una decisión carente de motivación es una decisión arbitraria;

Trigésimo.- Que, por otro lado, el Código de Ética del Poder Judicial aprobado en sesiones de Sala Plena de fechas 9, 11 y 12 de marzo de 2004, indica en su artículo 2° que el juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar sustentado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honestidad e integridad, los cuales deben manifestarse en la transparencia de sus funciones públicas y privadas; además, en el primer párrafo de su artículo 4° establece que el juez debe encarnar y preservar la independencia judicial en todos sus actos, y que la práctica de este valor tiene por finalidad fortalecer la imagen de autonomía e independencia propia del Poder Judicial; además, prescribe en el primer párrafo del artículo 5° que el Juez debe ser imparcial tanto en sus decisiones como en el proceso de su adopción, y que su imparcialidad fortalece la imagen del Poder Judicial;

Trigésimo Primero.- Que las infracciones anotadas en las consideraciones precedentes adquieren relevancia de gravedad y constituyen un serio desmedro en la conducta proba que deben denotar todos sus actos como magistrado, repercutiendo el hecho también contra la respetabilidad del Poder Judicial, desacreditándolo frente a la comunidad, comprometiendo así la dignidad del cargo y desmereciéndolo en el concepto público, lo que se refleja en la imagen pública negativa que el juez proyecta hacia la sociedad, en vez de revalorar la percepción del cargo; por lo que se debe aceptar el pedido de destitución formulado por la Corte Suprema aplicando la sanción correspondiente;

Por estos fundamentos, apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia, en uso de las facultades previstas por los artículos 154° inciso 3 de la Constitución Política, 31° numeral 2, y 34° de la Ley 26397, y 35° del Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo, estando a lo acordado en sesión de 14 de enero de 2010, por unanimidad;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Absolver al doctor Rafael Marcos Medel Herrada, por la imputación referida a haber dispuesto el embargo de los bienes de la sociedad conyugal formada por Héctor Jerí Suito y Viviana Laos Silva.

Artículo Segundo.- Dar por concluido el presente proceso disciplinario y aceptar el pedido de destitución formulado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y, en consecuencia, imponer la sanción de destitución al doctor Rafael Marcos Medel Herrada, por las imputaciones referidas a los cargos A, en los extremos de la afectación de derechos de la cónyuge del ejecutado y del adjudicatario, así como en su actuación parcializada con la parte demandante, así como los cargos B, C y D, glosados en el segundo considerando; por su actuación como Juez del Décimo Octavo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Artículo Tercero.- Disponer la cancelación del título de Juez Especializado en lo Civil al magistrado destituido, doctor Rafael Marcos Medel Herrada.

Artículo Cuarto.- Disponer la inscripción de la medida a que se contrae el artículo Segundo de la presente resolución en el registro personal del magistrado

destituido, debiéndose asimismo cursar oficio al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia y a la señora Fiscal de la Nación, y publicarse la presente resolución, una vez que quede consentida o ejecutoriada.

CARLOS MANSILLA GARDELLA

EDWIN VEGAS GALLO

FRANCISCO DELGADO DE LA FLOR

ANIBAL TORRES VASQUEZ

EFRAIN ANAYA CARDENAS

MAXIMILIANO CARDENAS DIAZ

EDMUNDO PELAEZ BARDALES

N° 208-2010-CNM

P.D. N° 059-2009-CNM

San Isidro, 02 de julio de 2010.

VISTO;

El recurso de reconsideración interpuesto por el doctor Rafael Marcos Medel Herrada contra la Resolución N° 093-2010-PCNM, por la que se le impuso la sanción de destitución por su actuación como Juez del Décimo Octavo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; y,

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, por Resolución N° 093-2010-PCNM de 25 de febrero de 2010 el Consejo Nacional de la Magistratura destituyó al doctor Rafael Marcos Medel Herrada por las imputaciones referidas a los extremos del cargo A relativos a la afectación de derechos de la cónyuge del ejecutado y del adjudicatario, así como en su actuación parcializada con la parte demandante; además, por los cargos atribuidos en los literales B, C y D de la resolución antes citada, por los hechos expuestos en la misma;

Segundo.- Que, por escrito de 24 de marzo de 2010 el doctor Medel Herrada interpone recurso de reconsideración contra la resolución 093-2010-PCNM, fundamentando el mismo en la afectación del principio de ne bis in idem; asimismo, deduce la excepción de prescripción y, finalmente, señala que la resolución cuestionada vulnera su derecho a una debida motivación;

Tercero.- Que, respecto a la supuesta vulneración al principio de ne bis in idem el doctor Medel Herrada sostiene que al expedirse la resolución cuestionada no se tuvo en cuenta el expediente completo N° 1898-2006, el cual concluyó con la imposición de la sanción de multa, y afirma que de haber ocurrido así se hubiera podido concluir que sí concurren los presupuestos del ne bis in idem;

Además, agrega que los cargos imputados en la investigación 360-2007 fueron desestimados y sancionados en la investigación N° 1898-2006, y lo que se

pretende y se ha producido es volver a pronunciarse sobre los mismos hechos y conducta, sancionando dos veces al mismo sujeto investigado;

Cuarto.- Que, de otro lado, señala en su recurso de reconsideración que por escrito de 3 de julio de 2006 la quejosa Viviana Laos Silva amplió la queja formulada en su contra por la emisión de las resoluciones 51 a 60, 71, 71, por haberse parcializado y por disponer el remate de los tres inmuebles de propiedad de la sociedad conyugal; y, a la fecha en que se expidió la resolución N° 36, el 25 de setiembre de 2008, habían transcurrido en exceso los dos años previstos en el artículo 204 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con los artículos 63 y 64 del ROF de la OCMA, por lo que según refiere habría operado la prescripción;

Quinto.- Que, en la resolución impugnada se desarrolló el argumento de defensa referido al ne bis in idem en los considerandos Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo, concluyéndose que no se había acreditado dicha figura jurídica, por cuanto al abrirse la investigación 360-2007 por resolución N° 13 de 24 de octubre de 2007, que dio lugar al presente proceso disciplinario, el procesado dedujo la excepción antes citada, aduciendo que las imputaciones contenidas en la investigación N° 360-2007 ya habían sido materia de pronunciamiento en la queja N° 1898-2006, expidiéndose la resolución N° 26 de 8 de agosto de 2008 por la Jefatura de la Unidad Operativa Móvil de la OCMA, que declaró fundada en parte dicha excepción, excluyendo de la investigación el conocimiento y pronunciamiento respecto a la convocatoria a remate de la Tienda N° 01, disponiéndose la continuación de la investigación respecto de las imputaciones contenidas en la Queja N° 2201-2006, acumulada a la investigación N° 360-2007;

Que, cabe señalar que doña Viviana Laos Silva amplió su queja en el Expediente N° 1898-2006, atribuyendo al magistrado procesado los siguientes cargos: a) Haber emitido la resolución N° 110 en la que reconoció la comisión de un error involuntario al ordenar el remate del cien por ciento de tres bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal que conforma conjuntamente con el demandado, don Héctor Jerí Suito, sin pronunciarse sobre la nulidad absoluta del remate, toda vez que de acuerdo a ley no se puede rematar una fracción de los bienes que pertenecen a una sociedad conyugal; y, b) Haberse contradicho con lo resuelto por la precitada resolución cuando ya había cometido latrocinio al

entregar los partes registrales al supuesto adjudicatario otorgándole la propiedad absoluta de su inmueble (esto es, respecto a la Tienda N° 1);

Que, sobre la ampliación en mención recayó la resolución N° 5 de 16 de febrero de 2007, por la cual si bien se declaró improcedente la ampliación de la queja ello obedeció a que había operado la caducidad del plazo para interponer dicha ampliación, es decir no se emitió pronunciamiento alguno respecto al fondo de los cargos imputados, por lo que resultaba procedente investigar y emitir pronunciamiento respecto a la emisión de la resolución N° 110 en la investigación N° 360-2007;

Que, es menester agregar que la emisión de la resolución N° 61 (por la que se convocó a segundo remate el Departamento 201 y la Tienda N° 2) no fue una imputación efectuada en el expediente N° 1898-06, como erróneamente señala el impugnante, lo cual se puede constatar de la lectura del Segundo considerando de la resolución N° 1 de 22 de setiembre de 2006 emitida por la Jefatura de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura, en el cual se consignaron los cuatro cargos atribuidos al magistrado procesado en dicha investigación, entre los cuales no aparece tal imputación;

Que, sin embargo, de la lectura de dicha resolución se advierte que sí se atribuyó al doctor Medel Herrada haberse parcializado a favor del demandante, declarándose improcedente este cargo por no haberse aportado medido de prueba que evidenciara la parcialidad alegada. Por este motivo, al existir pronunciamiento al respecto, procede amparar la excepción de ne bis in idem en este extremo;

Que, en conclusión, debe declararse fundada la excepción de ne bis in idem respecto al extremo contenido en el literal A) de la resolución impugnada sobre la actuación parcializada con la parte demandante, debiéndose declarar infundada dicha excepción respecto al extremo del mismo literal A) referido a la afectación de derechos de la cónyuge del ejecutado y del adjudicatario, así como en lo atinente a las imputaciones contenidas en los literales B), C) y D) de la resolución impugnada;

Sexto.- Que, respecto a la excepción de prescripción deducida debe anotarse que la queja formulada por doña Viviana Laos Silva, a la que se asignó el número

Investigación N° 1898-2006, concluyó con la emisión de la resolución N° 21 de 12 de diciembre de 2008, por la que se declaró consentida la resolución N° 9 de 1° de abril de 2008, que resolvió imponer la medida disciplinaria de multa del diez por ciento de su haber mensual al magistrado procesado, la misma que no guarda relación con la Investigación N° 360-2007, que originó el presente proceso disciplinario y dentro de la cual se emitió la resolución N° 36 antes citada, por lo que la prescripción deducida deviene en infundada;

Sétimo.- Que, respecto a los cuestionamientos efectuados a los fundamentos de la resolución impugnada, el magistrado procesado ha señalado que la misma incurre en falta de motivación al afirmar que se parcializó con el demandante sin hacer referencia a ningún elemento objetivo que permita realizar tal afirmación;

Que, sobre el particular es del caso anotar que al haberse declarado fundada la excepción de ne bis in idem respecto la parcialización del magistrado procesado con el demandante, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre este extremo impugnado;

Octavo.- Que, en cuanto al remate del 50 por ciento de los derechos y acciones, el recurrente sostiene que si bien se ha tenido en cuenta que existen criterios jurisdiccionales respecto a la embargabilidad o no de los bienes sociales por deuda de uno de los cónyuges, no ha sucedido lo mismo respecto del criterio que sí acepta el embargo y posterior remate de un bien ganancial, respecto del cual existen diversas resoluciones;

Que, al respecto cabe señalar que tal como se ha consignado en la resolución impugnada, la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo, en el cual el dominio de un mismo bien pertenece a un solo titular, que es la sociedad conyugal, por tal motivo el magistrado procesado estaba imposibilitado por mandato de la ley de ordenar el remate del 50 por ciento de los bienes de la sociedad de gananciales sin que ésta se hubiera liquidado, a lo que se debe agregar que adjudicó el 100 por ciento del inmueble rematado no obstante que la cónyuge del ejecutado había interpuesto una tercería de propiedad;

Que, de otro lado, es del caso indicar que en el mismo proceso tramitado por el magistrado procesado recayó la resolución de 28 de mayo de 2007 emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, por la que se declaró

nula la resolución N° 123 que declaró infundada la nulidad deducida por el demandante, consignándose en la misma que estando vigente la sociedad de gananciales los bienes que la integran son autónomos e indivisibles y no pueden asignarse a los cónyuges porcentajes de propiedad respecto a ellos, y que sólo fenecida la sociedad de gananciales por alguno de los supuestos previstos por el artículo 318 del Código Civil recién nace un estado de copropiedad entre los cónyuges en relación a los bienes comunes;

Que, en consecuencia, el magistrado procesado no podía ordenar el remate del 50 por ciento de los bienes de la sociedad conyugal y su alegación respecto a que dicha decisión obedeció a su criterio jurisdiccional no es atendible, puesto que *el poder jurisdiccional se debe ejercer con arreglo a la Constitución y a las leyes*, por lo que sus alegatos de defensa no desvirtúan este extremo de la resolución impugnada;

Noveno.- Que, en cuanto a la adjudicación del 100 por ciento de los bienes, el magistrado procesado ha referido que ello se debió a un error involuntario y no a una conducta dolosa por la cual haya recibido beneficio alguno, debe indicarse que se ha acreditado en el expediente, y ello no ha sido desvirtuado por el procesado, que en la resolución N° 3 del 4 de mayo del 2000 se ordenó trabar embargo en forma de inscripción sobre los derechos y acciones que correspondían al emplazado respecto de los bienes materia de cautela, sin embargo, el magistrado procesado dispuso la adjudicación del cien por ciento del inmueble rematado, lo cual no puede constituir *un error involuntario*, pues no es creíble que un juez de larga trayectoria desconozca que el artículo 328 del Código Civil prescribe *que cada cónyuge responde de sus deudas con sus bienes propios* y el artículo 315 establece que *para disponer de los bienes de la sociedad de gananciales se requiere la intervención del marido y de la mujer*, sin embargo, él a sabiendas de esta prohibición legal y no obstante que la cónyuge del demandado interpuso una tercería de propiedad, ordenó el remate y adjudicación de un bien de la sociedad de gananciales, infringiendo su deber de administrar justicia con independencia e imparcialidad a sabiendas de que no lo podía hacer;

Décimo.- Que, sobre la emisión de la resolución N° 110, el recurrente alega que de haberse declarado la nulidad de lo actuado se hubiera tenido que disponer un nuevo remate judicial y quizás los adjudicatarios hubieran resultado ser otras

personas, y que dicha resolución se expidió sin que existiera queja alguna por parte de las partes y/o adjudicatarios;

Que, al respecto, debe anotarse que se ha probado en el proceso disciplinario que la resolución N° 110 alteró aspectos sustanciales de resoluciones firmes, vulnerando lo dispuesto en el artículo 406 del Código Procesal Civil, que prescribe que el juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas, y que la aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión. No obstante ello, el magistrado procesado modificó resoluciones firmes con el pretexto de una aclaración, trasgrediendo, además de la norma antes citada, los artículos 16 y 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

Décimo Primero.- Que, de otro lado, el doctor Medel Herrada sostiene que el criterio adoptado en la resolución cuestionada es contrario a otros criterios adoptados por el Consejo sobre la existencia de parcialización de los magistrados, y reitera que se ha arribado a la conclusión de que ha favorecido ilegalmente a la parte demandante sin que exista medio alguno que respalde dicha afirmación;

Sobre este punto, debe anotarse que se ha declarado fundada la excepción de ne bis in idem en cuanto al extremo contenido en el literal A) de la resolución impugnada sobre la actuación parcializada del magistrado procesado, por lo que carece de objeto emitir pronunciamiento;

Décimo Segundo.- Que, sobre la resolución emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, N° 164-2008-Lima, en la cual se consignó que el solo hecho de haberse corroborado la contravención a diversos dispositivos y los medios probatorios acopiados por sí solos no generan convicción de que el investigado haya tenido la intención de favorecer a una de las partes, debe señalarse que este argumento de defensa guarda relación con el anotado en el considerando precedente, por lo que se debe estar a lo señalado en el mismo.

Décimo Tercero.- Que, en cuanto al perjuicio ocasionado, el magistrado procesado refiere que no puede alegarse perjuicio alguno respecto a la quejosa porque al final se dejaron sin efecto las resoluciones que ordenaban el remate de los tres inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal; además, sostiene que si bien es cierto en un primer momento se pudo ocasionar perjuicio al adjudicatario ya fue sancionado por tal hecho. Además, agrega que la Ocmá declaró la nulidad

de la resolución que le imponía una sanción con el único propósito de imponerle una sanción mayor;

Que, en el extremo referido al perjuicio causado a la quejosa cabe anotar que sí se causó perjuicio a la misma, toda vez que se remató y adjudicó uno de los inmuebles, y que el adjudicatario, tal como señala el propio magistrado en su recurso de reconsideración, ha venido usufructuando el inmueble indebidamente adjudicado. Además, debe tenerse en cuenta que es imposible jurídicamente rematar los bienes de la sociedad conyugal por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges;

Que, respecto al perjuicio causado al adjudicatario, el doctor Medel Herrada ha admitido que se causó perjuicio al mismo, el que se tradujo en la modificación de la adjudicación otorgada a su favor, la cual redujo en un 50 por ciento de los derechos y acciones del Departamento 201, como al generarle una acreencia no deseada respecto al ejecutante Fernando de Osma Ayulo, quien tendría que devolverle el 50 por ciento del valor del precio pagado por la adjudicación. A ello se debe agregar que al haberse declarado la nulidad de la resolución que le impuso una sanción resulta contraria a la realidad la afirmación del recurrente respecto a que ya fue sancionado por tal hecho;

Décimo Cuarto.- Que, el doctor Medel Herrada señala que la conducta no se da en base a la cantidad de bienes sino por un acto procesal, y agrega que en el procedimiento de Queja N° 1898-2006 se le sancionó con multa por haber ordenado el remate y la adjudicación del inmueble de la sociedad conyugal Tienda N° 01 y en la Investigación N° 360-2007 se le pretende sancionar destituyéndolo por haber ordenado el remate del inmueble de la sociedad conyugal Departamento 201;

Que, sobre el particular se debe indicar que en el presente proceso disciplinario se ha acreditado la responsabilidad del magistrado procesado por haber incurrido en graves irregularidades en la tramitación del proceso de ejecución derivado del expediente N° 12186-2000-1801-JR-CI-18, en los seguidos por don Fernando de Osma Ayulo con don Héctor Jerí Suito sobre obligación de dar suma de dinero, por lo que no es atendible el alegato respecto a la diferencia de criterios adoptados por la OCMA;

Décimo Quinto.- Que, de la evaluación del recurso de reconsideración formulado por el magistrado procesado se aprecia que los argumentos sostenidos están referidos a cuestionamientos que han sido debidamente valorados en la resolución impugnada y resultan inconsistentes, en tanto que la medida disciplinaria, además, es racionalmente adecuada a los actos de inconducta debidamente acreditados, motivo por el cual el recurso de reconsideración interpuesto deviene en infundado;

Por las consideraciones expuestas, estando a lo acordado por unanimidad por los señores Consejeros en la Sesión Plenaria de 1° de julio de 2010, sin la presencia del señor Consejero Carlos Mansilla Gardella, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 37 literales b) y e) de la Ley 26397;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **fundada** la excepción de ne bis in idem formulada por el doctor Rafael Marcos Medel Herrada respecto del extremo contenido en el literal A) de la resolución impugnada sobre la actuación parcializada con la parte demandante, debiéndose declarar **infundada** dicha excepción respecto al extremo de dicho literal A) referido a la afectación de derechos de la cónyuge del ejecutado y del adjudicatario, así como en lo atinente a las imputaciones contenidas en los literales B), C) y D) de la resolución impugnada.

Artículo Segundo.- Declarar **infundada** la excepción de prescripción deducida por el magistrado Rafael Marcos Medel Herrada.

Artículo Tercero.- Declarar infundado recurso de reconsideración interpuesto por el doctor Rafael Marcos Medel Herrada, dándose por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese

MAXIMILIANO CARDENAS DIAZ
Presidente