

**LA SOCIEDAD DE GANANCIAS COMO RÉGIMEN
SUPLETORIO EN UN SISTEMA CONVENCIONAL DE LIBERTAD
RESTRINGIDA. CONTRASTE ENTRE PERÚ Y ESPAÑA***

***COMMUNITY OF PROPERTY AS A SUPPLETIVE REGIME IN A
CONVENTIONAL SYSTEM OF RESTRICTED FREEDOM. CONTRAST
BETWEEN PERU AND SPAIN***

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 200-229

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón Ius Familiae, I.P. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Este trabajo ofrece un estudio sobre la configuración de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en los sistemas jurídicos peruano y español. Existen notables diferencias entre ambos sistemas. El sistema peruano conjuga las características de un régimen convencional, restringido en su ámbito de aplicación —pues se limita a la libre elección de uno de los regímenes patrimoniales legalmente establecidos, como a su sustitución—, con las de un régimen legal. La ley fija el contenido de cada uno de los regímenes entre los que pueden elegir los cónyuges, sin que estos puedan alterar ese contenido ni el régimen supletorio que operará a falta de voluntad expresa. Hay un contraste con el Derecho español común, que tiene, a este respecto, un sistema convencional de libertad absoluta. Los cónyuges tienen amplia autonomía privada para otorgar capitulaciones matrimoniales y pueden incluso pactar la exclusión de la sociedad de gananciales como régimen supletorio. Estas cuestiones son analizadas desde la óptica del derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; régimen económico matrimonial; sociedad de gananciales; régimen supletorio; sistema convencional; autonomía privada de los cónyuges.

ABSTRACT: *This work offers a study on the configuration of community of property as a suppletive regime in the Peruvian and Spanish legal systems. There are remarkable differences between both systems. Peruvian system combines the characteristics of a conventional regime, restricted in their scope —because it is limited only to the free choice of one of the legally established property regimes, as well as to their replacement—, with the characteristics of a legal regime. The law establishes the content of each of the matrimonial property regimes that spouses can choose, without them being able to alter its contents or the suppletive regime that will operate in the absence of expressed will. There is a contrast with common Spanish Law which has a conventional system of absolute freedom. Spouses have extensive private autonomy to conclude marriage agreements and may agree to the exclusion of community of property as a suppletive regime. All these issues are analysed from a comparative law perspective.*

KEY WORDS: *Marriage; matrimonial property regime; community of property; suppletive regime; conventional system; private autonomy of the spouses..*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NOCIÓN Y DEFINICIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.- III. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES.- IV. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN UN SISTEMA CONVENCIONAL DE LIBERTAD RESTRINGIDA.- I. Elección del régimen.- 2. Sustitución voluntaria.- 3. Sustitución judicial.- V. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN SUPLETORIO EN PERÚ Y ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN.

En cuanto compete a la organización económica y patrimonial del matrimonio, los ordenamientos se caracterizan por adoptar diferentes modelos. En su clasificación general se admiten dos grandes sistemas o regímenes económico matrimoniales: el convencional y el legal, que responden al nivel de participación que los cónyuges van a tener en la determinación del régimen económico. Se distinguen, entonces, por ese mayor o menor ámbito de libertad que eventualmente se puede atribuir a los sujetos del matrimonio para fijar las reglas ordenadoras de sus relaciones económicas, y, en su caso, para decidir cómo ha de operar el régimen supletorio a falta de voluntad expresa.

En concreto, este trabajo ofrece un estudio sobre la configuración de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en los sistemas jurídicos peruano y español, porque existen notables diferencias entre ambos. El sistema peruano conjuga las características de un régimen convencional, restringido en su ámbito de aplicación -pues se limita a la libre elección de uno de los regímenes patrimoniales legalmente establecidos, como a su sustitución-, con las de un régimen legal. La ley fija el contenido de cada uno de los regímenes entre los que pueden elegir los cónyuges, sin que estos puedan alterar ese contenido ni el régimen supletorio que operará ante la ausencia de una elección expresa. Sin embargo, no por eso deja de ser un sistema convencional, si bien con algunos matices que luego veremos.

Hay un claro contraste con el Derecho español común, que tiene, a este respecto, un sistema convencional de libertad absoluta. Los cónyuges gozan de una amplia autonomía privada para otorgar capitulaciones matrimoniales y pueden incluso pactar la exclusión de la sociedad de gananciales como régimen supletorio.

• Romina Santillán Santa Cruz

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación *Ius Familiae* y del Proyecto de Investigación "Análisis mediante Big Data de la argumentación jurídica contenida en las resoluciones de la Jurisdicción civil en Aragón". Correo electrónico: rsantillan@unizar.es.

La falta de capitulaciones dirigidas a la elección de un régimen determinado posibilita poner en marcha un sistema de supletoriedades (de primer y segundo grado), que tiene unas características propias y distintas a las de aquellos órdenes jurídicos, como el peruano, que están diseñados para la mera elección entre regímenes legalmente establecidos y en los que la sociedad de gananciales operará automáticamente como régimen supletorio ante la falta de elección expresa de un régimen en particular.

Vistas estas cuestiones, bajo la óptica del derecho comparado, se pretende analizar las reglas que se aplican en este escenario para comprender y valorar, como es propio en el estudio de las legislaciones modernas, la pertinencia de seguir conservando, en estos tiempos, preceptos que son restrictivos de la autonomía privada de los cónyuges y de su libertad para contratar entre sí, y que, como se verá más adelante, aún tienen acogida en el Derecho peruano. Una restricción de actuación que se presenta, no solo ya en cuanto a la elección del régimen, sino en cuanto a decidir si la sociedad de gananciales debe operar o no como régimen supletorio.

Con tal propósito, se presenta en este trabajo un breve estudio del concepto de régimen económico matrimonial para abordar seguidamente la clasificación general de los regímenes matrimoniales. Así mismo, se desarrollan los criterios que son aplicados en Derecho peruano para la determinación de este régimen económico, por tratarse de un sistema convencional más complejo que el adoptado en Derecho español común, como se había anticipado. Para finalizar, me ocuparé de la configuración legal de la sociedad de gananciales como régimen supletorio en Perú y España. Esto justifica una remisión a la doctrina de las capitulaciones matrimoniales y a la legislación española pertinente para un cabal entendimiento de los regímenes supletorios, de primer y de segundo grado, que en esta última son de aplicación.

II. NOCIÓN Y DEFINICIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

La institución del matrimonio es, sin duda, una de las realidades socio-jurídicas más importantes. Lo que hace que lo sea es, precisamente, la serie de efectos que desencadena su celebración y la forma en que esos mismos trascienden, pues inevitablemente van a tener repercusión en la esfera jurídica. Tales efectos, que se dividen tradicionalmente en personales y patrimoniales, no son indiferentes para el Derecho, que dispensa a su causa generadora, el matrimonio, una regulación civil especial en relación con los demás actos jurídicos¹, atendiendo, claro está, a las particularidades de cada ordenamiento.

¹ Sobre matrimonio y Derecho, en general, vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2010, pp. 39-82; ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, tomo IV, Bosch, 4ª ed., Barcelona, 1998, pp. 31-74; DE PABLO CONTRERAS, P.: "El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad

Es cierto que toda relación matrimonial tiene efectos básicamente extrapatrimoniales entre las personas que han decidido casarse, pero comporta también, al propio tiempo, importantes repercusiones económicas y patrimoniales entre ambos cónyuges y de estos con terceros². Las reglas a aplicarse a la dinámica patrimonial del matrimonio, provocada por la actuación de los cónyuges, variarán en función de lo que, convencional o legalmente, ellos decidan asumir o —que, ante su no elección— supletoriamente les sea dispuesto. Y ese conjunto de reglas que van a ordenar estas relaciones económicas son las que comúnmente reciben el nombre de “régimen económico del matrimonio”.

El matrimonio se constituye, entonces, en el presupuesto del régimen económico matrimonial, pues la existencia de este último estará inevitablemente supeditada por la del primero, de modo tal que su inicio y término dependerán siempre de él. Pero, a su vez, y de modo inescindible, este régimen económico no es algo de lo que los cónyuges puedan prescindir, pues todo matrimonio necesita de un mínimo de reglas para organizar sus aspectos patrimoniales. A este respecto, LACRUZ BERDEJO justamente afirmaba que “no existe matrimonio sin régimen económico matrimonial”³. En tanto que para BASSET, que sigue una lógica muy similar a la señalada, “por régimen económico del matrimonio (o régimen de bienes) se entiende un estatuto cuya materia son los actos jurídicos de contenido o significación económica bajo la formalidad causal del matrimonio”⁴.

Por “régimen económico matrimonial”, como es comúnmente denominado por la doctrina española⁵, ha de entenderse aquel “conjunto de reglas dirigidas a ordenar jurídicamente las relaciones económicas de los cónyuges entre sí, y respecto a terceros”⁶. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN prefieren denominarlo “régimen

del matrimonio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, pp. 115-149; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, p. 143. En la doctrina peruana, GUTIÉRREZ CAMACHO, W. y REBAZA GONZÁLEZ, A.: “Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, pp. 23-28.

- 2 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, p. 223.
- 3 LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 117. Secundan esta misma afirmación, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 229; y, MONJE BALMASEDA, O.: “Sistemas de organización de la economía conyugal”, en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002, p. 120.
- 4 BASSET, U. C.: *La calificación de bienes en la sociedad conyugal: principios, reglas, criterios y supuestos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 50.
- 5 Esta tendencia doctrinal al empleo de las expresiones régimen económico del matrimonio o régimen económico matrimonial viene marcada por la legislación vigente, pues se trata de conceptos que aparecen explícitamente en el Código civil español de 1889, cuyo Libro Cuarto “De las obligaciones y contratos” contiene el Título III denominado “Del régimen económico matrimonial”.
- 6 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 223.

económico conyugal”⁷, expresando bajo este concepto la misma idea sostenida en la definición más generalizada: “conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio”⁸.

Dentro del esquema del Código civil peruano (en adelante, CC per.) la dicción empleada para denominar a este régimen económico del matrimonio es la de “régimen patrimonial”⁹, pero no por esto dejan de admitirse, a nivel académico, otras terminologías como la usada por la doctrina civil española mayoritaria¹⁰. En la misma medida, otro extremo de la doctrina comparada, especialmente dentro del contexto sudamericano, bajo el influjo de los conceptos normados en sus regulaciones vigentes, denomina también a dicho régimen del modo que lo hace el Derecho peruano¹¹.

En la doctrina peruana, AGUILAR LLANOS emplea el concepto de régimen patrimonial para referirse “a la regulación de las relaciones económicas que se dan en la sociedad conyugal”¹². Completando esta definición, PLÁCIDO VILCACHAGUA caracteriza al régimen patrimonial como aquel referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno de los cónyuges adquiere o que adquieren ambos, y que es necesario para la organización patrimonial del matrimonio¹³.

En suma, debe entenderse el régimen patrimonial como ese conjunto de reglas concretas de Derecho civil -y en el caso peruano se podría decir, incluso de manera más específica, de Derecho de familia¹⁴- orientadas a organizar los aspectos patrimoniales del matrimonio, en el que no se generan relaciones puramente económicas, pero que, en definitiva, requieren un tratamiento especial

7 Cfr. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003, p. 137.

8 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., p. 137.

9 Vid. Título III del “Régimen Patrimonial”, comprendido en la Sección Segunda sobre la “Sociedad Conyugal”, a su vez estructurada dentro del Libro III, dedicado al “Derecho de Familia”, en el CC per. 1984.

10 Vid. AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 136.

11 En Derecho colombiano, la doctrina usa la expresión régimen patrimonial. Vid. PARRA BENÍTEZ, J.: *Manual de Derecho civil*, Temis, 4ª ed., Bogotá, 2002, p. 288. Véase también el art. 180 del Código civil de Colombia de 1887 —ubicado dentro del Capítulo I de las “Reglas Generales”, a su vez comprendido en el Título IX sobre las “Obligaciones y derechos entre los Cónyuges”, que pertenece al Libro Primero “De las Personas”—, del cual se extrae que el concepto de régimen patrimonial alude a la sociedad de bienes y al régimen de bienes separados. Igual sucede en el Derecho argentino, cuyo Código civil y comercial de 2015 se refiere al “Régimen Patrimonial del Matrimonio” en el Título II del Libro Segundo de las “Relaciones de Familia”, aunque su doctrina incluso suele denominarlo bajo la forma abreviada de “régimen matrimonial”. Vid. BASSET, U. C. et al.: “Tomo III. Artículos 401 a 723. Relaciones de Familia”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético* (dir. por J. H. ALTERINI), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 185-192; y, FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A. y ROVEDA, E. G.: *Régimen de bienes del matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 1.

12 AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 136.

13 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Elección y formalidades del régimen patrimonial”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 175.

14 En el CC per., las reglas relativas al régimen patrimonial del matrimonio aparecen articuladas dentro de uno de los Títulos que forman parte del Libro III del “Derecho de Familia”.

por encontrar en el vínculo matrimonial tanto su presupuesto y causa, como su finalidad: el sostenimiento de la familia. Y aun cuando el contenido patrimonial del matrimonio tiene un cierto carácter accesorio o instrumental frente al contenido personal¹⁵, en la práctica bien pueden darse situaciones que, frente a la necesidad de ofrecerles una solución jurídica, resulten ser tan significativas y complejas en el primer caso como en el segundo.

III. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES.

Los regímenes económicos son muy variados y pueden tener diversos matices dependiendo de la regulación que les dispense cada ordenamiento en concreto. Una clasificación científica de los mismos suele ser considerada poco viable¹⁶, siendo por ello más apropiada una referencia directa a los modelos típicos recogidos dentro del marco jurídico de cada uno de los ordenamientos implicados en este estudio, y que, en efecto, se mencionan más adelante. Este apartado está específicamente dedicado al desarrollo de la clasificación general de los sistemas o regímenes económico matrimoniales.

Desde esta perspectiva general, cuyo enfoque se centra en el sistema de organización de la economía conyugal en su conjunto, “los regímenes económico matrimoniales admiten, en cuanto a su origen inmediato, una clasificación en dos grandes categorías: la convencional y la legal propiamente dicha, en atención al papel que la autonomía de la voluntad juega en orden a determinar las reglas reguladoras de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y entre éstos y los terceros”¹⁷.

Esta clasificación más genérica, en la que se identifican dos grandes sistemas o regímenes (convencional y legal), responde al nivel de participación que los cónyuges pueden tener en la determinación del régimen económico. Se trata de una clasificación que se caracteriza por el ámbito de libertad que eventualmente, y con sus diversas variantes, el ordenamiento puede atribuir a los cónyuges para fijar las reglas ordenadoras de sus relaciones económicas, y, en su caso, para decidir cómo ha de operar el régimen supletorio a falta de voluntad expresa.

El sistema convencional o contractual es aquel en el cual los propios cónyuges van a estipular el régimen patrimonial que regirá los aspectos económicos de su matrimonio. Se constituye a través de los capítulos o capitulaciones matrimoniales¹⁸

15 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 224.

16 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 224.

17 MONJE BALMASEDA, O.: “Sistemas de organización”, cit., p. 121.

18 Este es un tema sobre el que volveré después, por lo que en esta instancia me limitaré a definir las capitulaciones matrimoniales como ese acuerdo de naturaleza contractual mediante el cual los otorgantes pueden establecer o modificar el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones de carácter patrimonial que guarden relación con el mismo, y que debe celebrarse con sujeción a ciertos

que los cónyuges celebran dando cumplimiento a los requisitos legalmente preceptuados. Esta propia regulación del régimen económico puede hacerse en un ámbito de absoluta libertad, aunque con arreglo a unos límites fijados mediante normas de orden público dirigidas a garantizar la adecuada atención de las necesidades fundamentales de la familia. En este tipo de escenarios no se descartan los regímenes predeterminados, pudiendo los cónyuges elegir uno de los modelos legalmente previstos o idear su propio estatuto económico sobre la base de esos regímenes típicos¹⁹.

En el contexto de los sistemas convencionales, donde se asienta el de libertad absoluta antes descrito, se encuentra también aquel que da a los cónyuges la posibilidad de optar por el régimen patrimonial que mejor se ajuste a sus necesidades e intereses, pero dentro de un ámbito de libertad restringida, pues dicha elección estará limitada por un número cerrado de regímenes regulados por la ley²⁰. En este caso, los cónyuges se limitan a elegir un régimen entre los modelos diseñados a nivel normativo, sin posibilidad de modificar su contenido. La autonomía de la voluntad de los futuros esposos se encuentra restringida a la mera elección entre varios regímenes económicos legalmente preestablecidos, aunque reservándose la posibilidad de su sustitución las veces que se estime conveniente, pero siempre dentro del margen exigido por ley.

Frente al sistema convencional puede admitirse válidamente en los ordenamientos el sistema legal o predeterminado. En este último la ley es la encargada de fijar las normas que van a regir los aspectos económicos del matrimonio. Este sistema legal se subdivide, a su vez, en dos tipos específicos: el primero, un sistema legal o forzoso, que viene establecido por la ley como modelo único que no admite que los cónyuges puedan regular libremente sus intereses patrimoniales; y el segundo, un sistema legal supletorio, en el que la ley fijará el régimen económico aplicable al matrimonio en caso que los cónyuges no hubieran elegido, de manera autodeterminada, uno de los regímenes legalmente establecidos²¹.

Vista esta clasificación general de los sistemas económicos del matrimonio, el modelo español coincide con un sistema convencional de libertad absoluta. Acoge

límites, más o menos amplios, expresamente previstos en la normativa pertinente (p. ej. limitaciones relativas a las buenas costumbres, al orden público y a la igualdad de derechos entre cónyuges). Cfr. LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2006, pp. 133-134; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La economía del matrimonio", cit., p. 239.

19 Cfr. MONJE BALMASEDA, O.: "Sistemas de organización", cit., pp. 121-122; y PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Elección y formalidades", cit., p. 178.

20 Cfr. MONJE BALMASEDA, O.: "Sistemas de organización", cit., p. 122.

21 Cfr. MONJE BALMASEDA, O.: "Sistemas de organización", cit., p. 122.

en su regulación la posibilidad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales²². Los cónyuges gozan de plena autonomía patrimonial al otorgar capitulaciones, pueden elegir entre los regímenes legalmente previstos (sociedad de gananciales, separación de bienes y régimen de participación²³) o diseñar su propio régimen, que puede contener o no características de aquellos. Pueden incluso pactar la exclusión de la sociedad de gananciales como régimen supletorio. La falta de capitulaciones dirigidas a la elección de un régimen determinado posibilita poner en marcha un sistema de supletoriedades, en el que se distinguen los regímenes supletorios de primer y segundo grado, como se verá más adelante.

El modelo peruano, por su parte, se caracteriza por adoptar un sistema convencional de libertad restringida. Prevé dos tipos de regímenes económicos para el matrimonio: sociedad de gananciales y separación de patrimonios. La referencia explícita a estos regímenes -como opciones diferenciadas por las que, de modo excluyente, pueden optar libremente los cónyuges- aparece en el art. 295 CC per., que recoge las reglas para la elección del régimen patrimonial. Dichos regímenes tienen preestablecidas por ley todas las reglas que ordenarán las relaciones de tipo patrimonial que se instauren durante el matrimonio. En el sistema peruano, los cónyuges no se encuentran facultados para autorregular su régimen patrimonial. Su ámbito de libertad se limita a una mera elección y variabilidad del mismo -esta última referida al cambio de régimen en su conjunto, mas no a la posibilidad de modificar su contenido-.

No obstante, toda vez que la elección del régimen patrimonial se encuentra establecida como una mera opción que podría ser no utilizada por los futuros contrayentes, el sistema peruano establece, además, con carácter supletorio, un régimen legal: el de sociedad de gananciales. “En el Código Civil peruano el sistema de elección entre regímenes típicos es mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio”²⁴. En este sentido, ha llegado a afirmarse que si los contrayentes desearan optar por el régimen legal supletorio, solo haría falta su inacción respecto a la mencionada elección²⁵. Lo mismo sucedería si quedara invalidado el documento mediante el cual se hubiese efectuado la

22 Como bien sostiene LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 134, “[l]a libertad matrimonial de organización del régimen económico matrimonial se estructura a través del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales”. Sobre la configuración y alcance de la libertad de estipulación en capitulaciones matrimoniales, vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. y RAGA SASTRE, N.: “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia. Los regímenes económicos matrimoniales (I)* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), vol. III, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 443-623.

23 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., pp. 224-225.

24 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Elección y formalidades”, cit., p. 178.

25 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Elección y formalidades”, cit., p. 181.

elección del régimen patrimonial, pues se aplicaría supletoriamente el régimen de sociedad de gananciales.

Todos estos matices hacen advertir que en Derecho peruano habría una suerte de sistema mixto que conjugue las características de un régimen matrimonial convencional, de alcance muy restringido -únicamente a la libre elección de uno de los regímenes patrimoniales legalmente establecidos, como a su sustitución, si se diera el caso-, con las de un régimen matrimonial legal. Es la ley la que fija el contenido de cada uno de los regímenes patrimoniales entre los que pueden elegir los cónyuges, sin que estos puedan alterar ese contenido ni el régimen supletorio que operará a falta de voluntad expresa o cuando se invalide el documento mediante el cual se hizo la elección. Conjunto de cuestiones sobre las que se profundiza a continuación.

IV. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN UN SISTEMA CONVENCIONAL DE LIBERTAD RESTRINGIDA.

Dedicaré este apartado al estudio de los criterios que se aplican en Derecho peruano para la determinación del régimen económico matrimonial, por ser un sistema convencional más complejo que el adoptado en Derecho español. En este último, los cónyuges tienen amplia autonomía privada para otorgar capitulaciones matrimoniales y decidir el régimen económico al que desean someter las relaciones económicas y patrimoniales que procedan de su matrimonio. En cambio, el Derecho peruano contiene previsiones que frenan la autonomía privada de los cónyuges cuando se trata de ejercer su libertad de elección del régimen económico y de decisión del régimen supletorio, como seguidamente veremos.

I. Elección del régimen.

Dentro del Código civil peruano, la norma que encabeza el conjunto de disposiciones generales sobre el régimen patrimonial es aquella que contiene las reglas relativas a su elección. Se trata del art. 295 CC per., cuyo tenor literal expresa: "Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales".

El principio general es, pues, el de libertad de los cónyuges para elegir el régimen patrimonial al que decidan sujetar su matrimonio. Conforme al art. 295

CC per., la facultad para optar por uno de los regímenes preestablecidos solo puede ser ejercida antes de la celebración del matrimonio, aunque el régimen elegido no comenzará a regir sino hasta ocurrida dicha celebración. Se extrae también del citado dispositivo que el derecho de opción puede ser ejercitado por los futuros cónyuges respecto de cualesquiera de los dos regímenes típicos, siendo la forma para efectivizar su elección la que variará en uno y otro caso.

De haber decidido los futuros cónyuges que su matrimonio ha de estar regido por una separación de patrimonios, la norma dispone que aquellos deben observar tanto la forma prescrita bajo sanción de nulidad, como el requisito registral de eficacia igualmente establecido. El comentado precepto no dice que los contrayentes deban seguir la formalidad regulada si han optado por una sociedad de gananciales, pues aquella solo es exigida -y siempre de modo condicional- para el régimen de separación de patrimonios. La regulación de la forma prescrita tiene como finalidad prever la aplicación de una presunción *iuris et de iure*: si los interesados no otorgaron la escritura pública se infiere, sin admitirse prueba en contrario, que han elegido el régimen de gananciales.

Así lo apunta, precisamente, AVENDAÑO VALDEZ, cuando señala que la opción por el régimen matrimonial de separación de patrimonios debe ser expresa: “[E]l silencio de los cónyuges hace presumir, *Jure et de Jure (sic)*, que se ha elegido el régimen de comunidad. Más aún, la opción expresa a favor de la separación patrimonial tiene una formalidad esencial que comprende dos etapas: el otorgamiento de una escritura pública y su inscripción en el Registro Personal. El artículo 295° es muy claro cuando al referirse a esa última, dice que ella es indispensable para que la separación patrimonial ‘surta efectos’. La naturaleza esencial de la inscripción queda reiterada por el artículo 296°”²⁶.

En caso de optar por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, solo haría falta que los cónyuges omitieran seguir el procedimiento previsto para la elección de la separación de patrimonios, en virtud de lo cual operará la presunción antes mencionada. El régimen de gananciales igualmente tendrá aplicación cuando, pese a haber optado los cónyuges por un modelo de separación, el documento en que lo hicieron constar fuese nulo o se declarara posteriormente su nulidad, en cuyo caso la sociedad de gananciales regirá como régimen legal supletorio. Entiéndase que esta aplicación supletoria también tendrá lugar en caso que los cónyuges no hubieran elegido nada al tiempo del matrimonio, ya sea porque desconocían su derecho de optar por un régimen patrimonial o porque sencillamente decidieron sujetarse, sin más, a lo que legalmente en esta materia se hallara previsto.

26 AVENDAÑO VALDEZ, J.: “Los bienes en el matrimonio”, en AA.VV.: *La Familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 254.

A propósito de la facultad de opción regulada para la determinación del régimen patrimonial, afirma PLÁCIDO VILCACHAGUA que, “al contemplarse los regímenes patrimoniales de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios, se incorpora el sistema de elección y de variabilidad entre estos dos regímenes típicos, regulados en la ley”²⁷. A lo que añade el mismo autor que, “con la introducción de este sistema, se desarrolla el derecho de opción entre los contrayentes (artículo 295 del Código civil), para elegir -antes del matrimonio y no durante; posibilidad, esta última, que permitiría eliminar formalidades costosas si la opción constara en el acta matrimonial- el régimen patrimonial al que se adhieren y que comienza a regir al celebrarse el matrimonio, y el derecho de sustitución entre los cónyuges (artículo 296 del Código Civil), para cambiar el régimen patrimonial en que se encuentran y adherirse al otro”²⁸. El derecho de sustitución será abordado en el epígrafe siguiente.

Respecto de la forma prescrita para la elección del régimen de separación de patrimonios, de modo unánime la doctrina peruana ha señalado que se trata de una forma *ad solemnitatem*, pues debe hacerse por escritura pública y su inobservancia es sancionada con nulidad²⁹. Además de la forma establecida como requisito de validez para la constitución del anotado régimen patrimonial, se dispone como requisito de eficacia su inscripción en el Registro Personal. Aunque la norma no lo diga expresamente, se deduce que esta inscripción registral tiene como finalidad dotar al acto de una publicidad especial para la protección de los terceros que, de buena fe y a título oneroso, pudieran contratar con los cónyuges³⁰.

Resulta oportuno anotar aquí el comentario que merece el tema en cuestión para TUESTA SILVA, en cuyas palabras la inscripción registral es un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, mas no así para las partes, pues entre estas el acuerdo debe entenderse oponible desde el otorgamiento de la escritura pública correspondiente³¹. La interpretación que propone este autor concuerda con lo

27 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Elección y formalidades”, cit., p. 179.

28 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Elección y formalidades”, cit., p. 179.

29 Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 59; y, PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Elección y formalidades”, cit., p. 181. La Corte Suprema también se ha pronunciado en el mismo sentido: “La sustitución de un régimen patrimonial por otro durante la vigencia del matrimonio debe constar en escritura pública, lo cual constituye un requisito para su validez que es la cualidad o atributo necesario de un acto jurídico para que surta efectos legales, pero su inobservancia no es sancionada con nulidad. Siguiendo la regla contenida en el artículo 144 del Código Civil, se concluye que se trata de una forma *AD PROBATIONEM*, y en consecuencia las partes pueden compelerse recíprocamente a llenarla; a diferencia de lo estipulado por el artículo 295 del Código sustantivo donde la exigencia de que el acuerdo de separación de patrimonios adoptado antes del momento de la celebración del matrimonio deba constar en escritura pública, constituye una formalidad *AD SOLEMNITATEM*, pues su inobservancia es sancionada con la nulidad del acto jurídico de conformidad con lo establecido por el inciso sexto del artículo 219 del Código acotado” (Cas. N° 1345-98-Lima, 16 diciembre 1998, compilada por IBERICO CASTAÑEDA, L. F. et al.: *El Código civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2000, p. 142).

30 Vid. AVENDAÑO VALDEZ, J.: “Los bienes en el matrimonio”, cit., p. 254; y, CORNEJO CHÁVEZ, H.: *Derecho familiar peruano*, tomo I, Studium, 8ª ed., Lima, 1991, p. 318.

31 Cfr. TUESTA SILVA, W.: *Código Civil comentado*, Grijley, 2ª ed., Lima, 2001, p. 186.

preceptuado por el art. 330 CC per.³² -que regula la sustitución de pleno derecho del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios tras la declaración de inicio del procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges-. Según este artículo, para que la sustitución de un régimen de gananciales por uno de separación de patrimonios produzca efectos frente a terceros, es indispensable su inscripción en el Registro Personal, mas no así para su eficacia entre los cónyuges.

Es fundamental hacer una precisión para cerrar la exposición sobre la elección del régimen. Al margen del tema de la inscripción y del alcance que pudieran tener sus efectos, lo cierto es -al menos hasta aquí- que la eficacia del régimen de separación de patrimonios siempre estará supeditada a la celebración del matrimonio. De nada servirá su válida constitución formal mediante escritura pública ni su respectiva inscripción en el Registro Personal para que surta efectos, si al final de cuentas el matrimonio no llega a celebrarse. Del mismo modo, debe entenderse que -de no elegirse el régimen de separación- no habrá sociedad de gananciales sino hasta celebrado el matrimonio.

2. Sustitución voluntaria.

Las reglas que deben observarse para la sustitución voluntaria del régimen patrimonial están previstas en el art. 296 CC per. Según dispone esta norma: “Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción”.

La sustitución convencional del régimen presupone una facultad que solo puede ser ejercida durante el matrimonio, entendiéndose, por tanto, que los únicos sujetos habilitados para ello son los cónyuges. Antes del matrimonio no puede hablarse de un derecho de sustitución o variación del régimen económico. Se trata de una facultad que se adquiere en el seno del matrimonio y que es propia de la autonomía privada de los cónyuges, aunque no por esto dejará de estar sujeta a unas reglas.

Tal sustitución puede ser realizada cuantas veces los cónyuges lo estimen conveniente, pues la norma de la materia no fija límite alguno sobre este punto

32 El art. 330 CC per. prescribe: “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”.

-la doctrina jurisprudencial no se pronuncia y tampoco lo hacen las normas registrales-. El sistema peruano es un sistema de elección mutable³³. “No sigue el sistema de inmutabilidad del régimen patrimonial según el cual, después de la celebración del matrimonio, no es posible modificar el régimen elegido; por el contrario, adopta el principio de la libre variabilidad durante el matrimonio”³⁴.

Para ejercer dicha facultad, los cónyuges deben celebrar un convenio de sustitución de régimen patrimonial. Dicho convenio debe ajustarse a unos requisitos formales que se encuentran expresamente previstos por el art. 296 CC per., y a los que habría que sumar la obligación de liquidar formalmente el régimen que se pretende sustituir, ya que, conforme al art. 298 CC per., “al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación”; disposición general que, como se desprende de su redacción, es de ineludible cumplimiento³⁵.

Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Personal. La validez del convenio viene conjuntamente determinada por ambos requisitos. No basta la sola escritura pública de sustitución, pues se necesita, además, su inscripción. Ambos actos formales son fundamentales para la validez del convenio de sustitución de régimen patrimonial.

En relación con sus efectos, el art. 296 CC per. establece que el nuevo régimen tendrá vigencia desde la fecha de su inscripción en el Registro Personal. El concepto de vigencia, como se puede ver, es empleado en términos de eficacia³⁶. Con ello, en el marco de lo preceptuado, la inscripción del convenio aparece como una suerte de requisito de naturaleza dual: requisito de validez, pero, y al propio tiempo, también de eficacia del nuevo régimen patrimonial.

33 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Sustitución voluntaria del régimen patrimonial”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 184.

34 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Sustitución voluntaria”, cit., p. 184.

35 Esto es lo que se extrae de la disposición contemplada por el art. 298 CC per., con independencia de lo que pueda llegar a considerar la mayor parte de la doctrina nacional, que suele identificar la liquidación del régimen patrimonial con la liquidación del régimen de sociedad de gananciales, por cuanto las reglas específicas de este procedimiento están previstas dentro del capítulo dedicado al régimen de gananciales. Vid. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R.: “Liquidación del régimen patrimonial”, en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2ª ed., 2007, pp. 187-190.

36 En su acepción general, vigencia quiere indicar la calidad de vigente. Desde una visión más estricta, y específicamente referida al ámbito legal, se refiere a la calidad de vigencia de la ley, es decir, “la obligatoriedad de un precepto legislativo o de la orden de una competente autoridad. Subsistencia de una disposición cualquiera, pese al tiempo transcurrido, a su no aplicación e incluso contra el uso” (ALFARO PINILLOS, R.: *Diccionario práctico de Derecho civil y Derecho procesal civil*, tomo II, Motivensa, Lima, 2014, p. 1715). Visto así, es posible entender que el art. 296 CC per. habría empleado el concepto de “vigencia” para indicar el momento a partir del cual el “nuevo régimen” va a desplegar sus correspondientes consecuencias o efectos jurídicos.

CASTRO PÉREZ TREVIÑO hace una lectura similar cuando afirma que, para la validez del convenio, el art. 296 CC per. ha previsto dos formalidades esenciales que son obligatorias: la escritura pública de sustitución y su inscripción en el Registro Personal. Así mismo, destaca la atribución de un carácter constitutivo a la inscripción al haberse regulado que el nuevo régimen tendrá vigencia desde su inscripción registral, entendiendo así que desde ese momento el régimen es oponible en relación con los cónyuges y terceros. No obstante, la misma autora considera que lo establecido por dicha disposición general no es congruente con lo previsto por el art. 319 CC per., que regula el fenecimiento de la sociedad de gananciales, y conforme al cual, en las relaciones entre cónyuges, dicho fenecimiento debe entenderse producido en la fecha de la escritura pública de separación de patrimonios³⁷.

Gran parte de la doctrina peruana respalda esta última opinión. Se considera que lo dispuesto en el art. 296 CC per. no guarda concordancia con lo expresado por el art. 319 CC per., que, al regular el supuesto de fenecimiento del régimen de gananciales con causa en la separación de bienes, contempla reglas precisas respecto al momento en que se han de producir sus efectos³⁸. Este último artículo prescribe, sobre el tema que interesa, que "para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce (...) en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. (...). Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal".

De la redacción del art. 319 CC per. se extrae claramente que, para las relaciones entre cónyuges, el régimen de gananciales se considera fenecido en la fecha de la escritura pública³⁹, y en relación con los terceros, en la fecha de su inscripción en el Registro Personal. De ahí que, a diferencia de lo que señala el art. 296 CC per., y solo para el caso de la sustitución voluntaria de un régimen de gananciales por uno de separación de patrimonios, sería adecuado considerar como único requisito para la validez del acto de sustitución, y solo para las relaciones entre cónyuges, el otorgamiento de la escritura pública de sustitución del régimen. Esto último en consonancia con lo expresado por el art. 319 CC per., que es la norma reguladora del "Fin de la sociedad".

37 Cfr. CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: "La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales", *Revista Institucional. Academia de la Magistratura*, 2010, núm. 9, p. 113.

38 Cfr. TUESTA SILVA, W.: *Código Civil comentado*, cit., pp. 186, 187; y, PLACIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución voluntaria", cit., p. 184.

39 Debe entenderse aquí que se quiere hacer referencia a la escritura pública de sustitución convencional o voluntaria del régimen patrimonial.

Si desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública empieza a surtir efectos entre los cónyuges el nuevo régimen, esto es así porque con la sola escritura pública queda válidamente constituida, respecto de ellos, la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios. Respecto de terceros, esta sustitución de régimen patrimonial siempre surtirá efectos desde la fecha de su inscripción en el Registro Personal, sea que se invoque el art. 296 CC per. o el art. 319 CC per.

Sobre lo que se viene analizando, PLÁCIDO VILCACHAGUA dice que esta “deficiencia legislativa es relevante, si se considera que los cónyuges pueden adquirir bienes y contraer obligaciones en el lapso de tiempo que exista entre la fecha de la escritura pública y la fecha de la inscripción en el registro personal; surgiendo el problema de calificar como propios o sociales a los indicados bienes y obligaciones”⁴⁰. A lo anterior, el autor agrega que dicha deficiencia debe resolverse no solo con base en la especialidad del art. 319 CC per., que regula cuestiones propias del régimen de sociedad de gananciales, frente al art. 296 CC per. que tiene carácter de disposición general, sino considerando además la función que viene a cumplir la inscripción registral, que no es otra que la protección de los derechos de terceros⁴¹.

Por tales razones se considera que, cuando la sustitución voluntaria del régimen patrimonial sea una que genere el fenecimiento de la sociedad de gananciales —al quedar variada por una separación patrimonial—, la norma aplicable debe ser la del art. 319 CC per., toda vez que se trata de una disposición específica del régimen patrimonial de sociedad de gananciales. Con lo cual, la disposición general del art. 296 CC per., que aunque ha sido prevista para la sustitución voluntaria de cualquier régimen patrimonial, debe quedar reservada para la sustitución del régimen de separación de bienes por uno de gananciales⁴².

Conforme al marco regulador vigente, los terceros están protegidos en la medida que el nuevo régimen patrimonial no les podrá ser opuesto sino desde el momento de su inscripción en el Registro Personal. No obstante, con el objeto de evitar un fraude a terceros eventualmente derivado de la sustitución del régimen -y más aún cuando esta se vuelve constante, pudiendo generar suspicacia sobre las reales intenciones de los cónyuges bajo la apariencia de una simple variación de régimen económico-, quizá hubiera sido conveniente que la norma peruana estableciera un precepto similar al que contiene el Código civil español (en adelante, CC esp.) en su art. 1.317: “La modificación del régimen económico

40 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Sustitución voluntaria”, cit., p. 184.

41 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Sustitución voluntaria”, cit., p. 184.

42 Cfr. CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: “La legislación peruana”, cit., pp. 113-114.

matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”.

Del art. 1.317 CC esp., como explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, se extrae una regla general, que es la de eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial frente a terceros, así como una excepción: tal modificación no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros⁴³. Sin embargo, como destaca el mismo autor, “parece claro que los terceros pueden prevalerse de la modificación cuando les beneficie, y que en todo caso les afecta cuando no les perjudica. Se respeta, entonces, la posición jurídica que tenían los terceros antes de la novación del régimen económico del matrimonio, lo que incluye, al decir de LACRUZ, una proyección con respecto al futuro, de suerte que, frente a esos terceros, el régimen seguirá funcionando en adelante como antes de producirse la modificación”⁴⁴. Lo que el tercero debe probar, en todo caso, es la titularidad de un derecho anterior a la modificación del régimen y que sobre tal derecho se ha producido un perjuicio a causa de esa modificación, mas no se exige que esta sea propiamente fraudulenta⁴⁵. En cuanto a su alcance, la protección dispensada a los terceros es *erga omnes* y no solo frente a los cónyuges.

La ausencia de un precepto así en el Derecho civil peruano, que amplíe el ámbito de protección a los terceros en caso de eventual fraude por parte de los cónyuges a través del mecanismo de la sustitución convencional, por ahora solo puede quedar cubierta con la exigencia de la liquidación del régimen patrimonial⁴⁶. Sin embargo, en la práctica suelen presentarse problemas. Como las reglas sobre la liquidación están dentro del capítulo de la sociedad de gananciales, suele exigirse este procedimiento para la sustitución del régimen de gananciales, mas no cuando el que se quiere sustituir es un régimen de separación de patrimonios⁴⁷. Ello dificulta que se pueda detectar cualquier posible perjuicio a los acreedores de los cónyuges cuando se sustituye el régimen de separación de patrimonios por uno de sociedad de gananciales.

43 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 226.

44 El autor antes citado prosigue: “la solución es, sin embargo, disfuncional, en cuanto determina la coexistencia virtual de dos regímenes económicos: el modificado, eficaz entre los cónyuges y frente a los terceros que no tenían derechos previamente adquiridos, y el anterior, eficaz frente a los terceros que tenían derechos adquiridos” (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 226). Críticas aparte, y al margen de la existencia de los dos regímenes matrimoniales a los que virtualmente puede dar lugar la aplicación del aludido precepto, lo cierto es que la prueba va a cobrar un rol importantísimo cuando el tercero pretenda revestirse del efecto protector en él previsto.

45 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 226. También véase el estudio que sobre este tema realiza MONFORT FERRERO, M. J.: “Del régimen económico matrimonial”, en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al.), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 824-828.

46 El art. 298 CC per. dice: “Al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación”.

47 Vid. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R.: “Liquidación del régimen patrimonial”, cit., p. 188.

3. Sustitución judicial.

La sustitución judicial del régimen está prevista por el art. 297 CC per. En específico, este artículo dispone que, "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". Mediante esta forma de sustitución, como bien se aprecia, solo se podría establecer un régimen de separación de patrimonios. Judicialmente no se concibe el establecimiento de una sociedad de gananciales.

Por otra parte, véase que el art. 329 CC per., al que se remite el art. 297 CC per., prescribe los supuestos en los que procede solicitar judicialmente la sustitución del régimen patrimonial: "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".

La lectura conjunta de los arts. 297 y 329 CC per. proporciona dos datos importantes. El primero es que la sustitución de un régimen patrimonial procede no solo por voluntad de los cónyuges, sino también por decisión judicial, aunque en este último caso solo cuando se pretenda sustituir un régimen de gananciales por uno de separación patrimonial. Por derivación, el segundo dato tiene que ver con la razón que motiva que la sustitución judicial solo proceda durante la vigencia de una sociedad de gananciales. PLÁCIDO VILCACHAGUA considera que la justificación reside en la necesidad de contrarrestar los perjuicios económicos que puede representar para uno de los cónyuges el manejo inadecuado de la comunidad de bienes por parte del otro cónyuge⁴⁸. Lo cual se comprueba cuando el art. 329 CC per. establece que la sustitución judicial procede en los casos en que uno de los cónyuges abuse de sus facultades o actúe con dolo o culpa en la gestión de los bienes del matrimonio.

En lo que atañe a la legitimación activa, el art. 297 CC per. prevé que la sustitución judicial puede ser incoada a pedido de cualquiera de los cónyuges. Sin embargo, conforme al art. 329 CC per., solo el cónyuge agraviado estaría legalmente habilitado para promover un proceso judicial de sustitución. La aparente contradicción entre estas dos disposiciones ha dado lugar a que una

48 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial por decisión judicial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 186.

parte de la doctrina considere que existe una cierta disonancia entre los arts. 297 y 329 CC per., concluyendo que la legitimación activa corresponde tan solo al cónyuge agraviado⁴⁹.

En mi opinión, realmente no se apreciaría tal incongruencia. El art. 297 CC per., desde una perspectiva general, cumple con establecer que la sustitución del régimen por decisión judicial puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges, lo cual concuerda con lo dispuesto por el art. 329 CC per., en la medida que, precisamente, cualquiera de los cónyuges puede llegar a tener la condición de cónyuge agraviado⁵⁰. Es la norma específica de la sociedad de gananciales (contenida en el art. 329 CC per.) la encargada de designar cuál de los cónyuges es el que tiene la cualidad para accionar una separación de patrimonios en la vía judicial: el cónyuge agraviado, el cual solo podrá ser tal cuando acredite que se encuentra incurso en alguno de los supuestos que lo reviste con esa condición.

Del art. 329 CC per. se extraen tres supuestos en virtud de los cuales el interesado -entiéndase, bajo la posición habilitante de cónyuge agraviado- puede solicitar la sustitución judicial del régimen de gananciales: i) el abuso de facultades por parte del otro cónyuge; ii) su actuación dolosa en la gestión del patrimonio común; y, iii) su actuación culposa en la gestión de este mismo patrimonio.

Se considera que el Código civil peruano sigue un criterio muy restrictivo en cuanto a los casos que posibilitan la variación del régimen de sociedad de gananciales por decisión judicial. Se dice también que, en algunos de estos casos, los aspectos que se deben demostrar son tan subjetivos que suman al proceso una dificultad probatoria que no sería fácil de superar⁵¹. Esta es la razón última por la que no ha faltado quien sostenga que sería mejor "optar por un sistema con causales objetivas que respondan a situaciones de inhabilitación de uno de los cónyuges para la gestión de los bienes, por un lado, y a situaciones de incumplimiento de deberes conyugales con repercusión patrimonial, que evidencian la inexistencia de la comunidad de intereses que es el sustento de la sociedad de gananciales, por el otro"⁵².

Pese a los cuestionamientos que pueda recibir el art. 329 CC per. en relación con los supuestos en él contenidos, lo cierto es que solo en los casos actualmente previstos procederá la sustitución judicial del régimen de gananciales. En lo que respecta a la prueba, la doctrina jurisprudencial ha ido fijando algunas pautas

49 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

50 Así también lo dejaría entrever TUESTA SILVA, W.: *Código Civil comentado*, cit., pp. 186-187, al sostener que, cuando cualquiera de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden dentro del régimen de gananciales, en tal supuesto el otro cónyuge puede obtener el cambio del régimen vía sentencia, previo proceso judicial.

51 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

52 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

acerca de lo que puede o no probar la concurrencia de tales supuestos. Para la adecuada configuración de cada supuesto es necesario tener en cuenta los criterios de la jurisprudencia que se mencionan más abajo.

i) El abuso de facultades. Con relación a este supuesto, tanto la doctrina académica como la jurisprudencial⁵³ han señalado que dicho abuso implica un ejercicio irregular de las facultades de administración por parte de uno de los cónyuges, que, al propio tiempo, causa perjuicio en el otro cónyuge, al que la norma ha venido a denominar “cónyuge agraviado”⁵⁴. No obstante, algunos autores consideran que este abuso de facultades se daría, como premisa general, en la gestión imputable al otro cónyuge, para comprender así no solo los actos de administración sino también los de disposición, pues en ambos casos podría presentarse tal abuso⁵⁵.

La propia norma da cabida a la última interpretación, por cuanto utiliza una fórmula amplia al decir que se trata de un abuso de las facultades que le corresponden al cónyuge, sin especificar si esas facultades son de administración o de disposición. Así las cosas, a decir de AGUILAR LLANOS, este abuso puede deberse, entre otras cosas, a la disposición inconsulta de bienes sociales⁵⁶, la mala administración que pone en peligro los bienes sociales, así como a la falta de reporte sobre los frutos producidos por los bienes propios y sociales con el objeto de impedir su disfrute por parte del otro cónyuge⁵⁷.

Al amparo de lo regulado por el Art. II del Título Preliminar CC per.⁵⁸ -conforme al cual, el abuso del derecho puede darse por acción o por omisión-, PLÁCIDO VILCACHAGUA señala que el abuso de facultades no solo se presenta cuando uno de los cónyuges se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, sino también

53 En efecto, la Corte Suprema restringe el abuso de facultades al ámbito de la administración de los bienes de la sociedad al decir que: “[La] facultad de administración de los bienes sociales corresponde a ambos cónyuges, pudiendo uno de ellos asumir la administración exclusiva cuando se encuentre facultado por el otro para dicha finalidad; y solo recién, si dentro de la facultad de administración que se le ha concedido, efectúa actos que importen una disminución patrimonial o un perjuicio para el cónyuge que representa, se configuraría la causal de abuso de facultades” (Cas. N° 2148-2001-Cajamarca, 12 noviembre 2001, compilada por CARRANZA ÁLVAREZ, C.: *Jurisprudencia civil*, tomo I, Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 643-644).

54 Cfr. AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 188.

55 Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 275; PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: “Sustitución del régimen patrimonial”, cit., p. 186; y, CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: “La legislación peruana”, cit., p. 135.

56 “Bienes sociales” es la expresión normativa con que se denomina en Derecho peruano a los bienes comunes de los cónyuges. *Vid.* arts. 310 y 315 CC per.

57 Cfr. AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, cit., p. 188. Véase que, paradójicamente, pese a sostener este autor que el abuso de facultades se da en el ámbito de la administración de los bienes de la sociedad, termina señalando que este abuso también puede deberse a la disposición inconsulta de dichos bienes.

58 Dispositivo que regula el “Ejercicio abusivo del derecho” y lo hace bajo el siguiente tenor: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

cuando omite realizar aquello que es necesario para la debida administración de los bienes de la sociedad⁵⁹. Se trata de una acción u omisión que no debe guardar coherencia con el interés familiar, "que es la finalidad institucional y la función social en razón de la cual se han reconocido las respectivas facultades"⁶⁰.

ii) La actuación dolosa. Se da lugar a este supuesto, a decir de la doctrina predominante, cuando uno de los cónyuges realiza actos de administración o de disposición patrimonial que entrañan fraude, grave daño o peligro para los derechos del otro o de la sociedad conyugal; que ocasionan el deterioro, pérdida o destrucción de los bienes propios del otro o de los bienes de la sociedad; o, cuando se incumple reiteradamente el deber de informar los rendimientos de la administración unilateral que se le ha confiado⁶¹.

iii) La actuación culposa. Esta se presenta cuando uno de los cónyuges, con su negligente administración, pone en peligro o causa la pérdida de los bienes propios del otro o de los bienes sociales.

Con relación a los dos últimos supuestos de aplicación de la norma, la jurisprudencia ha señalado algunas notas para distinguir el dolo y la culpa en la actuación del cónyuge. Así, según pronunciamiento de la Corte Suprema en la sentencia Cas. N° 2148-2001-Cajamarca, 12 noviembre 2001⁶²: "[P]or dolo debe entenderse el accionar deliberado de uno de los cónyuges en perjuicio del otro, lo que puede traslucirse, entre otros, en el aprovechamiento de los bienes sociales que se encuentran a su disposición para su propio beneficio; del mismo modo, por culpa debe entenderse aquel accionar negligente en [el] que el elemento común al igual que el dolo, es el perjuicio que se causa al otro cónyuge, derivado de una conducta negligente, como puede ser la dilapidación de los bienes sociales".

Para una mejor delimitación de la materia, se ha establecido también en la jurisprudencia que los supuestos previstos por el art. 329 CC per. no se prueban con la existencia de un proceso de alimentos ni con los supuestos maltratos que el demandado hubiera podido propinar a su cónyuge. Su viabilidad probatoria ha sido directamente excluida conforme al siguiente criterio judicial que suele ser reiterado por la doctrina académica: "[E]l régimen de separación de patrimonios opera a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden sobre los inmuebles que conforman el patrimonio conyugal o cuando el emplazado actúa con dolo o culpa; dichas exigencias legales que contiene

59 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186.

60 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186. Sobre el interés familiar como pauta de actuación de los cónyuges en la gestión de los bienes matrimoniales, vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 51.

61 Cfr. PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial", cit., p. 186; y, VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 275.

62 Compilada por CARRANZA ÁLVAREZ, C.: *Jurisprudencia civil*, cit., p. 6644.

el artículo trescientos veintinueve del Código civil no se prueban con la existencia de un juicio de alimentos ni con los supuestos maltratos, que el demandado infería a su esposa, maltratos que pueden dar lugar al divorcio por sevicia, pero no a una separación de patrimonios⁶³. Cualquier medio probatorio que guardara una mínima relación con estos sucesos, podría ser también cuestionado con las herramientas procesales que el ordenamiento pone a disposición de las partes, para evitar así su inoficiosa actuación en el proceso.

De quedar judicialmente sustituido el régimen patrimonial, debe tenerse presente que tanto la sentencia que determina el nuevo régimen, que es uno de separación de patrimonios, como las medidas cautelares que se tengan por convenientes en el proceso, deberán ser inscritas en el Registro Personal para que surtan efectos frente a terceros, aunque tal régimen dado por el juez será eficaz entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda, de acuerdo con lo previsto en el art. 329 CC per.

No está de más indicar que la sustitución del régimen patrimonial también puede producirse por la vía legal. La sustitución del régimen de sociedad de gananciales operará, de pleno derecho, con la declaración de inicio de procedimiento concursal de uno de los cónyuges, según lo dispuesto en el art. 330 CC per. El régimen de sociedad de gananciales también queda sustituido *ipso iure* por el de separación de patrimonios, cuando se produce la separación de cuerpos o se declara judicialmente la ausencia de uno de los cónyuges; ello, en aplicación del art. 319 CC per: regulador del "Fin de la sociedad". Se considera a estos dos últimos casos como formas de sustitución legal porque al producirse tales no se extingue con ellos el vínculo conyugal sino que finaliza el régimen de gananciales para dar paso a uno de bienes separados⁶⁴.

V. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN SUPLETORIO EN PERÚ Y ESPAÑA.

Para estudiar el régimen legal supletorio aplicable en Derecho peruano es necesario volver la mirada a las reglas del art. 295 CC per. De acuerdo con esta norma, el principio que orienta la determinación del régimen matrimonial es el de libertad de elección que corresponde a los futuros cónyuges. Estos pueden optar por cualesquiera de los dos regímenes legalmente establecidos, aunque

63 Sentencia recaída en el Exp. N° 933-91-Lima, 24 julio 1991, compilada por TORRES VÁSQUEZ, A.: *Diccionario de jurisprudencia civil*, Grijley, Lima, 2008, p. 643. Esta misma jurisprudencia ha sido citada en el análisis normativo que, del art. 329 CC per., realiza PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución judicial del régimen. Artículo 329", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007, p. 333.

64 Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., pp. 278-282. Este autor aborda con mayor extensión cada uno de los supuestos en los que la sustitución del régimen patrimonial opera de pleno derecho.

sin posibilidad de introducir modificaciones en su contenido. Tampoco pueden diseñar un régimen económico propio, como sí es posible en los ordenamientos donde la ley los faculta a hacerlo. El sistema económico matrimonial peruano, como se puede concluir, no se encuentra organizado bajo un principio de libertad de regulación que permita a los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales.

Y aunque en Derecho peruano no sea posible otorgar capitulaciones matrimoniales, resulta especialmente interesante qué son y para qué pueden estipularlas los cónyuges en los ordenamientos donde sí son admitidas. En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, dichas capitulaciones “no son cualesquiera acuerdos de los cónyuges relativos al matrimonio, antes o después de su celebración. En sentido estricto, las capitulaciones matrimoniales se acuerdan para regular, con mayor o menor extensión, aspectos relacionados con la economía conyugal: reglas que van a regirla, aportaciones de los cónyuges o terceras personas a fin de hacer frente a las cargas del matrimonio, etc.”⁶⁵. Dichas capitulaciones suponen un mayor ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges -o futuros cónyuges, dependiendo del momento en que se estipulen- para determinar el régimen económico que regirá su matrimonio.

La facultad de pactar en capitulaciones se sustenta en el principio de libertad de regulación. Y como apuntan Díez-PICAZO y GULLÓN, este principio, también conocido como principio de libertad de estipulación, “constituye una aplicación particular del principio general de autonomía privada”⁶⁶ en materia económico matrimonial. Pero tal facultad de capitular atribuida a los cónyuges estará sujeta a ciertos límites, constituyéndose precisamente en uno de estos el principio constitucional de igualdad. La función de este cardinal principio es impedir todo pacto que consagre una desigualdad radical e irrevocable entre los cónyuges, o que entrañe un desequilibrio excesivo e irrevocable en sus posibilidades de actuación eficaz⁶⁷.

La pertinencia de traer a colación el tema de las capitulaciones reside en la estrecha relación que estas guardan con la operatividad del régimen legal supletorio en los ordenamientos en que son admitidas. La falta de capitulaciones dirigidas a la elección de un régimen concreto⁶⁸ -para las que se exige, por lo general, una forma *ad solemnitatem* o constitutiva⁶⁹- posibilita poner en marcha

65 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 240.

66 Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., p. 138.

67 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., pp. 243-244.

68 Para ampliar el estudio sobre la repercusión que puede tener la falta de capitulaciones matrimoniales en la determinación del régimen económico, vid. MONFORT FERRERO, M. J.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., pp. 821-823.

69 El art. 1.327 CC esp. prescribe: “Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”. Las capitulaciones no son válidas si no constan en escritura pública. De ahí que se trate de una exigencia *ad*

un sistema de supletoriedades⁷⁰, que tiene unas características propias y distintas a las de aquellos órdenes jurídicos, como el peruano, que están diseñados para la mera elección entre regímenes legalmente establecidos y en los que el régimen supletorio operará automáticamente ante la falta de elección expresa de un régimen en particular.

En Derecho español se prevé la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales⁷¹. De acuerdo con el art. 1.315 CC esp., “el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”. Precepto que se complementa con lo dispuesto en el art. 1.316 CC esp., conforme al cual, “a falta de capitulaciones, o si estas son ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”. El régimen legal supletorio aplicable en el Derecho español común es, según se ha previsto, el régimen de sociedad de gananciales, y lo es, además, como régimen supletorio de primer grado⁷².

La observación anotada es fundamental por cuanto el CC esp. establece, al mismo tiempo, un régimen legal supletorio de segundo grado para aquellos matrimonios cuyos cónyuges no hubiesen pactado un régimen determinado, pero sí acordaron la expresa exclusión del régimen de gananciales. En este escenario no les sería aplicable este último régimen ni tampoco el de participación⁷³ -también previsto en el CC esp.-, cuya aplicación precisaría de la voluntad expresa de los cónyuges. Y si además no se ha pactado ningún otro régimen atípico, el matrimonio quedará entonces sometido al régimen de separación de bienes⁷⁴

solemnitatem o constitutiva. Sobre la forma y tiempo de las capitulaciones matrimoniales, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 241.

- 70 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia*, cit., p. 73, señala que el régimen supletorio, también llamado incidental, es aquel fijado *ope legis* y opera en función del sistema adoptado por cada ordenamiento. Este régimen supletorio, según lo esquematizado por el mismo autor, puede ser de dos tipos: de primer grado, que opera a falta de voluntad expresa de los contrayentes; y, de segundo grado, que opera cuando los contrayentes expresan su voluntad de no sujetar su matrimonio al régimen supletorio de primer grado.
- 71 Existe abundantísima bibliografía sobre el tema. Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., pp. 133-147; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho*, cit., pp. 148-156; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., pp. 239-246; y, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: “El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales”, en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002, pp. 145-162.
- 72 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 225; LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial*, cit., p. 133; y, MONJE BALMASEDA, O.: “Sistemas de organización”, cit., pp. 129-132.
- 73 PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: “Los regímenes de separación y de participación. El régimen de participación”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, p. 303, explica que se trata de un régimen económico matrimonial de carácter convencional que apenas ha tenido aplicación práctica en el Derecho español. Señala, además, que el régimen de participación tiene características similares al de separación, pero con la particularidad de que, una vez extinguido, a cada cónyuge le asiste el derecho a participar en las ganancias que hubiera obtenido el otro durante el tiempo en que tal régimen estuvo vigente.
- 74 Un desarrollo claro y sucinto de este régimen aparece en DE PABLO CONTRERAS, P.: “Los regímenes de separación y de participación. El régimen de separación de bienes”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016, pp. 295-303.

como régimen supletorio de segundo grado⁷⁵. Esto, conforme art. 1.435.2° CC esp., cuyo tenor apunta que “existirá entre los cónyuges separación de bienes: 2° Cuando (...) hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no registrará entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes”⁷⁶.

El Derecho matrimonial peruano ha previsto la figura del régimen legal supletorio, pero no siguiendo un sistema de supletoriedades de primer y segundo orden como el recogido en Derecho español. No obstante, en algo sí coinciden ambos ordenamientos: la sociedad de gananciales operará como régimen supletorio, con la particularidad de que en el CC esp. se trata de un régimen de primer grado (salvo que se excluya expresamente su aplicación), como antes se ha podido ver. En cambio, en el CC per. la sociedad de gananciales opera directamente como régimen supletorio cuando los cónyuges no se adhieren en forma expresa a la separación de patrimonios o cuando resulte inválido el convenio en que hicieron constar esta elección, conforme a las reglas previstas en el art. 295 CC per. En este último Derecho, los cónyuges no tienen la opción de alterar el régimen legal supletorio que ha de operar a falta de elección expresa entre uno de los dos regímenes predeterminados.

Pero, ¿cómo funciona específicamente este sistema de supletoriedad del régimen legal en el Derecho peruano? El art. 295 CC per., que antes se ha tenido ocasión de analizar, establece un procedimiento solemne para que los futuros cónyuges elijan el régimen de separación de patrimonios, sancionando con nulidad la inobservancia de la forma prescrita para tal fin. Los contrayentes no están obligados a seguir esta formalidad cuando deseen someter su matrimonio a una sociedad de gananciales, pues aquella solo es necesaria para la configuración de una separación de patrimonios: “si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de

75 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La economía del matrimonio”, cit., p. 225; y, MONFORT FERRERO, M. J.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., pp. 823-824.

76 A lo anotado, MONFORT FERRERO, M. J.: “Del régimen económico matrimonial”, cit., pp. 823-824, agrega que el régimen de separación de bienes igualmente funciona como supletorio de segundo grado cuando se extingue, constante el matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, al no haber otorgado los cónyuges nuevas capitulaciones que señalen un nuevo régimen económico —conforme a lo previsto por el art. 1.435.3° CC esp.: “existirá entre los cónyuges separación de bienes: 3° Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto”—. Así mismo, señala que la separación de bienes tendrá aplicación cuando se extinga la sociedad de gananciales por embargo del patrimonio ganancial por deudas privativas de uno de los cónyuges —como lo establece el art. 1.373 CC esp.: “Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal”—.

nulidad” y “para que surta efecto [dicha escritura] debe inscribirse en el registro personal”.

Dicha formalidad constituye un aspecto básico del sistema peruano de supletoriedad legal del régimen patrimonial, pues es en torno a dicha formalidad que se establece una presunción *iuris et de iure* que permite operar al régimen de gananciales como régimen supletorio, y conforme a esta medida, a falta de escritura pública de separación de patrimonios se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. El régimen supletorio se basa, entonces, en una presunción de pleno derecho⁷⁷, que se activa ante la falta de voluntad expresa de los contrayentes o futuros cónyuges, como ya se ha visto más arriba con mayor detalle. Del mismo modo, el régimen de gananciales tendrá una aplicación supletoria cuando, pese a haber elegido los cónyuges un modelo de bienes separados, el convenio matrimonial donde esto se hubiese pactado fuera nulo o declarada posteriormente su nulidad por un defecto de forma o de fondo.

Como se acaba de ver, a diferencia de España, el sistema económico matrimonial que opera en Perú contiene reglas restrictivas de la autonomía privada de los cónyuges. Lo cual responde, a su vez, a una afincada y tradicional forma de entender la contratación entre cónyuges, pues estos llevan impuesto un impedimento de pactar respecto de los bienes de la sociedad (art. 312 CC per.) -que ha sido interpretado sin los matices adecuados-⁷⁸, y en cuya virtud, precisamente, resulta inadmisibles las capitulaciones matrimoniales. He aquí la razón por la que el sistema económico matrimonial peruano es, conforme a la tipología general, uno de corte convencional de libertad restringida, como antes hemos visto. La propia estructura sistemática del CC per. se opone a una taxonomía de libertad absoluta.

77 Vid. TUESTA SILVA, W.: *Código Civil comentado*, cit., p. 185.

78 Cfr. SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: “Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano”, *Rev. Boliv. de Derecho*, 2020, núm. 29, pp. 494-497.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LLANOS, B.: *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, tomo IV, Bosch, 4ª ed., Barcelona, 1998.

ALFARO PINILLOS, R.: *Diccionario práctico de Derecho civil y Derecho procesal civil*, tomo II, Motivensa, Lima, 2014.

AVENDAÑO VALDEZ, J.: "Los bienes en el matrimonio", en AA.VV.: *La Familia en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

BASSET, U. C. et al.: "Tomo III. Artículos 401 a 723. Relaciones de Familia", en AA.VV.: *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético* (dir. por J. H. ALTERINI), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

BASSET, U. C.: *La calificación de bienes en la sociedad conyugal: principios, reglas, criterios y supuestos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

CARRANZA ÁLVAREZ, C.: *Jurisprudencia civil*, tomo I, Normas Legales, Trujillo, 2002.

CASTRO PÉREZ TREVIÑO, O. M.: "La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales", *Revista Institucional. Academia de la Magistratura*, núm. 9, 2010.

CORNEJO CHÁVEZ, H.: *Derecho familiar peruano*, tomo I, Studium, 8ª ed., Lima, 1991.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Los regímenes de separación y de participación. El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003.

FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, A. y ROVEDA, E. G.: *Régimen de bienes del matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. y RAGA SASTRE, N.: "Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia. Los regímenes económicos matrimoniales (I)* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), vol. III, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

GUTIÉRREZ BARRENGO, A.: "El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales", en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002.

GUTIÉRREZ CAMACHO, W. y REBAZA GONZÁLEZ, A.: "Definición de matrimonio e igualdad de los cónyuges", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

IBERICO CASTAÑEDA, L. F. et al.: *El Código civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2000.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R.: "Liquidación del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), t. II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2010.

LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho*, Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2006.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

MONFORT FERRERO, M. J.: "Del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Código civil comentado. Libro IV: De las obligaciones y contratos* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al.), vol. III, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2011.

MONJE BALMASEDA, O.: "Sistemas de organización de la economía conyugal", en AA.VV.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002.

PARRA BENÍTEZ, J.: *Manual de Derecho civil*, Temis, 4ª ed., Bogotá, 2002.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: "Los regímenes de separación y de participación. El régimen de participación", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Edisofer, 5ª ed., Madrid, 2016.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Elección y formalidades del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución del régimen patrimonial por decisión judicial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución judicial del régimen. Artículo 329", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Sustitución voluntaria del régimen patrimonial", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)* (dir. por W. GUTIÉRREZ CAMACHO), tomo II, Gaceta Jurídica, 2ª ed., Lima, 2007.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020.

TORRES VÁSQUEZ, A.: *Diccionario de jurisprudencia civil*, Grijley, Lima, 2008.

TUESTA SILVA, W.: *Código Civil comentado*, Grijley, 2ª ed., Lima, 2001.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*, tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

