



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO**



MAESTRIA EN DERECHO

**“La separación de patrimonios en las uniones
de hecho”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y
COMERCIAL**

AUTOR:

ABOG. Ramos Hernández, Wilson

**LAMBAYEQUE – PERÚ
2018**

LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS EN LAS UNIONES DE HECHO

Abog. Ramos Hernández, Wilson
AUTOR

Dr. Hernández Canelo, Rafael
ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

APROBADO POR:

DR. ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS
PRESIDENTE DEL JURADO

Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ
SECRETARIO DEL JURADO

Mg. MARIANO LARREA CHUCAS
VOCAL DEL JURADO

Lambayeque, 13 de abril del 2018

DEDICATORIA:

A mi madre Auria Julia Hernández Canelo y a mi tío Rafael Hernández Canelo, por haber formado nuestra personalidad y generar cada día conocimientos nuevos, inspirados en la justicia y la equidad, que son practicados en la vida. I

AGRADECIMIENTO

A los profesores de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo que contribuyeron a mi formación a través de sus experiencias académicas y a mi asesor por la paciencia y logística en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

ÍNDICE

Hoja de presentación de tesis	1
Dedicatoria.	3
Agradecimiento.	4
Índice.	5
Resumen.	11
Abstract.	13
Introducción.	15

CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. Planteamiento del problema	19
2. Formulación del problema.	20
3. Justificación e importancia del estudio.	20
4. Objetivos.	23
4.1. Objetivo General.	23
4.2. Objetivo Específico.	23
5. Hipótesis.	23
6. Variables.	23
6.1. Variable Independiente.	23
6.2. Variable Dependiente.	23
7. Métodos y Técnicas	24

CAPITULO II: UNIONES DE HECHO

1. Etimología.	28
2. Concepto.	29
3. Antecedentes históricos del concubinato.	31
a) Derecho romano.	32
b) Derecho germano.	36
c) Edad media.	37
d) Derecho canónico.	38
e) La edad moderna.	40
4. En el derecho nacional.	41
a) En el Código Civil de 1852.	41
b) En el Código Civil de 1936.	42
c) En el Código Civil de 1984.	43

5. Requisitos.	44
1. Heterosexualidad.	45
2. Voluntaria.	45
3. Singularidad.	45
4. Permanencia.	47
5. Estabilidad.	48
6. Notoriedad.	49
7. Ausencia de impedimentos matrimoniales.	50
8. Ausencia de formalidad.	51
6. Teorías regulatorias de la unión de hecho.	52
a) Teoría sancionadora.	53
b) Teoría abstencionista.	53
c) Teoría de la apariencia jurídica.	56
d) Teoría equiparadora.	59
e) Teoría proteccionista.	61
7. Principios del derecho de familia aplicables a las uniones de hecho.	62
8. La unión de hecho y la comunidad de bienes.	63
a) Aspectos generales.	63
b) Realidad social.	63
c) Regulación de la convivencia en el Código Civil.	66

CAPITULO III: LOS REGÍMENES PATRIMONIALES

1. Concepto de régimen patrimonial.	69
2. Los regímenes patrimoniales en el matrimonio.	72
2.1. Concepto del régimen económico matrimonial.	72
2.2. Algunas disposiciones generales expresas en el régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil.	74
a) El sistema de elección y variabilidad del régimen patrimonial.	74
b) La sociedad de gananciales como régimen legal supletorio.	76
2.3. Algunas disposiciones generales implícitas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil.	77
a) El interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio.	77
b) La igualdad jurídica de los cónyuges	79
3. Clasificación de los regímenes matrimoniales	80
3.1. Regímenes patrimoniales generales típicos:	80
a) Regímenes típicos de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido.	81
b) Régimen de unidad de bienes.	81
c) Régimen de unión de bienes.	81
d) Régimen de comunidad de bienes	82

d.1. Comunidad de bienes en la convivencia	83
d.2. Sociedad de bienes y patrimonio autónomo en el Perú	85
e) Régimen de participación.	86
3.2. Regímenes patrimoniales especiales típicos.	89
a) La dote.	89
b) Bienes de administración reservados a la mujer.	91
c) Régimen de sociedad de gananciales.	93
1. Antecedentes.	93
2. Concepto.	93
3. Naturaleza jurídica.	96
a) Es una persona jurídica.	96
b) Es una copropiedad o patrimonio común.	96
c) Es una sociedad sui generis.	97
d) En el Código Civil.	97
4. bienes propios.	98
4.1. Concepto.	98
4.2. Gestión de administración de bienes propios.	102
a) Facultad de administración.	102
b) Facultad de disposición o gravamen.	103
c) Deudas propias.	104
5. Bienes sociales.	106
5.1. Concepto.	106
5.2. Facultades de administración o disposición.	110
a) Facultad de administración.	110
b) Facultad de disposición o gravamen.	112
5.3. Deudas sociales.	116
6. Teoría del reembolso.	118
7. Fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales.	118
d) Régimen de separación de patrimonio.	120
1. Antecedentes.	120
2. Concepto.	122
3. Naturaleza Jurídica.	123
4. Requisitos.	125

CAPITULO IV: RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO (JUDICIAL Y NOTARIAL)

1. La prueba de la unión de hecho.	128
2. Reconocimiento judicial de la unión de hecho.	128
a) Objeto del reconocimiento judicial.	128
b) La naturaleza jurídica del reconocimiento judicial de la unión de hecho.	130

c) Proceso judicial.	132
d) ¿Qué plazo tiene el conviviente para demandar la declaración judicial de una unión de hecho?.	134
e) Probanza de la existencia de las uniones de hecho y la posesión constante de estado.	134
f) Efectos retroactivos del reconocimiento judicial de la unión de hecho	140
3. Reconocimiento notarial de la unión de hecho.	142
a) La naturaleza jurídica del reconocimiento notarial de la unión de hecho.	142
b) Requisitos.	143
c) Fecha cierta.	144
d) Criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados	146
e) ¿La unión de hecho reconocida notarial o judicialmente debe inscribirse tanto en el registro personal del domicilio de los convivientes como en el registro personal de la oficina registral en donde se encuentre la partida registral de los bienes inscritos de los convivientes?	147

CAPITULO V

LOS PACTOS CONVIVENCIALES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Uniones de hecho en España.	149
2. El concubinato en el Derecho francés.	161
2.1. Consideraciones Preliminares.	161
2.2. El Pacto Civil de Solidaridad.	163
A. Aspectos Generales del Pacto Civil de Solidaridad.	163
B. Regulación legal del Pacto Civil de Solidaridad.	
introducida por la ley del 15 de noviembre del 1999.	167
2.3. El concubinato.	168
A. Aspectos Generales.	168
B. Regulación legal del concubinato, introducida por la ley del 15 de noviembre de 1999.	170
3. El concubinato en Argentina.	174
4. Uniones estables en Brasil.	185
5. El concubinato en Chile.	186
6. El concubinato en Colombia.	187
7. El concubinato en Bolivia.	187
8. El concubinato en México.	188
9. El concubinato en Guatemala.	188
10. El concubinato en Cuba.	188
11. El concubinato en Panamá.	189

CAPITULO VI: POSIBILIDAD DE CAMBIO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES DE HECHO.

1.	Sobre el estado de familia y su relación con las teorías que explican la naturaleza jurídica del concubinato.	190
2.	El concubinato generador de familia en el Perú.	194
3.	Bienes que integran la comunidad de bienes del concubinato.	197
3.1.	Bienes propios.	197
3.2.	Bienes sociales.	198
4.	Posiciones doctrinarias sobre el cambio del régimen patrimonial.	200
5.	Pactos en las uniones de hecho.	202
5.1.	Concepto.	202
5.2.	Historia de los pactos – referencia al derecho español.	203
6.	Características.	206
7.	Tipos de pactos.	206
a)	Los pactos pre-convivenciales o pactos previos	207
b)	Los pactos que ordenan su convivencia.	209
c)	Los pactos en caso de ruptura	209
8.	Situación patrimonial de los bienes adquiridos durante la convivencia como problema jurídico en el derecho comparado.	210
8.1.	Modelos de regulación de los regímenes patrimoniales.	211
a)	Primer modelo: presunción de un determinado régimen patrimonial.	211
b)	Segundo modelo: regulación del régimen de bienes mediante pactos.	212
9.	Ámbito de regulación de los pactos en el Perú.	213
10.	Normas jurídicas que permitirán la admisión de pactos convivenciales.	220
10.1.	La Constitución Política del Perú de 1993.	220
10.2.	El Código Civil.	223
10.3.	Principio de autonomía de la voluntad.	228
11.	Límites de los pactos.	232
11.1.	Orden público.	232
11.2.	Buenas costumbres.	237
12.	La forma y eficacia de los pactos convivenciales.	239
13.	Contenido de los pactos.	242

CAPITULO VII ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS (HALLAZGOS Y ANÁLISIS)

I.	ANÁLISIS.	245
1.	Objetivo general.	245
	Hallazgo 1: de la legislación actual.	245

Hallazgo 2: validez de pactos para cambio de régimen patrimonial.	246
Hallazgo 3: los pactos como prueba del concubinato.	247
Hallazgo 4 : ventajas de los pactos que determinan el régimen patrimonial.	247
2. objetivo específico.-	247
Hallazgo 1: la publicidad de los pactos respecto a terceros.	248
II. DISCUSIÓN	248
- Conclusiones.	250
- Recomendaciones.	252
- Bibliografía.	253
- Linkografía.	257
- Anexos.	259

RESUMEN

La presente investigación denominada “La Separación de Patrimonios en las uniones de hecho”, trata de regular la posibilidad de elección de los concubinos sobre la clase de régimen patrimonial que deseen adoptar, mediante la aplicación de pactos o acuerdos convivenciales, en semejanza con las convenciones matrimoniales realizadas por los cónyuges (antes y durante el matrimonio), pues en la actualidad para las uniones de hecho solo existe un régimen forzoso exigido por ley, que es el de sociedad de bienes, que en la práctica es el de sociedad de gananciales, el cual se aplica en lo que fuera pertinente, acorde a la naturaleza de los actos jurídicos celebrados por los concubinos sobre disposición o gravamen de sus patrimonios.

Si bien es cierto, la figura jurídica del concubinato se encuentra ubicada dentro del derecho de familia, nuestra investigación también se enfocara en saberes jurídicos afines como son los derechos reales, contratos, obligaciones y registros públicos; a pesar de que las únicas normas que regulan el régimen patrimonial de las uniones de hecho se encuentran en la Constitución Política del Perú en su art. 5 y en el art. 326 del Código Civil, señalando el primero que se origina una comunidad de bienes y en el segundo una sociedad de bienes, precisando en ambos casos, que dicho régimen estará sujeto al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable; resaltando el Código Civil, como norma especial que regula las relaciones jurídicas privadas, que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Por lo tanto, el concubinato así como en el matrimonio, se derivan deberes y derechos personales y patrimoniales, tratando esta investigación sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la disposición patrimonial entre los propios concubinos y entre estos con terceros; proponiendo siempre que cualquier decisión basada en el principio de consensualismo, se encuentre orientada al *interés familiar* como principio rector en la gestión de los bienes.

Buscando una explicación del por qué antes, no se equiparaba las uniones de hecho al matrimonio, siendo que, la razón la encontraríamos en la propia ley, pues el Código Civil de 1984 ha sido redactado inspirado y acorde con la Constitución

Política del Perú de 1979, ya derogada, en la cual el matrimonio y familia aparecían vinculados; en cambio en la Constitución de 1993 estos dos institutos están desvinculados, en la primera la familia que se protegía era la de origen matrimonial y en la segunda, por el contrario, la familia protegida es aquella que nace de un matrimonio y de las uniones de hecho. Ello está demostrado, con los derechos y deberes que por igual ostentan los convivientes en similar condiciones con los cónyuges, conforme lo determina el artículo 326 del Código Civil y el artículo 5 de la Constitución, respecto a que las uniones de hecho deben estar destinadas a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Aparte de esta base legal, que nos logran convencer, de que los pactos convivenciales, que celebren los convivientes entre sí o con terceros, respecto a su patrimonio, serían lícitos porque no atentarían contra un *orden público, que es dinámico* -variable en el espacio y tiempo- ni las buenas costumbres. En este orden de ideas, los convivientes estarían facultados para celebrar el pacto de cambio de régimen patrimonial sobre sus bienes comunes que forman la comunidad de bienes al de separación de patrimonios.

ABSTRACT

The present investigation called "Separation of patrimonies in de facto unions", tries to regulate the possibility of choice of the common-law spouses about the kind of regime that wish to adopt, through the implementation of pacts or agreements residential, in similarity with the marital conventions carried out by spouses (before and during the marriage), as currently for marriages in fact only there is a forced regime demanded by law, which is the society's assets, which in practice It is the society of community property, which applies in what was relevant, according to the nature of the legal acts celebrated by the common-law spouses on disposal or encumbrance of their heritage.

While it is true, the legal figure of concubinage is located within family law, our research also focuses on legal knowledge related such as real rights, contracts, obligations and public records; While the only rules governing regime of joints in fact found in the Constitution politics of the Peru in its article 5 and in article 326 of the Civil Code, noting the first originating from a community of goods and the second a society goods, specifying in both cases, these arrangements will be subject to the regime of marital society insofar as applicable; highlighting the Civil Code, as a special rule governing private legal relations, that such union has lasted at least two continuous years.

Therefore, concubinage as well as marriage, property, and personal rights and duties are derived dealing this research on the legal consequences arising from asset disposal between the own common-law spouses and between them with third parties; proposing whenever any decision based on the principle of possibility, is oriented to family attractions as a guiding principle in the management of the assets

Looking for an explanation of the why before, not be equated joints in fact marriage, being that the reason it would be in the law itself, since the Civil Code of 1984 was written inspired and consistent with the policy of the Peru Constitution of 1979 now repealed, in which marriage and family appear linked; instead in the Constitution of 1993, these two institutes are detached, the first family that protected

him was that of double origin and in the second, on the contrary, protected family is that which is born of a marriage and de facto unions. This is shown, with the rights and duties that equally the cohabitants in similar conditions hold with spouses, as article 326 of the Civil Code and article 5 of the Constitution, is determined by that joint should in fact be intended to address the marriage-like duties. Apart from this legal basis, that manage us to convince that the convivenciales covenants, the cohabitants among themselves or with third parties, concluded with respect to its heritage, would be lawful because they not wields against public order, which is dynamic - variable in the space and time - or good manners. In this order of ideas, the cohabitants would be empowered to celebrate the Pact of change of regime on their common goods that form the community of goods to the separation of assets.

INTRODUCCIÓN

Ante esta evidente realidad problemática que presenta limitaciones en la elección del régimen patrimonial por los convivientes, ya que en la actualidad la ley, a través de una presunción legal, es la que determina cual va a ser el régimen patrimonial de las uniones de hecho *-con reconocimiento notarial o judicial y después de dos años-*, en perjuicio de la autonomía de la voluntad, imponiéndose a los intereses de los propios involucrados, a pesar de que eligen un proyecto de vida y la creación de una familia fuera del matrimonio, pero actuando dentro del orden público y buenas costumbres que el Estado y la sociedad reconocen. Ello, aunado a la escasa regulación legal de nuestro Código Civil, por regular solamente en un solo artículo, el régimen patrimonial de los convivientes, que es la comunidad de bienes, frente a ello propongo mediante *lege ferenda*, que se regulen legalmente los pactos convivenciales, como una forma alternativa de cambiar el régimen patrimonial de las uniones de hecho, específicamente los artículos 5 de la Constitución Política de 1993 y 326 del Código Civil.

Debemos reconocer que esta propuesta no es nueva, a nivel del derecho comparado; pero en el Perú, se enfrenta a una dogmática de la mayoría de autores “clásicos” de Derecho de Familia y jurisprudencia tradicional, negatoria de la posibilidad de celebrar acuerdos entre los concubinos para cambiar su régimen patrimonial, por ser este de carácter único y forzoso, siendo el de la *sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable*, pero que en la práctica es el de la sociedad de gananciales, adoptándose así, la “*tesis de la apariencia al estado matrimonial*”. La explicación que da el Tribunal Constitucional para fijar esta presunción legal, regulada en el art. 326 del Código Civil y art. 5 de la Constitución Política, de imponer a los concubinos un régimen patrimonial similar a la sociedad de gananciales, es con el fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, siendo generalmente la mujer la afectada, pues el conviviente varón por lo general, solía adquirir a nombre propio, bienes obtenidos con el esfuerzo de ambos y luego de un tiempo abandonaba a su pareja adjudicándose los bienes comunes, sin proceder a partirlos, ni a subdividirlos con su ex pareja (Sentencia T.C. Exp. N° 06572-2006-PA/TC Fundamento 12). Entonces, con la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho

pertenece a los dos convivientes y en caso de extinción los bienes se puedan repartir equitativamente.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional en la Sentencia TC N° 09708-2006-PA, que a nuestro entender constituye un hito en el cambio de valoración y reconocimiento a las uniones de hecho, por el cambio de criterio, al adoptar la “*tesis de la equiparación al matrimonio*”, pues en esta sentencia, se reconoce el derecho de pensión de viudez al conviviente supérstite, reconociéndole el derecho hereditario, que antes no había existido y por ende la convivencia produce efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia; prueba de dicha importancia de esta jurisprudencia, es que luego dicho criterio fue incorporado mediante la Ley N° 30007 de 17/04/2013 al último párrafo del artículo 326 del Código Civil.

Buscando una explicación del por qué antes, no se equiparaba las uniones de hecho al matrimonio, siendo que, la razón la encontraríamos en la propia ley, pues el Código Civil de 1984 ha sido redactado inspirado y acorde con la Constitución Política del Perú de 1979, ya derogada, en la cual el matrimonio y familia aparecían vinculados; en cambio en la Constitución de 1993 estos dos institutos están desvinculados, en la primera la familia que se protegía era la de origen matrimonial y en la segunda, por el contrario, la familia protegida es aquella que nace de un matrimonio y de las uniones de hecho. Ello está demostrado, con los derechos y deberes que por igual ostentan los convivientes en similar condiciones con los cónyuges, conforme lo determina el artículo 326 del Código Civil y el artículo 5 de la Constitución, respecto a que las uniones de hecho deben estar destinadas a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Aparte de esta base legal, que nos logran convencer, de que los pactos convivenciales, que celebren los convivientes entre sí o con terceros, respecto a su patrimonio, serían lícitos porque no atentarían contra un *orden público, que es dinámico* -variable en el espacio y tiempo- ni las buenas costumbres; también es necesario considerar el *principio de interpretación dinámica de los derechos fundamentales*, contenido en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, que el Perú ha ratificado en el año de 1988, como por ejemplo el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); habiendo que diferenciar aquellos tratados, también ratificados por el Perú, vigentes al momento de redactar la Constitución de 1979, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 16, vincula a la familia con el matrimonio, debiendo de tener vigencia el tratado con fecha reciente, es decir, la norma posterior prima sobre la anterior, configurándose el principio, conocido también como *lex posterior derogat legi priori*, que resuelve los conflictos normativos en el Derecho Internacional Público. En consecuencia, se puede apreciar que los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema regional interamericano se advierte una desvinculación entre familia y matrimonio, como el

artículo VI de la Declaración Americana de derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Hay que resaltar, que en nuestro ordenamiento jurídico peruano, la equiparación del matrimonio a las uniones de hecho, no será absoluta, pues los mecanismos que prevé la ley para acceder a los efectos personales y patrimoniales de uno y otro estado familiar, no son iguales, como por ejemplo en el momento de adquirir la calidad de heredero. Sin embargo, nuestra investigación se enfoca en la posibilidad de crear pactos convivenciales para realizar un cambio de régimen patrimonial de los bienes comunes sujetos a la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, durante la relación convivencial, al igual que las convenciones matrimoniales. Esta asimilación, convertiría en lícitos los acuerdos convivenciales, proponemos que también se utilice la *analogía legis* de las convenciones matrimoniales, que tiene como punto de apoyo el principio del derecho privado en su modalidad de la autonomía de la voluntad, como fuentes integradoras del Derecho.

En el desarrollo de la presente investigación se ha podido descubrir, como se ha mencionado, que en la actualidad se está aplicando de manera incorrecta la figura de la analogía, como fuente integradora del ordenamiento jurídico, ante las lagunas existentes, dejadas por la comunidad de bienes como régimen de las uniones de hecho; pues, según la doctrinaria mayoritaria peruana, no es pertinente el cambio del régimen patrimonial, porque este es único y forzoso y como tal de orden público. Sin embargo, se advierte que en la legislación del Código Civil y la Constitución Política de 1993, no existe ninguna norma que regule o prohíba los pactos convivenciales; además de estar desnaturalizando la aplicación de la analogía, porque si bien es cierto se aplica la sociedad de gananciales del matrimonio en cuanto le fuere aplicable a la sociedad de bienes del concubinato, la jurisprudencia no acepta que se cambie de régimen patrimonial, restringiendo así, los derechos de los convivientes, circunstancia que está prohibida en la aplicación analógica de la ley -*analogía legis*-, corroborada en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

De esta manera la analogía, se aplicara, siempre y cuando se trate de normas que no restrinjan derechos de los convivientes, como es el caso del orden público y las buenas costumbres, y como estos son dinámicos, por estar en constante cambio, plenamente reconocidos en los tratados del sistema interamericano de derechos humanos, no serían nulos, pues se les está permitiendo a los propios concubinos autorregular sus relaciones patrimoniales, quienes conocen sus propios intereses y de manera consciente se han apartado de la celebración de un contrato matrimonial, y por ende de querer someterse al régimen de sociedad de gananciales, pero que paradójicamente, mediante una presunción legal, se impone en la practica la misma sociedad de gananciales. También se denota una falta de diferencia dogmática y normativa entre los términos comunidad de bienes y sociedad de gananciales, que

muchas veces son considerados como sinónimos desde que sus consecuencias jurídicas son similares.

Par el desarrollo de la tesis se ha dividido del modo siguiente:

Capítulo I: Análisis del objeto de estudio; que comprende el planteamiento y formulación del problema, la justificación e importancia del estudio, objetivos, hipótesis con sus variables y por ultimo métodos y técnicas empleados.

Capítulo II: Uniones de hecho; se ha descrito la etimología, concepto, antecedentes históricos del concubinato en el derecho romano, germano, edad media, derecho canónico y la edad moderna; las uniones de hecho en los códigos civiles peruanos, requisitos, las teorías de las uniones de hecho, principios del derecho de familia aplicables a las uniones de hecho, la unión de hecho y la comunidad de bienes, entre otros.

Capítulo III: Los regímenes patrimoniales; se ha dado el concepto de régimen patrimonial, en el matrimonio, que comprende el régimen de sociedad de gananciales, y otros; así como el régimen de la comunidad de bienes en la convivencia, los regímenes patrimoniales especiales típicos, los bienes propios y los bienes sociales, por último el régimen de separación de patrimonios.

Capítulo IV: Reconocimiento de las uniones de hecho (judicial y notarial); integrado por la prueba y reconocimiento judicial de la unión de hecho en forma detallada, y el reconocimiento notarial de la unión de hecho, especificando, el procedimiento.

Capítulo V: Los pactos convivenciales en la legislación comparada; en este capítulo se ha recurrido a los códigos y leyes extranjeras que tratan del concubinato y pactos sobre la materia, en la legislación de España, Francia, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Bolivia México, Guatemala, Cuba y Panamá, que sirven para ampliar nuestro conocimiento, sobre la admisión de los acuerdos convivenciales utilizando el método comparativo.

Capítulo VI: Posibilidad de cambio del régimen patrimonial de las uniones de hecho; el capítulo estudia las teorías que explican la naturaleza jurídica del concubinato generador en la familia peruana, la comunidad de bienes del concubinato, las posiciones doctrinarias sobre el cambio del régimen patrimonial de comunidad de bienes de las uniones de hecho que se sujeta a la sociedad de gananciales y la posibilidad del cambio a la separación de patrimonios del matrimonio, el concepto, historia, características, tipos, límites de los pactos convivenciales y las normas jurídicas que permitirían la posibilidad de la admisión de los pactos en el Perú, según el ordenamiento jurídico.

Con la realización del presente trabajo se busca contribuir al mejoramiento del ordenamiento jurídico en lo referente a la protección de la familia extramatrimonial y de sus bienes, siendo necesario que los legisladores regulen con mayor amplitud la institución de las uniones de hecho en el Código Civil,

especialmente en el régimen patrimonial de separación de patrimonios, incluyéndose los pactos convivenciales sobre separación de patrimonios.

CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El régimen patrimonial del concubinato (sociedad de bienes, sujeta al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable), se manifiesta en las principales tendencias jurisprudenciales en el ámbito registral como judicial, por ejemplo el criterio registral por el que se precisa que la comunidad de bienes es el único y forzoso régimen patrimonial que se origina en las uniones de hecho propias (Resolución N° 343-98-ORLC/TR) y el criterio judicial por el cual no se puede oponer al adquirente de buena fe y a título oneroso el carácter común que revistan los bienes que aparezcan registrados como pertenecientes a uno solo de los convivientes.

En este sentido, haciendo una comparación con los regímenes patrimoniales del matrimonio, nuestro Código Civil reconoce dos regímenes patrimoniales: Sociedad de Gananciales y Separación de Patrimonios; así mismo se faculta a los contrayentes (antes de la celebración del matrimonio) y a los cónyuges (después de celebrado) a optar por cualquiera de los regímenes, elección que para ser oponible a terceros deberá ser inscrito en el correspondiente Registro Personal del Registro de Personas Naturales (arts. 295 y 296 del C.C.); en cambio, tratándose de la unión de hecho que reúna los requisitos legales -concubinato propio- el régimen aplicable, por imperio de la ley será el de sociedad de bienes, que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Se debe señalar que la posibilidad de sustituir un régimen patrimonial por otro, sólo se presenta en el matrimonio, en los siguientes casos: por voluntad de los interesados antes de contraer matrimonio, la constitución voluntaria del régimen patrimonial durante el matrimonio prevista en el art. 296, por decisión judicial cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa, y por la declaración de quiebra de uno de los cónyuges establecida en el art. 330; de lo que se colige que el régimen de separación de patrimonios constituye la excepción y está prevista sólo para las sociedades conyugales.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, no procede admitir la variación de régimen patrimonial de los concubinos, pues, según los arts. 295 y 296 del C.C., sólo pueden optar por estas dos opciones quienes van a contraer matrimonio o los que habiéndolo contraído quieren cambiarlo por otro; esto es que, sólo los casados y los contrayentes se encuentran en los supuestos de las normas sobre régimen patrimonial. En consecuencia, la normatividad civil niega el cambio del régimen

patrimonial en las uniones de hecho.

En la actualidad, la unión de hecho sólo genera una comunidad o sociedad de bienes, que se rige en principio por las reglas de la copropiedad (antes de haberse cumplido dos años continuos) y luego resultan aplicables las reglas de la sociedad de gananciales en todo aquello que sea compatible con su naturaleza, constituyéndose un régimen patrimonial forzoso y único establecido por ley, previo a ello se debe reconocer judicialmente la unión de hecho; donde tampoco podría variarse el régimen de comunidad de bienes por el de separación de patrimonios, ello en concordancia con la “Teoría de la apariencia del Estado Matrimonial”, recogida en nuestro código sustantivo.

2. FORMULACIÓN DE PROBLEMA:

¿Es factible que el concubino pueda realizar una separación de bienes comunes sujetos al régimen de sociedad de gananciales a uno de separación de patrimonios durante la relación convivencial?

3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La justificación de la presente investigación está acorde con el incremento en nuestra sociedad de las parejas convivientes, determinándose el grado de impacto a nivel nacional, conforme lo corrobora la información estadística del INEI que revela un aumento constante del concubinato hasta la actualidad; por lo que, se consolida la trascendencia social de la presente investigación, además de meritarse el estado cultural y económico de cada persona, en el ejercicio de las uniones de hecho, acordes acordes con el cumplimiento de sus fuentes del derecho, ya sean leyes escritas o consuetudinarias, que rigen en el Estado peruano. Siendo así, la información demográfica sobre el estado civil es importante en esta investigación, cuyas características constituyen un indicador básico en la fecundidad y en la estabilidad familiar.

En este sentido, se ha tomado información estadística del último Censo, realizado el 2007, identificándose cinco categorías del estado civil o conyugal: conviviente, separado, casado, viudo, divorciado y soltero, La población censada de 12 y más años de edad, se observó cambios muy significativos en los períodos intercensales, habiéndose incrementado progresivamente el número de convivientes al pasar de 1 millón 336 mil 326 (12,0%) en el año 1981 a 2 millones 488 mil 779 (16,3%) en 1993 y 5 millones 124 mil 925 (24,6%) en el 2007; mientras que el porcentaje de casados ha disminuido en forma acentuada, al pasar de 38,4% en el año 1981 a 28,6% en el año 2007.

Las causas de los cambios en el comportamiento del estado civil o conyugal en las últimas décadas, pueden estar asociados a los nuevos roles de la sociedad en

su conjunto, y sobre todo, a que cada vez existe mayor participación de la población femenina en la actividad laboral, así como también por el incremento del nivel educativo.

La trascendencia del presente trabajo tienen un efecto de orden social y jurídico que regulando este último, podremos cambiar una situación sui generis del concubinato, cual es la prohibición que señala el Código Civil de 1984 de modificar el Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales por el de Separación de Patrimonios transcurridos más de dos años continuos de la unión de hecho, establecido en su art. 326, situación legal que no está acorde con los demás enunciados del propio artículo, al realizar una interpretación sistemática, como por ejemplo: “las uniones de hecho persiguen alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio”, asimismo la unión de hecho está reconocido en el art. 5 de la Constitución Política del Perú de 1993, estableciendo que esta unión debe ser estable y debe darse entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Originando obligaciones patrimoniales y no patrimoniales reconocidos por ley.

De tal suerte que al ser el matrimonio la institución jurídica tipo, donde si se puede realizar la modificación de un régimen patrimonial a otro; resulta contradictorio, como en el concubinato el cual se inspira en aquel, no se pueda realizar; se propone entonces la creación de pactos o acuerdos elevados a escritura pública entre los convivientes por más de dos años continuos, además de la creación de Registros de Uniones de Hecho Municipales en los departamentos del país que tendrán efectos declarativos sobre la creación, modificación o extinción de estas, constituyendo prueba escrita para los distintos procesos judiciales como paternidad extramatrimonial, alimentos, indemnización y las relaciones patrimoniales de los concubinos con terceros.

Como antecedentes legales de debe señalar que en el art. 9 de la Constitución de 1979, le dio por primera vez, reconocimiento constitucional al concubinato, dando lugar dicha unión a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable, que surge a del régimen patrimonial del matrimonio; sin embargo, la referencia a este tratamiento, se señala hoy en día que es insuficiente, si consideramos que el concubinato es un perfecto hogar de hecho como lo es el hogar que nace a propósito del matrimonio, pues del texto constitucional y legal (art. 326 del C.C.) se concluye que no estamos ante una apariencia de familia, sino ante un estado de familia, que lo único que le falta es una sanción legal.

De otro lado, el Código Civil de 1936 no considero regímenes convencionales, sino por el contrario, impuso un régimen legal único, forzoso, refiriéndose sólo a la sociedad de gananciales.

Tratándose del concubinato, como hemos sostenido, se entiende que antes de los dos años, no habrá sociedad de gananciales, por lo tanto sólo en ese caso, el patrimonio adquirido conjuntamente debe ceñirse a las reglas de la copropiedad y superados los dos años forzosamente y por mandato constitucional, los bienes adquiridos son sociales y se ciñen en forma exclusiva, a la regla de la sociedad de gananciales.

La posición que plantea que el concubinato debe ser mantenida como una situación de hecho que no la compartimos y pensamos más bien que esta es una opción de vida que tenemos que respetar y no debemos imponer a las parejas concubinarias la formalidad del matrimonio, porque incluso estaríamos desnaturalizando la misma institución del matrimonio que se basa en la libertad de los contrayentes. Si un bien fue adquirido por uno solo de los convivientes, debe operar las reglas de los bienes propios, en otras palabras el bien pertenece al adquirente.

La consignación de imponer un régimen comunitario a los convivientes, obedeció, en términos generales a la difundida idea entre los constituyentes, de que los concubinos varones solían adquirir bienes comunes a su nombre y luego abandonar a la pareja sin dividir ni distribuir el patrimonio adquirido con el esfuerzo de ambos.

En la actualidad la crisis del matrimonio ha transformado a la familia, manifestando en la decadencia de su contenido institucional, disminuyendo el número de uniones legales en razón de las relaciones prácticas y simbólicas que los individuos mantienen con la institución familiar al tiempo de que se debilita el carácter sagrado de las formas cargadas de rituales en el matrimonio, ello responde a los cambios económicos, tecnológicos, demográficos y sociales. Una de las mayores evoluciones es el cambio de actitud de las mujeres con respecto a las formas de establecerse socialmente: el matrimonio ya no es la forma principal de establecimiento social para ellas, como lo era hace treinta años. Ahora aspiran a preservar su autonomía en la orientación de su trayectoria vital y profesional, existiendo rechazo al matrimonio debido a que de este se deriva la división tradicional de los roles sexuales¹.

En este sentido, las uniones matrimoniales sexuales y la reproducción han dejado de ser el único modelo; surge una “atipicidad” que viene dada por las múltiples relaciones que no se ajustan al modelo como ocurre, por ejemplo, con las uniones de hecho que incide en el concepto mismo de familia.

¹ TUBERT SILVA,; Introducción al volumen dedicado a familias y parejas: paradojas y nuevas opciones, en Revista de Occidente, Diciembre de 1997, N° 199, Madrid, pág. 7 en VEGA MERE, Yuri “ La ampliación del Concepto de Familia por Obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”, sitio web <http://es.scribd.com/doc/42725403/alimentos>, GOOGLE, 31 de marzo de 2011.

En lo referente a las consecuencias jurídicas y sociales de la investigación, podemos decir que a través de la creación de pactos convivenciales elevados a escritura pública e inscritos en el Registro Personal de Registros Públicos y en Registro de Uniones de Hecho Municipales, se podrá facilitar el tráfico jurídico patrimonial, otorgando seguridad jurídica a terceros de buena fe que contraten a título oneroso con cualquiera de los concubinos, evitándoles causar perjuicios económicos al tergiversar la titularidad de los bienes como propios o sociales.

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.

Proponer la *validez de pactos o acuerdos entre los convivientes* por más de dos años continuos para *cambiar* (al igual que en el matrimonio) de régimen patrimonial de sociedad de gananciales *por el de separación de patrimonios* y poder los concubinos disponer de los bienes comunes por estar ahora legislados dentro del régimen de sociedad de gananciales

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. Establecer la obligatoriedad de la inscripción del concubinato y de los pactos que determinan el régimen patrimonial en el Registro de Uniones de Hecho Municipal y/o en el Registro Personal de Registros Públicos, para generar seguridad jurídica en las relaciones económicas entre concubinos y terceros.
2. Establecer que las uniones de hecho generan una sociedad de gananciales similares a las del matrimonio, por lo tanto, también se puede constituir un régimen de separación de patrimonios cumpliendo con los requisitos y procedimientos del ordenamiento civil.
3. Proponer la ampliación de la regulación legal en el Código Civil, que regule el régimen patrimonial de separación de patrimonios en las uniones de hecho, así como la clase de concubinato, al que le es aplicable.

5. HIPÓTESIS.

Si es factible que el concubino pueda a través de pactos cambiar los bienes comunes del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, entonces otorgará seguridad jurídica a los contratos y procesos judiciales ente concubinos y terceros.

6. VARIABLES.

6.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.

Cambio del Régimen patrimonial de los concubinos

6.2. VARIABLE DEPENDIENTE.

7. MÉTODOS Y TÉCNICAS

7.1. MÉTODOS

Toda ciencia define su método en función de la naturaleza de su objeto de conocimiento. En la investigación jurídica, éste está integrado, por las fuentes formales del Derecho, es decir, por la ley, aplicada directamente, o indirectamente en el fenómeno de la analogía, los principios generales del derecho, la costumbre y el negocio jurídico.

Los métodos principales a emplearse serán los siguientes:

1. El Método de la Hermenéutica Jurídica.- Las normas jurídicas son, ónticamente consideradas, postulados que se explicitan en palabras, y que representan mandatos de deber ser. Por consiguiente, el método de aproximación a ellas se debe encaminar a desentrañar el significado de las palabras, y el sentido teleológico del mandato. Tal método constituye la hermenéutica jurídica, cuya finalidad es desentrañar el significado y el sentido de las fuentes formales del Derecho.

El Derecho es un producto cultural. El hombre a través del conocimiento tiene la posibilidad de trascender el mundo para adecuarlo a la satisfacción de sus propias necesidades, creando así cultura, cuando se refiere al mundo del espíritu, o civilización, cuando se refiere al mundo material. Casi todo lo que nos rodea hoy es parte de ese universo humanizado².

2 El Método de Análisis Histórico.- Este método parte de la idea que, todos los procesos y fenómenos sociales tiene su existencia en un determinado tiempo y espacio, pero a su vez tiene un pasado, un presente y una proyección en el futuro, vale decir, que se caracterizan por su dimensión histórica.

En cuanto al análisis histórico, en determinadas ocasiones el legislador y el investigador tiene necesariamente que recurrir a los distintos documentos históricos de una norma legal, en búsqueda de informaciones o antecedentes que pueden influir en la legislación actual.

3 El Método Inductivo.- El método inductivo consiste en que el investigador, a partir de la observancia de ciertos números de proposiciones, infiere o induce a la formulación de un principio general. Comienza con la observación de

² GIRALDO ÁNGEL. Jaime y Oswaldo Giraldo López: Metodología y técnica de la investigación Jurídica, 7ma. Ed., ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1996. pág. 215.

casos singulares para llegar a una ley universal. Su aplicación y desarrollo en el derecho tiene relevancia en todas las especialidades.

4 El Método Deductivo. - El método deductivo es una operación lógica que parte de principios admitidos comúnmente como ciertos o conocimientos de carácter general, a fin de inferir conclusiones particulares a partir de ellos. Es un proceso de carácter racional que pasa de una proposición a otras proposiciones, con el objetivo de llegar a una proposición límite que es la conclusión del proceso³

Consiste en descomponer formal e idealmente los hechos (tema) en busca de la causa. Se intenta sistematizar el material empírico, infiriendo rigurosa y sistemáticamente para la obtención de consecuencias posibles. Entendimiento comprensivo de las teorías, tiene implicancia en las ciencias del derecho.

El método deductivo se utiliza en todas las disciplinas científicas; pero es más apropiado al procedimiento que siguen las ciencias abstractas y racionales, por ejemplo la filosofía, la lógica, las matemáticas, las ciencias culturales; es decir, disciplinas que requieren pruebas formales y que no tengan directamente como objeto la experiencia, sino el desarrollo de conceptos y juicios, a partir de ciertas premisas; la inducción, por otro lado es el de la ciencias experimentales.⁴

5 El Método de Análisis.- La palabra *análisis*, de acuerdo con el sentido etimológico proviene del griego *análisis* y significa “desatar, desligar, deshacer, distinguir y separar las partes de un todo”.

El método de análisis consiste en una operación que se realiza con -el propósito de conocer los principios o elementos del objeto que se investiga, para examinar con detalle un problema. Al desintegrar o descomponer un todo en sus partes se nos posibilita el estudio, con mayor detenimiento, de cada uno de sus elementos, y la determinación de los tipos de relaciones que se establecen entre ellos y con respecto del todo. El conocimiento de la naturaleza de las partes o los elementos hace posible la comprensión de la esencia de un todo.

El procedimiento de este método consiste en una resolución, esto es, una actividad encaminada a transformar lo complejo en simple; por eso también se conoce como método de resolución o método resolutorio. El todo -del que se realiza un análisis- puede ser cualquier objeto, es decir, real, ideal o cultural. En otras palabras, es posible que sea de carácter material (por ejemplo, objetos del reino mineral) o de índole racional (como en el caso de las leyes, las hipótesis, las teorías, etc.), y por ello se clasifica en análisis empírico y análisis racional⁵.

³ RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo; *Metodología Jurídica*, 1ra. Edición, Oxford University Press México, S. A. de C.V., México, 2001, pg. 19.

⁴ RODRÍGUEZ CEPEDA, op. cit. pg. 19

⁵ RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo; op. cit., págs. 25 y 26.

6 Método de Síntesis.- Mediante este método se unen diversas representaciones y se constituye una totalidad única. Esto presupone el conocimiento de los aspectos y las relaciones básicas de las partes que integran tal unidad. Con una perspectiva de totalidad, de unidad podemos pasar de los constituyentes a lo constituido, de lo simple a lo compuesto. La síntesis, así como el análisis pueden versar tanto sobre objetos reales como ideales y culturales; es decir existen síntesis materiales (como las que realizan los físicos, los químicos y los biólogos) y síntesis racionales, que se efectúan con productos del pensamiento (como la de los psicólogos, sociólogos, historiadores y juristas por ejemplo).

Mediante este procedimiento no se busca la simple tarea de agregación de elementos, sino un complejo unitario que goce de nuevas cualidades, que se manifiestan precisamente por la combinación y conjugación de los componentes. Como ejemplos de síntesis racionales tenemos las leyes, las hipótesis, los principios y los conceptos universales, pues cada uno de éstos, incluye la organización de datos o elementos en una forma determinada

7. El Método Exegético.- El método exegético parte de la concepción filosófica de que el fin de la norma depende de la voluntad del legislador, a quien, dentro de la división de funciones entre las distintas ramas del poder público, le ha sido asignada la labor de definir las metas de la sociedad y regular las actuaciones de los asociados.

Su origen se remonta a los glosadores del derecho romano, quienes consideraban debían interpretarse según sus propias palabras. Su iniciador Irnerio (1100 d.C.), *se dedicó a comentar el Corpus Iuris de Justiniano* anotando en breves comentarios entre líneas que tenían por objeto explicar cada palabra y cada párrafo. En el siglo XIX el *Código Civil Francés* y el *Código Procesal Civil*, se enseñaban artículo por artículo haciendo comentarios, empleando éste método.

8 El método Sistemático.- Parte de la concepción filosófica según la cual el derecho considera un sistema y solamente bajo la perspectiva de entenderlo como tal puede el jurista aproximarse a su conocimiento, de tal manera que la norma debe ser comprendida como una parte de ese sistema y debe ser interpretada, para aplicarla a los casos concretos, teniendo en cuenta su funcionalidad dentro del mismo.

La misma concepción filosófica es adoptada por Kelsen con respecto a la comprensión del derecho, pues piensa él que este debe ser comprendido como un sistema si quiere ser pensado científicamente⁶.

7.2. TÉCNICAS QUE SE UTILIZARAN EN LA INVESTIGACIÓN

Como una de las cuestiones previas, precisa destacar la estrecha relación que existe entre métodos y técnicas de investigación social y/o jurídica, por cuanto los

⁶ GIRALDO ÁNGEL, Jaime y Oswaldo Giraldo López: op. cit., pág. 231 y 232.

primeros constituyen los procedimientos a seguir en la búsqueda de nuevos conocimientos científicos; y, las segundas, son los medios o instrumentos que se utilizan en la planificación de la investigación, la recopilación, selección, análisis e interpretación de los datos, empíricamente verificables. Ambos se identifican, pero los primeros le dan el carácter científico a las segundas⁷.

a. TÉCNICAS PARA RECOLECTAR INFORMACIÓN

Se empleará la investigación jurídica documental, por lo común cuando se habla de esta investigación el término se limita a la documental, que de preferencia se aplica al área dogmática y utiliza los métodos exegético, sistemático y sociológico. En esta área la acumulación de datos provenientes de fuentes documentales es total⁸.

La información se obtendrá de la literatura jurídica de la biblioteca personal del autor, así como del material bibliográfico sobre la materia existente en las Bibliotecas de las Facultades de Derecho de distintas Universidades del país y extranjero, también se recurrirá a la información que proporciona vía Internet, vía cable, revistas, periódicos, entre otras.

Fichado de obras doctrinarias e históricas referentes a las uniones de hecho y al régimen patrimonial correspondiente en la literatura nacional y extranjera.

b. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LOS DATOS

Se utilizarán las diferentes técnicas de interpretación jurídica para el análisis de las de las instituciones referentes a la materia de la presente investigación.

⁷ ZELAYARAN DURAND, Mauro: Metodología de Investigación Jurídica, Ediciones Jurídicas. Lima. 1997. pg. 182.

⁸ HERNÁNDEZ ESÉVEZ, Sandra Luz y Rosalío López Durán; Técnicas de Investigación Jurídica, 2da Ed., Oxford University Press México. S.A., de C.V., México, 2002. pág. 40.

CAPITULO II: UNIONES DE HECHO

1. ETIMOLOGÍA.

Concubinato se define como la relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados. Concubinato precede del latín *concubinatus*, término que guarda relación con *cumbere*. *Cumbere* es paralelo a incumbir (del latín *incumbere*; ayuda mutua, confianza recíproca, estar a cargo de alguien) y contrapuesto a *occumbere* y *susccumbere* (pérdida de ese apoyo)⁹. Asimismo, más que vivir juntos o compartir la vida como esposos, la palabra concubinato significa, etimológicamente, acostarse juntos, pues deriva del latín “con” y “cubito”, “acostarse con”¹⁰.

Del concubinato, se derivan los términos concubina y concubinario. Por lo que, “concubina” (del latín *concubina*) es la mujer que duerme en el mismo lecho con quien no es su legítimo marido, es decir, vive en concubinato. La voz concubina, al derivar del término *concumbere* que significa “yacer con”, guarda relación con los términos *cubare*, “acostarse”, *cubile*, “lecho” o *cubil*, “sitio donde las bestias silvestres se recogen para dormir”. Y el término “concubinario”, es el hombre, que hace vida común con la mujer

La etimología del término “concubina” puede llevar a confusión, porque, si bien el concubinato fue principalmente sexual, estuvo lejos de ser considerado un arreglo disoluto o un contrato de merced anual con el cual se pagaban los servicios exclusivos de una cortesana. Hay que distinguir las veces en que las fuentes literarias utilizan la voz “concubina” -refiriéndose a cualquier pareja sexual extramatrimonial- de las fuentes jurídicas y epigráficas- que la asemejan a la *uxor* y no solo a las amantes casuales¹¹.

Respecto a las terminología encontramos variadas de acuerdo a la ley, doctrina y jurisprudencia de los diferentes países que regula las uniones de hecho como: “concubinato”, “uniones de hecho”, “convivencia”, “matrimonio aparente”, “unión libre”, “unión irregular”, “unión ilegítima”, “uniones extramatrimoniales”, “pareja no casada”, “familia de hecho”, “convivencia more uxorio”, “convivencia extramatrimonial”, “situación de hecho”, “convivencia marital”, “unión marital de hecho”, “relaciones de hecho”, “matrimonio de hecho”¹².

En esta perspectiva, cuando la calificación de la unión viene dada por una fórmula lingüística que alude a la familia, ya sea como “familia paramatrimonial” o “familia de hecho”, el término “familia” no sólo aproxima el fenómeno a la familia

⁹ Diccionario de la lengua española de la *Real Academia Española* (2009). En línea “www.rae.es”

¹⁰ <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21891/Capitulo2.pdf>, visitado el 06/03/2017.

¹¹ DENISSE ROUILLON, Almeida; “Bases romanas justinianas del concubinato actual”, Fondo Editorial de la UNMSM, Lima, 2010, pág. 44, 45. 78

¹² SOLARI, Nestor E.; “*Liquidación de Bienes en el Concubinato*”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1999, pág. 18.

fundada en el matrimonio, sino que, además, transmite un patrimonio de valores y emociones, sensaciones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual, alegrada por la presencia de los hijos. Sin embargo, creo que también en aquella calificación de familia “de hecho” se puede advertir cierto giro oculto que, de una u otra manera, pretende acuñar que no es una familia de “hecho”, es decir, una unión matrimonial.

En cambio, se usa la expresión “convivencia *more uxorio*”, para hacer referencia a la ausencia de hijos aun cuando se alude a la vida en común. En una posición, si se quiere, más tirada a la libertad o facilidad de disolución, el jurista prefiere hablar de “unión libre”, apuntalando la presencia de espacios de autonomía privada más amplios a los que se suele encontrarse en el matrimonio.

Si, finalmente, la actitud del estudioso es la de connotar negativamente el fenómeno, se recurre a expresiones como “concubinato”, “convivencia adulterina”, “convivencia extra matrimonial”, “convivencia fuera del matrimonio”, “matrimonio de hecho”; precisamente para hacer notar que no se ajusta a la familia matrimonial y que, se trata de un hecho que se encuentra fuera del orden social, fuera del derecho, al estrellarse con los valores por todos reconocidos: es lo ilícito, lo anormal, lo reproable¹³.

2. CONCEPTO.

En la doctrina, podemos encontrar conceptualizaciones de reconocidos juristas, como son:

Según **Héctor Cornejo Chávez**, dice que, debajo de la unión legal, que es el matrimonio, existe la de hecho, que es el concubinato. Distinguiéndose dos acepciones de la palabra concubinato; *una amplia*, según la cual lo habrá allí donde un varón y una mujer hagan, sin ser casados, vida de tales; y otra *restringida*, que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital sea tenida por concubinaria. En el primer sentido, puede darse entre personas libres o atadas ya por vínculo matrimonial o con distinta persona, tengan impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, sea ostensible o no lo sea; pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. En el segundo restringido, el concubinato puede conceptuarse como “la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio¹⁴.”

¹³ VEGA MERE, Yuri; “*Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia*”, Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo – Perú, 2003, pág.126 y 127.

¹⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; “*Derecho Familiar Peruano*”, Tomo I, 1ra. Edición, Librería Studium S.A., Lima, 1985, pág. 71. 5

Para **Gustavo A. Bossert**, coincide con la definición que da el Diccionario de la lengua, aludiendo al concubinato, o más precisamente a la concubina, dice “manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuera su marido”. Entendiendo éste autor, que puede considerarse, que el concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges¹⁵.

Desde el punto de vista legal, encontramos en el artículo 5 de la Constitución Política del Perú, conceptúa al concubinato como “*la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable*”. Mientras que en el Código Civil en su artículo 326 expresa que: “*la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable...*”.

Como se puede apreciar dichos enunciados comprenden sólo al **concubinato propio o puro** (donde los individuos que conforman la unión de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio, es decir se encuentran aptos para asumir el matrimonio) y excluye al **impropio o adulterino** (el cual abarca a aquellas parejas que no pueden contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tienen ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal). A pesar de la exclusión constitucional mencionada, los legisladores le han reconocido a nivel de legislación ordinaria algunos efectos jurídicos al concubinato impropio, como la acción de enriquecimiento indevido, previsto en el tercer párrafo del artículo 326 del C.C.

Para Nestor E. Solari, el concubinato es la unión estable y permanente de un hombre y una mujer que sin haber celebrado matrimonio hacen vida marital cualquiera sea el estado de ambos.

Para AZPIRI, Jorge O., la unión marital de hecho es la constituida por un hombre y una mujer que conviven en aparente matrimonio. El comportamiento de esta pareja debe ser, frente a los terceros, similar al comportamiento que mantienen los cónyuges. Esto significa que deben convivir bajo un mismo techo y mantener una cierta estabilidad, y que la relación debe ser singular y perdurar a través del tiempo¹⁶.

¹⁵ BOSSERT, Gustavo A.; “Régimen Jurídico del Concubinato”, 3 edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1990, pág. 36.

¹⁶ AZPIRI, Jorge O.; “Uniones de Hecho”, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 2003, pág. 25 y 26.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCUBINATO.

Antiguamente a las actuales Uniones de Hecho, se las conocía con el nombre de concubinato. El concubinato ha sido considerado como una de las formas de convivencia humana más antigua según lo demuestran los estudios sociológicos y la historia de la humanidad, considerándolo en su evolución desde la promiscuidad al matrimonio monogámico; desde las uniones múltiples como el patriarcado o el matriarcado, hasta las uniones libres de tipo monogámico. En el libro del Génesis, la Biblia nos confirma su existencia y aparece en las más variadas formas en Grecia, Egipto y Roma.

En la Biblia (Génesis 16 y 21), Abraham toma a la esclava Agar como concubina, puesto que Sara no había concebido hasta ese punto, ella le ofrece su esclava Agar a Abraham para que le dé un heredero. Ella dio a luz a Ismael. Después de que por un milagro Sara -que se hizo fértil a una edad avanzada- concibiera y diera a luz a Isaac, le demandó a Abraham que echara a Ismael, y a Agar su madre, fuera de la casa y al desierto. Para Abraham se le hizo muy difícil hacer esto y sólo lo hizo cuando Dios apoyó lo que Sara pedía.

“El rey Salomón, amó además de a la hija de Faraón, a muchas mujeres extranjeras, Moabitas, Amonitas, Edomitas, Sidonias e Hititas, mujeres de las naciones acerca de las cuales el Señor había advertido a los israelitas: ‘No deben cohabitar con ellas, ni ellas con vosotros, porque ellas ciertamente volverán vuestros corazones hacia sus dioses’. Salomón se unió a ellas en amor. Tuvo 700 esposas oficiales y 300 concubinas”. (1 Reyes 11:1-3)¹⁷.

En muchas sociedades tal vez la mayoría, incluso en nuestra civilización, los hombres podían tener tantas mujeres como estuvieran en condiciones de mantener. Como ejemplo tenemos no sólo las fantasías orientales de “Las mil y una noches”, narradas por Sherezade, sino que, como hemos visto, hasta la propia Biblia nos habla de las setecientas concubinas del Rey Salomón. Tal como ocurre hoy con los poderosos, disponer de varias mujeres hermosas como objeto sexual ha sido siempre símbolo de poder y fuente de prestigio, aunque la verdadera relación del poderoso con sus concubinas no siempre guardaba relación con la etimología del término¹⁸.

En este sentido, el concubinato es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal¹⁹. Ha conseguido mantenerse sin ninguna o escasa protección jurídica tan sólo porque tiene raíces sustancialmente naturales. Esta comunidad es frágil en razón de estar sujeta a la voluntad arbitraria de cada uno. Lo

¹⁷ <https://es.wikipedia.org/wiki/Concubinato>, visitado el 06/08/2017.

¹⁸ <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21891/Capitulo2.pdf>, visitado el 06/03/2017.

¹⁹ Abraham fue un patriarca bíblico, casado con Sara, con quien tuvo en su senectud un hijo llamado Isaac; pero el mismo tenía como concubina a Agar, con quien anteriormente había tenido otro hijo llamado Ismael, que fue el fundador del Islamismo. Citado por PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; “Derecho de Familia en el Código Civil”, 2da edición, Editorial IDEMSA, Lima., pág. 91

inminente es su ruptura, donde los sujetos que soportan las consecuencias y muchas veces el despojo patrimonial son la mujer y sus hijos.

En el Derecho antiguo, aproximadamente 2000 años a. de C., el concubinato ya había sido admitido como una institución legal en el Código de Hammurabi²⁰, se hacía referencia al concubinato cuando se expresaba: “si uno a repudiado a una concubina que le dio hijos... a esta mujer se le dará una dote y parte del campo, del huerto y de los bienes muebles y ella criará a sus hijos...” (párr. 137), lo que demuestra que el papel asignado a la mujer que sin haber estado casada había engendrado hijos era relevante²¹.

a) DERECHO ROMANO.

El *concubinatus* en Roma era la convivencia estable de un hombre con una mujer libres sin *affectio maritalis* ni *honor matrimonii*. Etimológicamente la palabra proviene de *con* (por *cum*) y *cubare* (estar tendido o acostado), de manera que *concubare* es “acostarse juntamente”²².

Asimismo, podemos señalar que el concubinato es una unión marital de orden inferior al *iustum matrimonium*, pero al igual que éste es de carácter monogámico y duradero, de igual modo reconocido por la ley, siendo totalmente diferente de cualquier relación de carácter pasajero, las cuales eran consideradas ilícitas. Esta especie de matrimonio nació como consecuencia de la prohibición de realizar *iustia nuptiae* cuando existía desigualdad de condiciones sociales entre los futuros cónyuges²³.

Se entiende por concubinato o *concubinatus* la unión permanente entre personas de distinto sexo, las cuales no tiene la intención de considerarse como marido y mujer, por faltar la *affectio maritalis*. Durante el periodo clásico estas uniones están toleradas por el derecho y escapan de la sanción de Augusto a las uniones ilegítimas, y fueron frecuentes en razón de las prodistintas categorías de personas (senadores y libertinas, gobernadores de provincia y mujeres de éstas, etcétera). En el derecho postclásico se regulan ampliamente, y Justiniano distingue los hijos habidos de concubinato de los *vulgo concepto*, pudiendo ser legitimados y la mujer honesta puede ser concubina²⁴.

²⁰ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; “*Derecho de Familia en el Código Civil*”, 2 da. Edición, Editorial Idemsa E.I.R.L., Lima, pág. 91.

²¹ AZPIRI, Jorge O; op. cit. pág. 35.

²² GUZMÁN BRITO, Alejandro; “*Derecho Privado Romano*”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pág. 349.

²³ HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; “*Derecho Romano -Historia e Instituciones-*”, Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2014, pág. 350.

²⁴ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; “*Diccionario de Derecho Romano*”, Editorial REUS S.A., Madrid, 1982, pág. 131.

En este sentido, el concubinato comenzó a ser regulado en el derecho romano bajo el primer emperador, Octavio Augusto²⁵. A comienzos de la era cristiana, se aprobaron las leyes *Iulia de Maritandis Ordinibus*²⁶, *Papia Poppaea*²⁷ y luego, con

²⁵ El emperador se propone que la familia recupere su antigua pureza. Contra el relajamiento moral, la extensión del celibato, la baja tasas de matrimonios *secundum legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, contra el excesivo poder del *paterfamilias*, contra la nociva influencia en modas y religión, contra la preeminencia de los esclavos, contra los “novedosos” hábitos sexuales, contra todo esto, él y sus leyes se opondrían, fundamentándolas, -en rigor, con cierta licencia, usada pertinentemente- en lo que más tarde se calificaría como “su particular amor [de los romanos] por la procreación. Con la promulgación de sus *leges Iuliae*, pretende que los romanos recuerden y respeten el principio que él considera primordial para con el Estado, como lo menciona Terentius Clemens: “...ser favorable a una ley [*Iulia et Papia Poppaea*] de utilidad pública, dada para fomentar la procreación. Sólo así vencería a sus refractarios conciudadanos. Augusto quiere propiciar los cambios necesarios para el buen éxito del gobierno imperial, para ponerlo en manos capaces, en manos de patricios, en sus hijos legítimos, de legítimo matrimonio, ya que ellos habían de perpetuar la grandeza del Imperio, así como el pensamiento e ideario augusteos. Le lleva a Augusto casi 27 años poner en práctica el programa de reforma legislativa de la moral de la familia. Sin embargo, nunca cejo, ya que sus *Leges Iuliae* eran el corolario de sus ideales y ambiciones gubernativas y políticas. Las leyes familiares de Augusto son consecuencia directa de la metamorfosis social. Si bien es cierto que Augusto no fue un innovador, su legislación es uno de los más importantes logros, ésta tendía a propiciar los cambios necesarios para el buen éxito del gobierno imperial. Con sus leyes, y al haberse hecho nombrar *curator morum*, se propone restaurar los “viejos valores”, las buenas costumbres familiares de la República y desterrar de su sociedad viciada la opulencia, la molicie, el fasto, la desmesura y relajamiento morales; busca eliminar las leyes privadas del *paterfamilias* que servían a sus intereses particulares para amasar grandes fortunas o preservar sus bienes o su *status* político. El príncipe intenta, asimismo velar por la dignidad de los ciudadanos romano, mantener y preservar el poder y la pureza del linaje, en especial de patricios y senadores. En consecuencia, castiga a los refractarios, imponiendo sanciones severas mediante sus leyes sobre la familia. Aún así, sus pares y sus súbditos no acataron, ni inmediatamente, ni de buen grado, sus reformas. Augusto, hasta su muerte, no cejó en su empeño. En: MALDONADO DE LIZALDE, Eugenia; “*Lex Iulia Maritandis Ordinibus, Leyes de familia del Emperador César Augusto*”, pág. 542 y 543, sitio web: [file:///C:/Users/user/Downloads/29642-26793-1-PB%20\(7\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/29642-26793-1-PB%20(7).pdf), visitado el 08 de febrero del 2017, google.

²⁶ **Lex Iulia de maritandis ordinibus.**- Ley rogada por Augusto en el año 18 a. C., favoreciendo los matrimonios entre personas de la misma condición social, y estableciendo cargas, tributos y restricciones de derecho hereditario a los solteros y a los casados (*orbi*) sin descendencia, a la vez que concedía ventajas económicas a los que tuvieran. El año 4 otra ley rogada por Augusto, introdujo modificaciones en la primera. Año 18. En FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo; “*Diccionario de Derecho Romano*”, Editorial SEA, Buenos Aires, 1962, pág. 382. También véase a MALDONADO DE LIZALDE, Eugenia; op. cit., pág. 543 y 544. “Esta ley ofrece incentivos para contraer matrimonio. Según Cuiaceus (siglo XVI), la definición sucinta del carácter de esta ley es de *contrahendo matrimonii*. Augusto estima que rehacer la pureza del matrimonio implica su fertilidad. Por tal causa, intenta evitar los matrimonios sin descendencia, favorece a los casados con hijos y restringe los derechos hereditarios de los *caelebes* (soleteros) o casados sin descendencia (*orbi*), mismos que no podían recibir la totalidad de los bienes que les hubiesen sido deferidos por herencia o legado, *mortis causa*, ni por donación, de acuerdo con las sanciones estipuladas por esta ley, así como por la *Papia Poppaea*, posteriormente.

²⁷ **Lex Iulia et Papia Poppaea.**- Leyes matrimoniales rogadas por Augusto, al primera del 18 a de C. y la segunda del 8 d. de C. Estas leyes dividieron los ciudadanos en célibes y casados, y a éstos en *orbi* o casados sin hijos y en *patres* o casados con hijos. A estos además de permitirles heredar en todo lo que fueran instituidos herederos, les concedió la parte que no podían adquirir los *orbi*, a quienes les permitió adquirir solamente la mitad de la herencia. A los célibes les privó de la capacidad para adquirir por testamento. En FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo; op. cit., pág. 382.

la ley *Iulia de Adulteris*²⁸, dicho monarca otorgó la condición de estado legal al concubinato, tratando de poner orden en el medio social donde esta unión era un hecho frecuente; y así, distinguió, mediante requisitos y efectos, el concubinato de las restantes uniones extramatrimoniales, como que debían ser púberes sin vínculo de parentesco, afín o consanguíneo, debiendo ser soltero el concubino. Solo se podía tomar como concubina a una mujer de bajo rango como actrices, mujeres manumitidas o libertas, prostitutas y mujeres sorprendidas en adulterio. Cuando la mujer era ingenua esta debía ser tomada como concubina a través de un medio formal, de lo contrario, podría ser considerado estupro, lamentablemente esta mujer perdía su condición en la estructura social y el título de **mater familiae**.²⁹ Aquella labor legislativa fue continuada por otros emperadores, especialmente Constantino y Justiniano³⁰.

Así la *lex Iulia de adulteris* contribuyó a perfilar el concubinato al crear el crimen de *stuprum*, salvo con ciertas mujeres con las cuales no se comete; por lo que, toda unión extramatrimonial con mujeres, es criminal, excepto con aquellas *in quas stuprum non committitur* -con las cuales no se comete estupro- como las mujeres de baja condición social; en consecuencia, la unión con estas últimas no es estupro y por ende constituye concubinato (lícito). Constituyendo el estupro la relación con mujeres ingenuas y honestas -*ingenuae et honestae*- . Por su parte la *Lex Iulia Papia Poppaea* en cierta forma fomentaron el concubinato, porque, prohibió el matrimonio con ciertas mujeres, dejando abierto la posibilidad de este tipo de uniones. Lo propio ocurrió con otras prohibiciones, como aquella de casarte con oriunda de la provincia de la cual se ejerce un cargo.

En cuanto a los requisitos, cabe destacar que en dicha legislación se estableció que debía tratarse de *personas púberes* (mujer debía tener una edad mínima de 12 años³¹) sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo que constituyera impedimento matrimonial, debiendo ser *soltero el concubino*. Caso contrario, si la unión era entre parientes o personas casadas, o habiéndose ejercido corrupción o violencia sobre personas honestas para lograr la unión, tratábase de *incestum*, o *adulterium*, o *stuprum*, respectivamente.

Además, el concubinato debía presentar carácter de singularidad: no podía mantenerse con más de una concubina. Se podía tomar como concubina,

²⁸ **Lex Iulia de Adulteriis et de Pudicitia**.- Ley rogada votada bajo Augusto, entre el 18 y 16, posiblemente en el año 18 a. de C., reprimiendo el adulterio y estupro y dificultando el divorcio; en su articulado hacía también referencia a los fondos dotalis itálicos, como parte de la misma ley. En GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; op. cit., pág. 397.

²⁹ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; "Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho", Fondo Editorial Academia de la Magistratura, Lima, 2014, pág., 47.

³⁰ BOSSERT, Gustavo A.; op. cit., pág. 11.

³¹ Ulpiano es bastante claro al respecto en D. 25.7.1.4: "Es notorio que se puede tener concubina de cualquier edad, si no fuera menor de doce años".

solamente, a una mujer de bajo rango: actrices, mujeres manumitidas o libertas, prostitutas, mujeres sorprendidas en adulterio; así como en las provincias, el gobernador enviado por Roma, a una mujer del lugar sólo podía tomarla como concubina y no como esposa.

Si una mujer honrada o ingenua consentía en ser tomada por concubina, debía ello ser acreditado por un medio formal (bajo riesgo, para el hombre, de ser considerada la unión con ella *stuprum*). Pero aceptando la mujer, y constituyéndose el concubinato, perdía aquélla su posición en el medio social y el título de *mater familiae* que implicaba distinción y honra a la mujer romana. Se establecieron los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales, entre los concubinos, con algunas excepciones, como, por ejemplo, cuando la unión se realizaba entre un patrono y una liberta: ésta estaba obligada a guardarle fidelidad, y en caso de no hacerlo podía ser perseguida por adulterio. El concubinato fue eximido de penalidad, por medio de las leyes citadas. En cambio, se conservaron las sanciones para las otras uniones extramatrimoniales.

Justiniano otorgó trato favorable al concubinato, elevándolo a la categoría de *inauquale coniugium*. Abolidas las prohibiciones augusteas, el concubinato es ahora la unión estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*. La unión con mujer *ingenua et honestae vitae* (ingenua y de vida honesta) puede tener lugar tanto en concepto de matrimonio, como de concubinato, salvo que para lo último es necesaria una expresa declaración *-testatio-*, y, si tal falta, se comete adulterio. Se extienden al concubinato los requisitos del matrimonio -monogamia, edad de doce años en la mujer- y los impedimentos de parentesco y afinidad. De otra parte, se admite que puede darse a la concubina media onza (1/24) del patrimonio en presencia del padre e hijos legítimos. Y puede darse la mitad del mismo, cuando faltan éstos, a la concubina y a los hijos naturales³².

El concubinato carece de la finalidad ético-social del matrimonio romano, la procreación de los hijos, futuros ciudadanos romanos, así como de su elemento constitutivo: la *affectio maritalis* (*tolerándose su institucionalización jurídica desde el Principado hasta el Corpus Iuris Civilis de Justiniano*). El matrimonio romano fue el consorcio de derecho divino y humano que entrañaba la comunión doméstica: compenetración física y anímica, reciprocidad de afecto y ayuda, complicidad entre marido y mujer en una causa común, en una relación de mutua dependencia de dos fuerzas que se unen para crear una mayor. Así, el concubinato al carecer de *affectio maritalis*, calificó como una especie de vínculo provisional para el ejercicio de la sexualidad, más o menos durable según la elección subjetiva, aunque con efectos jurídicos para la concubina y los hijos habidos en el concubinato -hijos naturales-. Tenía el concubinato gran importancia como determinante del carácter de la

³² IGLESIAS, Juan; *"Derecho Romano" -Historia e Instituciones-*, Editorial ARIEL, S.A., 1ra. reimpresión de la 11va. Edición, Barcelona, 1994 pág. 497.

filiación. Los nacidos de esa unión eran hijos naturales, en tanto que los habidos de otras uniones extramatrimoniales eran *spurii*; éstos no tenían jurídicamente padre, por lo que resultaba imposible su reconocimiento, cosa que no ocurría con los hijos naturales. Además, la situación de éstos mejoró notablemente en tiempos de Justiniano.

En relación a la diferencia que el derecho hacía entre los hijos naturales, nacidos del concubinato y espurios. Respecto de los primeros, *liberi naturales*, emperadores anteriores a Justiniano concedieron la legitimación por subsecuente matrimonio de sus padres. Pero fue en tiempos de Justiniano cuando este procedimiento de legitimación de los hijos naturales se reguló legalmente (legitimación es una institución que pone fin a la naturalidad), El *Corpus Iuris Civilis* regula la legitimación de tres formas distintas: 1) Por el matrimonio posterior de sus padres, 2) Por inscripción de los hijos en la curia del lugar donde tuviesen el domicilio sus padres, y 3) Por concesión imperial *-per rescriptum principis-*.

La manera de ser en la familia y en la sociedad distinguía bien el concubinato de las justas nupcias. Si se trataba de una mujer con quien no había uno podido casarse, sorprendida en adulterio, domiciliada en la provincia y que vivía con el administrador, etc., no había duda que era concubina. Si se trataba de una mujer ingenua y honrada, no había tampoco duda, pues no podía vivir en concubinato sin que el hecho fuese acreditado por un acto manifiesto. En fin, si se trataba de una mujer de malas costumbres, se presumía que se hallaba en concubinato. El acta dotal que acompañaba comúnmente a las justas nupcias era también un indicio.

Además, en el *Corpus Iuris* se establece la obligación alimentaria en favor de los hijos naturales y se confieren a éstos ciertos derechos hereditarios para participar en la sucesión del padre. También se otorga un limitado derecho a la concubina para ser partícipe en la sucesión del concubino.

La *adrogatio* (que era la forma más importante de adopción, ya que el sujeto pasivo era un *sui iuris*, y no un *alieni iuris*, como en la simple *adoptio*) estaba rodeada de requisitos legales que armonizaban con la trascendencia de un acto del cual podía resultar la absorción de una familia en el seno de otra, su situación política y social, etc. Con el propósito de asegurar la jerarquía de un acto de tanta importancia fue que en el derecho justiniano se prohibió la *adrogatio* al padre natural respecto de sus hijos habidos con concubina.

b) DERECHO GERMANO

En el Derecho germano, las uniones de hecho estaban permitidas solamente para libres y esclavos, pero luego fue sustituida por el matrimonio de mano izquierda o morganático, por el cual, la mujer plebeya no participaba de los títulos ni rangos

social del marido. Los hijos mantenían la condición de la madre sin heredar al padre³³.

En opinión de PÉREZ –PRENDES, en el Derecho germánico el matrimonio “era generalmente bilateral, pero podía ser polígamico para el marido, quien también podía asociar públicamente con él una relación concubinaria, que podía ser concertada *de facto* o mediante una promesa obligatoria”. Al tratar sobre la posición jurídica de los hijos ilegítimos en los primeros tiempos del derecho germánico, en el Derecho antiguo no sólo reconoció la existencia de varios matrimonios legítimos de un varón, sino también uniones sexuales duraderas con mujeres libres (concubinatos -Kebsehen- o barraganías -Friedelehen-) y otras de carácter puramente ocasional. La situación de la esposa legítima se contrapone a la de la concubina y, mientras la posición de la primera se fortaleciendo hasta el punto de que “no estaba obligada a tolerar una postergación ante una concubina de su marido”, a la segunda “no le correspondían frente al arón seguridades de ninguna clase en cuanto a su situación; el varón podía abandonarla o expulsarla incluso sin motivo”³⁴.

El cristianismo y, con él la condena del concubinato por la Iglesia, supuso la introducción del “concepto de legitimidad en la filiación, negando esa calidad a los engendrados en la Friedelehen y en concubinato (*banchart, bastardus*)”³⁵.

Por lo que se refiere, en particular, a la legislación visigoda, pueden citarse siguiendo a GACTO FERNÁNDEZ los “Fragmentos Gaudenzianos”, en los que se alude a un caso legal de concubinato forzoso determinado por la incapacidad de los siervos para contraer matrimonio debido a su falta de personalidad jurídica. A su entender, “las uniones entre siervos, o entre libres y siervos, serían en todo caso concubinato para la ley visigoda, aunque en el fuero interno pudiera tratarse de verdaderos matrimonios”³⁶.

c) EDAD MEDIA.

Durante la vigencia del Derecho medieval, subsistieron las uniones de hecho en contra de la creciente oposición del cristianismo. Así, en España lo consagraron antiguas costumbres y aun ciertas disposiciones legales. Distinguíase, dice Joaquín Escriche, tres clases de enlace entre varón y mujer autorizados o tolerados por la ley: **el matrimonio de bendiciones**, celebrado con las solemnidades de derecho y consagrado por la religión; **el matrimonio a yuras o juramentado**, que era legítimo pero clandestino; y la **barraganía**, que era propiamente un concubinato fundado en

³³ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit., pág. 91.

³⁴ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, “Las Uniones de Hecho en el Derecho Internacional Privado Español”, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1999, pág., 172.

³⁵ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel; op. cit. pág., 172.

³⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel; op. cit. pág., 173.

“un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones serán la permanencia y la fidelidad”³⁷.

De las disposiciones contenidas en los diversos fueros se desprende que en los siglos XII y XIII en España el concubinato era conocido como “barragania”, (del árabe barra, que significa fuera; y el castellano gana o ganancia: ganancia obtenida fuera del matrimonio) no tuvo al principio caracteres definidos, pero las Partidas de Alfonso el Sabio la reglamentaron, al igual que el matrimonio en las Partidas IV, 14.1 y 14.2, tomando ciertas normas del derecho romano, como la del principio monogámico, las referentes a algunos impedimentos derivados del parentesco, la de que los gobernadores de provincias no podían tomar en ellas mujer y sí barragana, etc. Introduciendo otras nuevas, como la de que para ser barragana la mujer debía ser tal que no hubiese impedimento para casarse con ella, la de que tanto se podía tomarla entre las siervas y libertas, como entre las ingenuas, etc.³⁸

En estos siglos, la barraganía ambos concubinos debían ser solteros, la concubina debía ser única, no podía ser virgen, tener menos de 12 años ni ser viuda honesta, ningún hombre podía tener muchas barraganas³⁹.

En opinión de PÉREZ PRENDES, la barraganía no constituía un enlace cualquiera, indeterminado o arbitrario; una de sus principales notas era la amistad y la fidelidad. Se trataba de relaciones no ensalzadas pero tampoco condenadas por el ordenamiento jurídico de la época, constituyéndose mediante la libre aceptación de los contrayentes y, en ocasiones, mediante la firma de un contrato denominado “*cartas de compañía*” en las que se establecía los derechos y deberes inherentes a la citada institución⁴⁰.

d) DERECHO CANÓNICO.

Desde la Edad Media la preponderancia de las ideas de la Iglesia Católica sobre el matrimonio coloca en una nueva valoración disvaliosa al concubinato aunque en su largo proceso de elaboración doctrinaria hubo diferentes épocas.

Desde el momento que se considera que la única forma moralmente correcta de mantener relaciones sexuales es en el matrimonio, la figura del concubinato significa mantenerse en estado de pecado permanente, aun en el caso del hombre y la mujer solteros, ya que implica la reiteración de esa conducta. Así, San Agustín,

³⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; “Derecho Familiar Peruano”, 5ta. Edición, 2 Tomos, Editor, Librería Studium S.A., Lima 1985, pág. 72.

³⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit. pág. 73.

³⁹ AZPIRI, Jorge O.; op., cit., pág. 37.

⁴⁰ PIZARRO SUAREZ, Carlos; “*Parejas de hecho Aspectos Patrimoniales y Comunidad de Bienes*”, edición electrónica de la Universidad Internacional de Andalucía, España, 2012, pág. 8. En: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2110/0343_Pizarro.pdf?sequence=1

muerto en el año 430, condenaba el concubinato del hombre soltero a pesar de que el Derecho romano de la época lo admitía.

La doctrina sentada en el Concilio de Toledo del año 499 castigó con la excomunión a los hombres casados que mantenían concubinas, pero admitió que un cristiano soltero tuviese una mujer sin estar casado. Esta interpretación se mantuvo hasta el Concilio de Roma de 1069, en que fue citado este canon por última vez.

En el siglo XII el canonista Graciano opinaba, en su recopilación de texto antiguos sobre el concubinato, que aquellos que parecían aprobarlo se referían en realidad a matrimonios auténticos celebrados sin ritual público, por lo que concluyó que todos los concubinatos debían ser condenados⁴¹.

En este sentido, el derecho canónico contemplo al concubinato. En la primera época aunque lo consideraba como un pecado de fornicación, lo toleró siempre que la unión tuviese carácter de permanencia y el varón fuese soltero. Así se pronunciaron San Agustín y San Isidoro de Sevilla⁴².

En un principio las leyes canónicas Españolas permitieron incluso a los eclesiásticos un tipo de convivencia carnal, les permitían tener concubinas, también llamadas comúnmente barraganas. La barraganía tuvo una clara utilización y aceptación entre los clérigos, al no poder estos contraer matrimonio y demostró ser tan importantes que muchas leyes municipales, o también llamadas fieros, recogieron la existencia de la barraganía entre los clérigos, siendo las manifestaciones más importantes de lo dicho los fueros de Soria, Plasencia y Alcalá⁴³.

En el siglo XVI la Iglesia Católica tomó una dura postura contra el concubinato, el cual había sido tolerado hasta entonces. Por las luchas que la Iglesia Católica mantuvo con los emperadores por el poder temporal, el papado sufrió una crisis que, originó una reforma protestante. Los protestantes siguieron el ejemplo de la Iglesia Católica y también comenzaron a tomar medidas enérgicas contra el concubinato.

Producto de esta separación, la Iglesia se ve en la necesidad de reforzar sus postulados doctrinarios, y en este contexto se celebra una reunión del Concilio de Trento, donde se afianza la institución de matrimonio elevándola a la categoría de sacramento, con la consiguiente proscripción del concubinato. En la sesión XXIV celebrada el 11 de noviembre de 1563 se aprobó la doctrina referida al sacramento del matrimonio, cuyo Capítulo VIII se denomina “Graves penas contra el concubinato”.

⁴¹ AZPIRI, Jorge O.; op., cit., pág. 37.

⁴² CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; *“Uniones de Hecho”*, ADRUS D&L EDITORES S.A.C., Lima, 2015, pág. 25.

⁴³ PIZARRO SUAREZ, Carlos, op. cit, pág. 8.

Es ilustrativo transcribir esas conclusiones: “Grave pecado es que los solteros tengan concubinas; pero es mucho más grave, y cometido en notable desprecio de este grande sacramento del Matrimonio, que los casados vivan también en este estado de condenación, y se atrevan a mantenerlas y conservarlas algunas veces en su misma casa, y aun con sus propias mujeres. Para ocurrir, pues, el santo Concilio con oportunos remedios a tan grave mal; establece que se fulmine excomunión contra semejantes concubinarios, así solteros como casados, de cualquier estado, dignidad o condición que sea, siempre que después de amonestados por el Ordinario aun de oficio, por tres veces, sobre esta culpa, no despidieren las concubinas, y no se apartaren de su comunicación; sin que puedan ser absueltos de la excomunión, hasta que efectivamente obedezcan a la corrección que se les haya dado. Y si despreciado las censuras permanecieren un año en el concubinato, proceda el Ordinario contra ellos severamente, según la calidad del delito. las mujeres, casadas o solteras, que vivan públicamente con adúlteros o concubinarios, si amonestadas por tres veces no obedeciere, serán castigadas de oficio por los Ordinarios de los lugares, con grave pena, según su culpa, aunque no haya parte que lo pida; y serán desterradas del lugar, o de la diócesis, si así pareciere conveniente a los mismos Ordinarios, invocando, si fuese menester, el brazo secular; quedando en todo su vigor todas las demás penas fulminadas contra los adúlteros y concubinarios”⁴⁴.

Como consecuencia de este endurecimiento de la valoración de la conducta de los concubinos, estos podían ser excomulgados y las mujeres hasta desterradas sino se separaban a la tercera advertencia. Al quedar excomulgados no podían participar en la vida religiosa y social de la época; ni siquiera podían ser sepultados en los cementerios adyacentes a las Iglesias, con lo que quedaban convertidos en parias, cuando no castigados por los tribunales del Santo Oficio, es decir por la inquisición, con penas que podían llegar hasta la muerte en la hoguera. Esta forma considerar al concubinato se mantuvo hasta la revolución francesa, en que se separa la valoración religiosa de la regulación civil, y a partir de ese momento, cada legislación a tratado el tema del concubinato con diferentes alcances, pero manteniendo una clara distinción con la institución matrimonial⁴⁵.

En consecuencia, la Iglesia Protestante y la católica favorecieron al matrimonio por encima del concubinato, en la creencia de que las concubinas representaban una falta a la moral. Los países siguieron su ejemplo, y la práctica de mantener una concubina se convirtió en un crimen en algunos territorios⁴⁶.

e) LA EDAD MODERNA.

La Revolución Francesa cambió radicalmente la política legislativa del concubinato, la ley simplemente ignoró al concubinato, ni le brindó reconocimiento,

⁴⁴ AZPIRI, Jorge O.; op., cit., pág., 38 y 39.

⁴⁵ AZPIRI, Jorge O.; op. cit. pág. 39.

⁴⁶ En: <http://www.ehowenespañol.com/diferencias-hay-esposa-concubina-info-305723/>

mucho menos derechos, ni lo condenó, simplemente lo desconoció (esta actitud legislativa ha sido tomada como modelo para la adopción de la teoría abstencionista). Napoleón había dicho: “*los concubinos se desentienden de la ley, entonces la ley se desentenderá de los concubinos*”, el Código Napoleónico que estableció este silencio respecto del concubinato, irradió a todo el derecho moderno, teniendo gran influencia sobre las legislaciones y los Códigos de los Estados de los Siglos XIX y XX. Los avances del concubinato en este tiempo se dieron principalmente a través de la jurisprudencia⁴⁷.

Por lo tanto, en el Derecho francés, el Código de Napoleón no incluyó la unión de hecho en su texto, siguiendo la corriente que el concubinato es un acto inmoral que afecta las buenas costumbres, por lo que el Derecho debía ignorar su existencia. Muchos códigos civiles del mundo recibieron esta influencia⁴⁸.

4. EN EL DERECHO NACIONAL.

a) EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1852.

En el Código Civil de 1852 fue la primera codificación endógena en todo Iberoamérica, porque fue el primer código que se promulgo en Hispanoamérica redactado por juristas nacidos en el Perú. En la historia del Perú ha sido el de más larga duración. Su estructura obedeció al modelo de las Instituciones de Justiniano sobre las personas y sus derechos (libro I), las cosas, (libro II) y, las obligaciones y contratos (libro III). Los autores del Código poseían formación clásica, lo cual reflejaron en las definiciones y distinciones jurídicas que utilizaron del Derecho romano⁴⁹.

El Código Civil de 1852 no reguló el concubinato, pero otorgó a los hijos naturales concebidos en concubinato un trato especial respecto a las demás categorías de ilegítimos. Nótese que la categoría y tratamiento jurídico de “hijos naturales”, y distintas formas de legitimación, fueron desarrolladas en el Corpus Iuris Civilis. El mencionado cuerpo normativo solo legisló la legitimación de los hijos naturales por subsecuente matrimonio de sus padres.

El artículo 156 del Código Civil de 1852 resume en sí toda la doctrina del Código canónico sobre el matrimonio: “*El matrimonio se celebra en toda la República, con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento*”. Este artículo, en su declaración, comprende y reproduce toda la legislación eclesiástica en materia de matrimonio.

⁴⁷ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; op. cit. pág. 26.

⁴⁸ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit., pág. 92.

⁴⁹ DENISSE ROUILLON, Almeida; “Bases romanas justinianas del concubinato actual”, Fondo Editorial de la UNMSM, Lima, 2010, pág. 44, 45.

El sistema del Código Civil de 1852 es el del matrimonio canónico, que produce efectos civiles. Por consiguiente, podían contraer matrimonio válido en el Perú los que profesaban la religión católica, apostólica y romana.

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, cuyo trabajo culminó con la promulgación del Código de 1936, abordó el problema de las uniones de hecho. El aspecto que le preocupó fue el eventual enriquecimiento del concubino a costa de su compañera, en el caso que aquel abandonara a esta. Aquella Comisión Reformadora terminó por aceptar el criterio expuesto por el señor Olaechea (miembro de esta comisión) en el sentido que el problema de la posible expoliación de la mujer abandonada por su concubino podía ser resuelto, sin necesidad de legislar sobre la unión de hecho, mediante la aplicación de la norma (contenida en el artículo 1149 del Código Civil de 1936), según la cual “aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución”⁵⁰

Como podemos observar, nuestro Código Civil de 1852 consideró al matrimonio católico como el único válido y, por ende, con efectos civiles. Los que no profesaban la religión católica no podían contraer matrimonio y se quedaban en la esfera de la unión de hecho. Debido a esa situación, los no católicos propiciaron la aprobación de la ley del 23 de diciembre de 1897 a fin de establecer el matrimonio civil para las personas que no profesaran la religión católica, así como para aquellas a quienes la Iglesia negase su licencia por disparidad de cultos.

b) EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936.

El Perú en el Siglo xx tuvo una dinámica que hizo necesaria la revisión del Código Civil procedente de la centuria anterior. Los codificadores peruanos de 1936 se inspiraron en el Código Civil alemán de 1896, el Código Civil suizo de 1907 y el de Brasil de 1916, pero también hubo un predominio de autores de origen francés. A través de todo el trabajo de la Comisión Reformadora son varias las citas de autores tan antiguos como Paul, Papiniano o Justiniano, además de citas del Derecho español e indiano que aluden a las Siete Partidas, las Leyes de Indias, la Novísima Recopilación, entre otras.

El Código incorporó la secularización del matrimonio y la adopción del divorcio, desarrolladas por leyes anteriores. Al igual que su predecesor, el Código Civil de 1936 tampoco reguló el concubinato, pero reconoció efectos civiles a las uniones de hecho, como por ejemplo en la sección de legitimación. El artículo 314 estableció que la legitimación de los hijos nacidos fuera del matrimonio tenía lugar por declaración judicial, además de la que operaba por subsiguiente matrimonio de los padres. Además señaló en la sección de filiación ilegítima, especialmente en el artículo 366, inciso 4 que: “*La paternidad ilegítima puede ser judicialmente*

⁵⁰ CORNEJO FAVA, María Teresa; “*Matrimonio y Familia*”, Su Tratamiento en el Derecho, Editorial Tercer milenio, Lima, 2000, pág. 541.

*declarada: 4. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción”*⁵¹.

También con relación a la concubina prescribió en el artículo 369 que: “en los casos de los artículos 366 y 367, la madre tiene derechos a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta días siguientes a parto, así como al pago de todos los gastos ocasionados por este y por el embarazo”⁵².

Al ser revisado el proyecto de Código Civil, Badani (miembro de la Comisión revisora), se pronunció por la necesidad de legislar sobre el caso relativo a los bienes adquiridos por los convivientes durante su unión, cuando entre ellos no hubiera impedimento para el matrimonio. Al respecto Olaechea (otro miembro de la comisión revisora) manifestó estar completamente de acuerdo con la ponencia del Sr. Badani, por ser justa, siendo su naturaleza de carácter indemnizatorio, pero estimó que ella no podía tener cabida en el libro del Derecho de Familia. Agregó que tampoco procedía basarla en la idea de un contrato de sociedad, porque faltaría la *affectio societatis*. Pero por una razón de justicia, aceptó que se declare comprendido el caso en el enriquecimiento indevido.

c) EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.

El núcleo del cuerpo legal del Código Civil de 1984, corresponde al del código de 1936 con influencia del italiano de 1924: derecho de las personas, actos jurídicos, derecho de familia, sucesiones, derechos reales, obligaciones en dos libros, materias concernientes a la caducidad y prescripción, registros públicos y al derecho internacional privado en sendos libros especiales. Este cuerpo legal mantuvo el estilo del código antecedente y su tendencia a evitar definiciones y prescripciones doctrinarias.

El Código Civil de 1984 regula por primera vez en la historia de la codificación civil peruana, los efectos jurídicos del concubinato. La novedad consiste en el concepto que da de concubinato en la segunda oración del artículo 402, inciso 3⁵³: *La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: “...para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales”* mientras que la primera oración del mismo inciso es casi una transcripción literal del artículo 366, inciso 4 del Código Civil de 1936, relativo a la declaración judicial de paternidad en el caso del presunto padre que vivió en concubinato con la madre en la época de la concepción⁵⁴.

⁵¹ DENISSE ROUILLON, Almeida; op., cit., pág., 45 y 45.

⁵² CONSTITUCIÓN, CÓDIGOS Y LEYES DEL PERÚ, recopilados y concordados, por Eduardo García Calderón, 4ta Edición, librería e imprenta GIL, S.A. Lima, 1942, pág. 58.

⁵³ Art. 402. Inc. 3.- “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. *Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales*”.

⁵⁴ DENISSE ROUILLON, Almeida; op., cit., pág., 143.

En el Código Civil además del artículo mencionado sobre declaración judicial de paternidad extramatrimonial, la unión de hecho está regulada específicamente en el artículo 326, el cual otorga consecuencias jurídicas personales, patrimoniales y procesales, denotándose la falta de desarrollo legislativo de esta institución jurídica. Asimismo en la Constitución Política del Perú de 1993, las uniones de hecho, está regulada en el artículo 5; para lo cual procedemos a mencionar dichas normas:

“Artículo 326.- Uniones de hecho: *La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.*

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido.

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge”.

Artículo 5 de la Constitución Política del Perú establece que:

“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de gananciales en cuanto sea aplicable”.

5. REQUISITOS.

De nuestra legislación mencionada y de forma concordante con la jurisprudencia, podemos mencionar los siguientes requisitos para constituir una unión de hecho propia:

1. **Heterosexualidad.-** La unión de hecho está compuesta por una pareja heterosexual cuyos miembros tienen edad suficiente para establecerla, por lo que, se descartan las parejas homosexuales.

Nuestra legislación es distinta de aquellos ordenamientos jurídicos europeos que han aceptado las uniones de hecho homosexuales, como por ejemplo Francia, donde el concubinato en un sentido amplio, se define como la unión de dos personas heterosexuales u homosexuales, firmantes de un PACS o no⁵⁵. Las legislaciones del Principado de Asturias y de la Comunidad Autónoma de Extremadura, igualmente consideran pareja estable la unión libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo de dos personas mayores de edad o menores emancipadas.

2. **Voluntaria.-** Conforme lo señala el artículo 326 del Código Civil que la unión de hecha es *voluntariamente realizada*, es que se entiende que el concubinato nace de la libre determinación y voluntad de los concubinos, por lo que la unión debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes; estando prohibido cualquier convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela la *affectio maritalis*, aunque voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios)⁵⁶.
3. **Singularidad.-** Al referirse ambas normas a la unión entre un varón y una mujer, aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad de los convivientes. Por ello, no es posible que se mantengan varias relaciones a la vez, aun cuando todos los involucrados carezcan de impedimentos matrimoniales, o cuando la convivencia se halla llevado de manera simultánea con dos personas distintas y en domicilios diferentes. Entendiéndose, que los concubinos deben guardar fidelidad, al igual que lo cumplen los cónyuges de acuerdo al artículo 288 del Código Civil.

Para algunos autores, la infidelidad no anula la convivencia vigente con la persona que mantiene una relación permanente, ya que con la otra pareja solo se trata de relaciones sexuales esporádicas, aunque tenga hijos en esta última. *En la Casación N.º 1201-2011-La Libertad* se estima que en cuanto a la permanencia de dos años consecutivos de unión, esta se sustenta en relación de convivencia, ya que el hecho de que el demandado haya tenido hijos con otra persona, no prueba de manera alguna convivencia, sino que prueba relaciones sexuales

⁵⁵ El PACS es un contrato que, creado a pedido de los homosexuales pero usado por heterosexuales u homosexuales para oficializar su convivencia y gozar de beneficios similares a los del matrimonio, se sitúa en una zona neutra entre el Derecho de contrato y de familia. Se celebra con la finalidad de organizar la vida en común de los pacses, que no son ni cónyuges ni concubinos. Citado por ROUILLON ALMEIDA, Denisse; op. cit., pág. 149.

⁵⁶ VEGA MERE, Yuri; op. cit., pág. 173.

esporádicas; además, considera que tampoco la infidelidad es razón suficiente para determinar que una persona no es conviviente. *En la Casación N.º 264-2011 Lima*, no se considera infidelidad ni se acredita concubinato impropio con la prueba de la partida de nacimiento de una hija habida fuera de la unión de hecho porque se ha probado la existencia efectiva del concubinato en mérito al abundante material probatorio aportado por el demandante, sujetándose cabalmente al principio de la prueba escrita, sin que la demandada haya presentado prueba alguna que acredite sus afirmaciones respecto al incumplimiento por parte del actor de los deberes propios del matrimonio⁵⁷.

De otro lado, por costumbre jurisprudencial no se reconoce judicialmente a ninguna de las convivencias que se dieron de manera paralela o simultánea, ya que atentan contra los requisitos de singularidad, permanencia y notoriedad. En cambio, la unión de hecho sucesiva tiene la posibilidad de ser reconocida judicialmente por el tiempo convivido, si cumple con los requisitos de ley. A continuación, presentaremos el caso de una convivencia simultánea de un varón con dos mujeres en domicilios diferentes, que afectó no solo la singularidad de la unión de hecho, sino su propio reconocimiento judicial⁵⁸.

Se declara infundada la demanda sobre declaración de sociedad convivencial porque la demandante ha acreditado la permanencia y la notoriedad, pero su convivencia carece del elemento de singularidad, en razón de que se ha probado que el demandado convivía simultáneamente con dos mujeres en distintos lugares⁵⁹.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró fundado el Recurso de Casación, Expediente N.º 1925-2002-Arequipa, sobre la interpretación errónea del artículo 326 del Código Civil, señalando que no se cumplen los requisitos de permanencia, notoriedad y singularidad. Revocando lo resuelto por la Sala Superior, manifiesta que no se encuentra arreglado a la ley, pues ambos concubinatos eran impropios y simultáneos, conforme ha quedado establecido en autos y en la sentencia expedida por el juez de Primera Instancia, pues el fallecido concubino convivía indistintamente con ambas demandantes en domicilios diferentes, no dándose el requisito de permanencia en la unión de hecho que exige la ley. Para el reconocimiento de la unión de hecho, esta debe tener como objetivo alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Si el fallecido concubino ejercía vida en común con las dos demandantes de manera simultánea, no se aprecia de ninguna manera la intención de establecer una relación semejante a la que genera el matrimonio, configurándose más bien el concubinato impropio⁶⁰.

⁵⁷ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op. cit., pág. 93.

⁵⁸ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op. cit., pág. 93 y 94

⁵⁹ Casación N° 1925-02-Arequipa

⁶⁰ Casación N° 1925-02 – Arequipa.

Además, para que las uniones de hecho generen derechos patrimoniales deben ser realizadas y mantenidas con el objeto de cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, siendo uno de ellos de fidelidad. Cuando no se dan los requisitos de permanencia y fidelidad, ni la existencia del elemento singular en la unión de hecho, queda evidenciado que las dos relaciones tuvieron las características del concubinato impropio⁶¹.

Debido al incremento de las uniones de hecho paralelas en nuestro país, el ***Pleno Jurisdiccional Distrital de Familia del año judicial 2013 abordó el tema de las uniones de hecho simultáneas***. La interrogante consistía en: “Si dos o más personas solicitan judicialmente el reconocimiento de uniones de hecho simultáneas o paralelas con la misma persona del sexo opuesto, ¿a cuál de ellas debe reconocerse dicha situación jurídica?

Primera Ponencia:

No puede reconocerse la existencia de una unión de hecho si la convivencia se ha llevado de manera simultánea con dos personas distintas y en domicilios diferentes; porque no se presenta el elemento de singularidad, ni tampoco los requisitos de permanencia y fidelidad.

Segunda Ponencia:

Tratándose de uniones de hecho simultáneas o paralelas con una persona del sexo opuesto, si bien en aquellos casos se encuentra ausente el elemento de la singularidad; *sin embargo, se debe reconocer la unión de hecho de la accionante que actuó conforme al principio de la buena fe.*

VOTACIÓN

Por la posición número 01: Total de 09 votos.

Por la posición número 02: Total de 12 votos».

CONCLUSIÓN PLENARIA

El pleno adoptó por mayoría la segunda ponencia.

4. **Permanencia.-** Se entiende que la pareja concubinaria debe de tener una comunidad de vida estable y duradera, para aparentar que se trata de un comportamiento semejante al que mantienen los cónyuges. En nuestra legislación peruana se exige un plazo mínimo de dos años ininterrumpidos; por lo que la unión de hecho tiene que ser sostenida de forma ininterrumpida, no computándose el tiempo de dos años que puedan ser producto de la acumulación de períodos discontinuos. El plazo, complementado con el establecimiento del domicilio común, evitará los fraudes.

⁶¹ Casación N° 1925-02 – Arequipa.

La característica de la permanencia es importante, ya que a través de ella, la relación es generadora de derechos entre las partes. Si los deberes y derechos de los cónyuges contenidos en el artículo 287 del Código Civil nacen con ocasión del matrimonio, en el concubinato es a la inversa; el cumplimiento de los dos años de convivencia marca el hito legal que faculta reconocer la existencia de dichos derechos. Por lo que es factible la declaración judicial o notarial de la unión de hecho, a fin de establecer el régimen de sociedad de gananciales.

El Tribunal Constitucional reconoce como elemento esencial de la unión de hecho la estabilidad que está mencionada en la Constitución. Esta característica debe traducirse en la permanencia cuyo plazo mínimo es de dos años de convivencia, ha sido definido en el artículo 326 del Código Civil, el cual debe ser continuo e ininterrumpido. Agrega que a permanencia estable evidencia que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia⁶². Es necesario precisar que para dicho Tribunal no cualquier unión de hecho está amparada por la Constitución, son solamente la que cumple con los requisitos o presenta las notas de lo que en doctrina se denomina “concubinato *stricto sensu*” y siempre que haya durado al menos dos años continuos.

Existen separaciones temporales que no interrumpen el periodo de tiempo de la permanencia como puede ser el cambio del lugar del trabajo, por motivos de enfermedad, las rupturas momentáneas seguidas de una reconciliación o de otra índole. Pues lo que prevalece es el propósito de estar juntos, no existiendo ruptura de la unión de hecho.

En la legislación comparada, la Ley Catalana 10/1998 del 15 de julio, de uniones estables de pareja, establece el mismo requisitos de dos años, aunque no es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando los convivientes tienen descendencia común. Igualmente la Ley Aragonesa 6/1999, del 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas considera que hay pareja estable no casada cuando se ha producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años como mínimo, o se ha manifestado la voluntad de constituir la mediante escritura pública⁶³.

5. **Estabilidad.-** Esta implica compartir un techo común, y además cohabitar, es decir, vivir maritalmente como pareja, tener vida sexual. Para Yuri Vega Mere estas uniones constituyen una relación de afectividad análoga a la conyugal, cuando no hay hogar común no hay concubinato, quedando excluidas las uniones esporádicas o circunstanciales, las homosexuales, as de los transexuales las adulterinas las de los mal llamados matrimonios a prueba. Debiendo seguir la

⁶² Exp. 06572-2006-PA/TC del 06 de noviembre del 2007.

⁶³ ROUILLON ALMEIDA, Denisse; op. cit., pág. 151.

misma suerte aquellas situaciones en las que no se comparte una vida en común y sólo se comparte el lecho los fines de semana o de modo infrecuente⁶⁴.

Yuri Vega menciona la sentencia del 30 de enero de 1998 de la Corte Suprema mediante la cual se dispone que haya concubinato cuando un varón y una mujer hacen vida de casados sin ser tales, siempre que exista carácter de permanencia o habitualidad, aunque calla sobre otros requisitos. Por ello consideró que en el caso materia de casación en el que se discutía la atribución de paternidad al demandado, no bastó que la demandada y emplazado sostuvieran relaciones sexuales en forma esporádica en dos hoteles y que luego optaran por convivir cuando la actora resulto embarazada.

Asimismo, la Corte Suprema ha establecido que la pretensión de declaración de unión de hecho que no cumple con los requisitos de convivencia por el plazo de dos años ni con los elementos de publicidad y estabilidad deviene en infundada⁶⁵.

La estabilidad es una nota consustancial a las uniones de hecho. Lo que hace atractivas a estas relaciones no es tanto su carencia de formalidad, sino la posibilidad de interrumpir la convivencia, en cualquier momento y por cualquier causa. Una interrupción que puede ser para siempre y por la simple decisión mutua o unilateral de uno de los convivientes. Así, cuando existe el abandono por decisión unilateral de uno de los convivientes, el conviviente perjudicado tendrá derecho a una pensión de alimentos o a una indemnización según lo elija. Mientras que en el matrimonio, la sanción civil para el que abandono injustificadamente el hogar es la pérdida de los gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, en caso de una acción de divorcio por causal de abandono injustificado de a casa conyuga por más de dos años⁶⁶.

6. **Notoriedad.-** La unión del hombre y la mujer consistente en una comunidad de lecho, de habitación y de vida, debe de ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos. Si así no fuera mal podría llamarse de una apariencia de estado matrimonial⁶⁷.

Como se aprecia la notoriedad se encuentra manifestada en el público conocimiento de esta unión, por lo tanto debe ser notoria para los parientes, vecinos, amigos y cualquier persona allegada a los concubinos. Caso contrario, cuando la unión de hecho es ocultada, o se trata de una clandestina, no podrá asimilarse la misma a un matrimonio, pudiendo afectar la adquisición de derechos de terceros sobre materias personal y patrimonial (imposibilidad de consecuencias jurídicas).

⁶⁴ VEGA MERE, Yuri; op. cit., pág. 174.

⁶⁵ Casación N° 1523-2011- Piura

⁶⁶ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op. cit., pág. 97.

⁶⁷ BOSSERT, Gustavo A.; op. cit., pág. 41.

Cotidianamente, cuando se conoce a una pareja, la conducta que mantiene en forma pública podrá hacer pensar a los terceros que se trata de un matrimonio, nadie pide un Acta del Registro Civil para verificar si los miembros de la pareja se encuentran efectivamente casados. Muchas veces sucede que, años después de conocer a una pareja el tercero se entera de que no se encuentran legalmente casados, sino que mantienen una unión de hecho y su comportamiento es similar al matrimonial. La forma pública en que se han comportado los miembros de la pareja tiende a posibilitar su acreditación en el momento en que se reclame la procedencia de algún derecho, y a tal fin podrán utilizarse todos los medios de prueba disponibles⁶⁸.

Nuestro Código Civil en su artículo 326 hace referencia a la “*posesión constante de estado*”, lo cual significa que los convivientes son considerados una pareja frente a terceros. Así para la comunidad en general, ese hombre y esa mujer forman una pareja: tienen un alojamiento propio reparten sus alimentos y ponen probablemente sus recursos en común⁶⁹.

7. **Ausencia de impedimentos matrimoniales.**- Ambos concubinos tienen que estar libres para casarse. Sólo da lugar a la sociedad de bienes la unión de hecho de dos personas solteras sin impedimento matrimonial⁷⁰. Esto se encuentra corroborado con lo establecido en el inc. 3 del artículo 402 del Código Civil, cuando “...se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales”. Nuestra legislación civil cuando regula las uniones de hecho, no distingue las clases de impedimentos, sean absolutos (artículo 241) o relativos (artículo 242).

El artículo 5 de la Constitución Política del Perú, establece que el varón y la mujer deben encontrarse “*libres de impedimento matrimonial*”. Esta situación ha determinado que se distinga entre unión de hecho propia, aquella en la que no media impedimento matrimonial entre la pareja, y la unión de hecho impropia, aquella en la que existe impedimento matrimonial; cuestión que es aludida expresamente en el artículo 326 del Código Civil, que regula los efectos patrimoniales de la unión de hecho entre los convivientes: “tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido”

Sin embargo, este último requisito no debe ser apreciado como indispensable para todos los casos. Frente a los hechos mismos, de los cuales se hacen derivar consecuencias jurídicas, no cabe hacer incidir los impedimentos que están destinados a evitar el surgimiento de un estado de familia, cuya trascendencia no

⁶⁸ AZPIRI, Jorge O.; op. cit. pág. 65.

⁶⁹ ROUILLON ALMEIDA, Denisse; op. cit., pág. 151.

⁷⁰ Casación 297-1995, en ROUILLON ALMEIDA, Denisse; op. cit., pág. 152.

puede ser equiparada a las consecuencias que se siguen en determinados hechos. Y es que los efectos jurídicos provenientes o vinculados a la unión de hecho, se proceden igualmente haya o no tales impedimentos, los que quedan determinados por las circunstancias fácticas que rodean al hecho que nos ocupa, y entre las cuales figura la vida en común de la pareja. Es por esto que el legislador puede establecer ciertas excepciones expresas – a la regla constitucional – cuando medien impedimentos matrimoniales; como ocurre, por ejemplo, cuando se define el concubinato para efectos de la reclamación de la paternidad extramatrimonial, en el que es intrascendente la existencia o no de impedimentos matrimoniales entre el hombre y la mujer que la conforman (artículo 402, inciso 3, del Código Civil); o, cuando se considera la comunidad de vida para mantener irrepetibles los alimentos ya abonados (artículo 1275 del Código Civil)⁷¹.

En la doctrina existe una gran polémica sobre si la unión de hecho puede celebrarse entre personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio o si solo existe cuando no existen dichos impedimentos. Bossert sostiene que en el concept de concubinato cabe incluir a las uniones en las que existan impedimentos matrimoniales entre los miembros, y que sus efectos se producen igualmente haya o no tales impedimentos; los efectos quedan determinados por las circunstancias fácticas que rodean el hecho, entre las cuales figura la vida en común de la pareja y esto evidentemente no se altera por la existencia de impedimentos matrimoniales. En cambio, Lopez del Carril distingue la unión libre, en la que no existen impedimentos para contraer matrimonio y la unión de dos personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio, situación que se daría cuando existe incesto o adulterio, y a estas últimas uniones las descalifica por inmorales e ilícitas⁷².

8. **Ausencia de formalidad.**- En el Perú los concubinos se unen libre y voluntariamente para *iniciar* un proyecto de vida, asimilable a los derechos y deberes del matrimonio, pero a diferencia de éste, a los convivientes no les une un acto solemne o manifestación del consentimiento matrimonial, siendo la falta de formalidad una de las características de la unión extra matrimonial. Sin embargo, existe una manifestación de voluntad de los convivientes transcurrido el plazo legal de dos años ininterrumpidos, para el reconocimiento judicial o notarial, ya que la sentencia y la escritura pública son documentos públicos que *declaran* la adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo. No debiendo confundirse, la inscripción de las uniones de hecho en los Registros Personales llevados a cabo, por las distintas Oficinas Registrales del país, que incluso se ha creado el Índice Nacional de las Uniones de Hecho que formará parte del Índice

⁷¹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F.; “Manual de Derecho de Familia”, Editorial, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2002, pág, 251.

⁷² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; “*Tratado de Derecho de Familia*”, Matrimonio y Uniones de Hecho, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2011, pág 411.

Nacional del Registro Personal, pues la única finalidad es la de otorgar seguridad jurídica a través de la publicidad registral, para que terceros tomen conocimiento del inicio y fin de la comunidad de bienes, y de protección de ambos convivientes frente a cualquier acto indebido de apropiación entre ellos.

En el Derecho comparado existen registros de parejas de hecho, que tienden a equiparar la unión libre con el matrimonio. Desde que en 1982, y auspiciado por el Consejo de Europa, se celebró el primer y único Congreso sobre parejas no casadas, han sido muchos los países de la Unión Europea que han adaptado sus legislaciones al fenómeno convivencial y adoptado registros de pareja de hecho con la finalidad de servir como elemento de acreditación de su existencia frente a terceros. Es el caso, por ejemplo, del Decreto 35/2005, del 15 de febrero, por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, n° 38 de 23 de febrero de 2005) en Andalucía, que complementa la Ley 5/2002, del 16 de diciembre, de Parejas de Hecho⁷³.

Finalmente, hay que remarcar que los tres primeros párrafos del artículo 326 del Código Civil, se refieren a las uniones de hecho propias, y el último párrafo se refiere a las uniones de hecho impropias o con impedimentos legales, dirigiéndose este último a proteger a uno de los concubinos frente al riesgo de que enriquecimiento indebido del otro, cuando el concubinato no haya durado dos años continuos, no exista principio de prueba escrita sobre la posesión constante del estado concubinario, o alguno de los concubinos (o ambos) están impedidos de casarse.

6. TEORÍAS REGULATORIAS DE LA UNIÓN DE HECHO.

Encontramos en la doctrina jurídica, diversas teorías que explican la regulación legislativa de las uniones de hecho, adoptadas de manera positiva y negativa, por los diversos países de acuerdo a su política estatal, considerando factores sociales, económicos, éticos y religiosos. Determinando a diversos autores, legisladores y jueces diversas concepciones acerca de cómo el derecho debe enfrentar a este creciente fenómeno social.

En este sentido, convenimos con las ideas de Cornejo Chávez, quien manifiesta que: “en realidad el problema no es el de saber si conviene o no que la ley gobierne el concubinato, sino el de establecer en qué sentido y con qué mira final debe hacerlo, es decir, si debe procurar, con medidas adecuadas, su paulatina disminución y eventual desaparición, o si, al contrario, debe prestarle amparo y conferirle así la solidez que le falta”⁷⁴.

⁷³ DENISSE ROUILLON, Almeida; op. cit. pág. 152.

⁷⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit. pág. 74.

a) TEORÍA SANCIONADORA

Para esta teoría la legislación no sólo debe desconocer efectos jurídicos al concubinato sino que a través de sus disposiciones deben combatir las uniones. En tal sentido se sostiene que es necesario sancionar la unión concubinaria haciendo más gravosa su situación legal, como una forma de disuadir a las personas de que se mantengan en este estado y contraigan matrimonio⁷⁵.

Planiol y Ripert afirman que deben ser aceptadas sin vacilación medidas de orden fiscal que equilibren el peso de los impuestos sobre los hogares falsos y los verdaderos y aun que graven más los primeros⁷⁶. Entendiéndose que estos autores pretendían eliminar las uniones de hecho dentro de la sociedad.

Esta teoría castiga, procurando evitar que se repitan y se extiendan las uniones de hecho, mientras que en la teoría abstencionista se dejan fuera de la ley.

En este sentido, Peralta Andía explica que una de las orientaciones en cuanto a las uniones de hecho es prohibirlas y sancionarlas por las razones siguientes: la libertad sin límites de los concubinos que ocasiona graves consecuencias para la mujer y los hijos, y que, por lo tanto, no pueden ser jurídicamente protegidos; el concubinato representa un peligro social para la mujer y los hijos frente a la inminencia del abandono y el despojo patrimonial; y, por el engaño o perjuicio económico que podría resultar para terceros la apariencia de un hogar falso. Por consiguiente, sostiene que la ley debe prohibir y sancionar drásticamente las uniones de hecho procurando su extirpación definitiva; o, en su caso, la normatividad legal deberá imponerle cargas. Comenta que esta orientación se ha seguido desde el Concilio de Trento, que autorizaba la separación de los concubinos por la fuerza; y la antigua legislación albanesa y rumana, que sancionaron el concubinato con pena privativa de la libertad y multas pecuniarias, respectivamente⁷⁷.

b) TEORÍA ABSTENCIONISTA

La teoría abstencionista considera que carece de sentido regular la unión de hecho con requisitos referentes a su constitución y desarrollo porque implicaría otorgarle solidez al concubinato, equiparándolo con el matrimonio mismo⁷⁸. Estas legislaciones omiten toda normativa sobre la unión de hecho.

El ejemplo típico es el Código Civil Francés que no reguló ningún efecto del llamado concubinato, respaldado por la frase atribuida a Napoleón, que ante el Consejo de Estado sentenció: “los concubinos prescinden de la ley; la ley prescinde

⁷⁵ AZPIRI, Jorge O.; op. cit., pág. 49.

⁷⁶ PLANIOL, Marcel – Ripert, Georges; “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, trad. Por Mario Díaz Cruz, Tomo II, La Habana, 1946, pág. 79.

⁷⁷ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op., cit., pág. 94 y 95.

⁷⁸ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; “Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho”, Fondo Editorial Academia de la Magistratura, Lima, 2014, pág. 52.

de ellos”⁷⁹. La redacción original del Código Civil Francés o Código de Napoleón adoptó esta posición abstencionista, que ejerció influencia sobre las codificaciones americanas y europeas del siglo IX. Encontrándose como la única referencia explícita en el artículo 232, cuando, ante la nulidad del matrimonio con mala fe de ambos contrayentes, establecía que “su unión será reputada como un mero concubinato”; esto significaba que carecían los contrayentes de todo derecho personal emergente de esta unión. Esta aptitud fue modificada en Francia por medio de la alusión del Pacto Civil de Solidaridad

En el pasado, diversos países le han otorgado al concubinato una connotación negativa; sin embargo, la tendencia actual entiende que la convivencia estable se produce por la libre disposición de la pareja, lo que implica que es absurdo descalificar social o moralmente esa situación⁸⁰.

El fundamento ideológico de esta posición no se encuentra sólo en que el comportamiento de los miembros de la unión de hecho de apartarse en forma voluntaria de toda regulación legal. Sino también es posible agregar una valoración de la institución matrimonial como forma adecuada de organización de la sociedad, protegida por la ley y apreciada desde los puntos de vista ético, moral y social.

Se considera que reconocer efectos jurídicos a la unión marital de hecho significaría un menoscabo del matrimonio, porque sería colocar en pie de igualdad comportamientos que merecen diferente valoración. En el caso del matrimonio, los cónyuges han decidido asumir los compromisos morales y jurídicos que implican las nupcias, mientras que en la unión de hecho los convivientes se han abstenido voluntariamente de contraer las responsabilidades que la ley impone⁸¹.

Esta teoría no implica un desconocimiento a la realidad, por cuanto no ignora que existen personas unidas sin estar casadas, pero rechaza la posibilidad de que tales uniones, tengan una regulación, aunque no sea parcial, de sus efectos, a fin de no estimular ese tipo de comportamiento y de evitar de esa manera una posible asimilación a las uniones matrimoniales. Por tanto, un factor importante que ha alimentado la teoría abstencionista ha sido la posición moral sobre el concubinato, rechazándolo por contravenir los preceptos religiosos y sociales de la época.

Para Cornejo Chávez, las razones por las cuales se pone empeño en extirpar el concubinato no son únicamente de orden religioso sino, también, de carácter sociológico y que pueden resumirse en que la libertad sin límites de que gozan los concubinos es incompatible con las familias que crean. En efecto: a) desde el punto de vista de la mujer, ella generalmente es el sujeto débil de la relación, colocándola

⁷⁹ AZPIRI, Jorge O., op. cit, pág. 47, citando a Eduardo A. ZANNONI, Eduardo A.; “Derecho Civil – Derecho de Familia”, Tomo II, 3ra. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 268.

⁸⁰ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op., cit., pág. 53.

⁸¹ AZPIRI, Jorge O.; op. cit. pág. 48

en un doble riesgo de quedar desamparada cuando ni los hijos que ha procreado, ni su edad, ni el propio antecedente de su convivencia sexual le brindan la perspectiva de una unión duradera con distinta persona; y el de que, amén de esto, la despoje su concubino del patrimonio, que ella ayudó a formar con su trabajo o su colaboración indirecta. b) la inestabilidad de la unión concubinaria no es la mejor garantía para la manutención y educación de sus hijos; y, finalmente, c) para los terceros que, engañados por la apariencia de un matrimonio, contratan con una presunta sociedad conyugal, el descubrimiento tardío de la verdadera índole de la unión puede hacerles víctimas de manejos dolosos de los concubinos⁸².

Peralta Andía señala que la teoría abstencionista es la que ignora la existencia de las uniones de hecho, omitiendo todo tratamiento legislativo sobre concubinato y sus consecuencias. Señala que el concubinato es un acto que afecta la moral y las buenas costumbres; por ende, no produce consecuencias legales en el plano personal ni en el plano patrimonial. Si los concubinos prescinden de la ley para sus uniones de hecho, así también la ley debe mantenerlos al margen de ella e ignorarlos⁸³.

El Código Civil de 1984 ha adoptado la posición abstencionista en la redacción del artículo 326 del Código Civil referente a la unión de hecho, limitándose a establecer su regulación en un solo artículo, haciendo hincapié en la relevancia de la inexistencia del impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Sin embargo, en aras de flexibilizar este abstencionismo, nuestros legisladores han modificado paulatinamente la legislación para reconocerles algunos derechos matrimoniales como los derechos sucesorios, que han reconocido entre los convivientes⁸⁴.

El modelo legal de la unión de hecho peruano basado en la teoría abstencionista destaca la inexistencia de impedimento matrimonial porque la relación convivencial de solteros puede formalizarse convirtiéndose en matrimonio y exige para su reconocimiento hacer vida en común de manera exclusiva con una sola persona, de acuerdo con nuestro modelo constitucional de familia monogámica.

La historia ha demostrado que la teoría abstencionista no ha logrado el propósito de desalentar la constitución y el crecimiento de las uniones de hecho, debido a que las causas que las motivan son de carácter social, cultural y económico, siendo conveniente conocer y analizar estas causas para proponer una política pública coherente sobre esta creciente institución familiar⁸⁵.

⁸² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit. pág. 75.

⁸³ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op., cit., pág., 95.

⁸⁴ A través de la Ley N.º 30007, ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho, del 17 de abril de 2013.

⁸⁵ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op., cit., pág. 54.

c) TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.

Esta teoría está recogida en el artículo 9 de la Constitución de 1979, ya derogada, donde se consideraba que las uniones de hecho no eran fuente generadora de una familia, siendo productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía familia, por tanto, en esta Constitución matrimonio y familia aparecían vinculados, siendo claro que la familia que se protegía era la de origen matrimonial⁸⁶, por lo que estas premisas fundamentaban la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de los órganos jurisdiccionales comunes de nuestro país, como por ejemplo en la STC N° 03605-2005-AA del Tribunal Constitucional, sobre el otorgamiento de pensión de viudez de una conviviente supérstite dentro de los alcances del Decreto Ley N° 20530. Entonces la tesis de la apariencia al estado matrimonial, ha sido seguida por nuestro ordenamiento jurídico, hasta el 11 de enero del 2007, donde la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, expidió la STC N° 09708-2006-PA, adoptando la *teoría de la equiparación del matrimonio*, que más adelante estudiaremos, sobre el mismo tema que la anterior jurisprudencia citada, otorgamiento de pensión de viudez a favor de una conviviente supérstite y vulneración al derecho a la seguridad social, conforme al Decreto Ley N° 20530

Estas premisas son fundamentales para entender el artículo 326 del Código Civil, pues este, ha sido redactado a la luz de la Constitución de 1979, debiéndose en la actualidad interpretar en concordancia con la *nueva corriente jurisprudencial del Tribunal Constitucional de la equiparación del concubinato al matrimonio*; entendiéndose que ha habido una evolución de la jurisprudencia como fuente del derecho, la cual hace crecer, implementar y mejorar una determinada materia jurídica, creando principios que pueden ser recogidos por la doctrina y la ley, máxime si en las dos Constituciones se han reconocido el principio de amparo a las uniones de hecho.

Esta teoría considera que para que se configure el reconocimiento judicial de la unión de hecho, será aquella que persiga alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad⁸⁷.

La existencia el estado aparente de familia que genera el concubinato da cabida al surgimiento de un derecho aparente, según autores como Gustavo A. Bossert, llegando a originarse relaciones jurídicas de la pareja (o uno de sus miembros) con terceros, como si fuesen un matrimonio, gozando de sus aparentes efectos pertinentes, siempre y cuando esta unión cumpla con los requisitos legales

⁸⁶ PLACIDO VILCACHAGUA, ALEX F.; Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y de las Uniones Estables, editorial Instituto del Pacífico, 2da. Edición, Lima, 2017, pág. 396 y 397

⁸⁷ PLACIDO VILCACHAGUA, ALEX F.; “Manual de Derecho de Familia”, Editorial, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pág. 249.

como la estabilidad y singularidad. De ahí que, al surgir de la unión de hecho una familia, esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico, sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución de la familia.

Invoca esta teoría que la ley debe imponerle mayores cargas legales al concubinato, haciéndolo menos atractivo; lo que virtualmente fomentará el matrimonio. Por tanto, se justifica que excepcionalmente se reconozca a la unión de hecho como productora de determinados efectos personales y patrimoniales⁸⁸.

En el aspecto personal, es donde la tesis de la apariencia al estado matrimonial demuestra su real aplicación. Se parte de considerar que en una unión de hecho la vida se desarrolla de modo similar en la que sucede en el matrimonio. En tal virtud, la unión de hecho presenta en su interior una estructura que le asemeja al contenido real de los cónyuges; lo que se funda en la realidad esa pareja, en su funcionamiento y en su autonomía, semejantes a las del matrimonio, siendo ellos mismos los elementos que sirven de soporte al fundamento ético de los deberes que surgen de ese estado familiar. Sin embargo, y no produciendo los mismos efectos que en el matrimonio, el tratamiento y las consecuencias jurídicas de los deberes familiares emergentes de una unión de hecho son diferentes a los de aquel⁸⁹.

Permítaseme en este punto, referirme sobre algunos casos de aplicación analógica de los efectos personales de los convivientes, donde según la doctrina se vislumbra con mayor intensidad la tesis de la apariencia al matrimonio; a sabiendas, que nuestra investigación es sobre los efectos patrimoniales, que sigue la tesis de la equiparación al matrimonio, de conformidad con la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la pensión de viudez de una conviviente supérstite, que posteriormente analizaremos, siendo los siguientes:

En el ámbito material del deber de asistencia entre los cónyuges existe una obligación legal de alimentos, que puede subsistir incluso después del divorcio. En la unión de hecho se presenta como una obligación alimentaria similar a los cónyuges; sin embargo, esta no es legal, sino de carácter natural. Fundamentándose el derecho de los alimentos entre los convivientes en la preservación del sentimiento familiar que los vincula y que se hace sentir de modo tan evidente en la estructura y funcionamiento de la propia unión de hecho. Demostrando, en su naturaleza y esencia un contenido moral derivado de ese estado de familia. El reconocimiento de la obligación natural de alimentos tiene como consecuencia principal la irrepetibilidad de los que se ha pagado en cumplimiento de esa obligación de acuerdo con el artículo 1275 del Código Civil: “no hay repetición de lo pagado... para cumplir

⁸⁸ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; “Derecho de Familia”, Tomo I – Sociedad Conyugal, Editorial Huallaga, Lima, 1998, pág. 198

⁸⁹ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; op. cit., pág. 198.

deberes morales o de solidaridad social...”. De otra parte y si la unión de hecho termina por decisión unilateral este deber natural se transforma en una obligación legal de prestar alimentos a cargo del abandonante cuando el abandonado apta por esta pretensión⁹⁰.

Si se considera el deber de cohabitación, observamos que los cónyuges deben hacer vida en común en el domicilio conyugal; que de cumplirse unilateral injustificadamente origina una separación de hecho, susceptible de configurar la causal de abandono injustificado de la casa conyugal para demandar el divorcio. En la unión de hecho existe un deber natural de cohabitación semejante al legal de los cónyuges; no obstante, el incumplimiento unilateral de este deber ocasiona la terminación de la unión de hecho, al desaparecer la convivencia que es el fundamento de su vigencia. Por ello y desde el punto de vista jurídico, en esta circunstancia los exconvivientes no ingresan en un estado de separación de hecho⁹¹.

Finalmente si se analiza el deber de fidelidad, comprobamos que los cónyuges recíprocamente deben ser fieles; que de cumplirse en el aspecto material negativo, el adulterio y la homosexualidad son causales para demandar la separación de cuerpos o el divorcio. En la unión de hecho, por su singularidad se presenta el deber natural de fidelidad; que de inobservarse en cuanto a la incontinencia sexual, no se configuran las causales mencionadas y, en todo caso, provocara la terminación de la unión de hecho⁹².

Castro Avilés, Evelia Fátima, dice que el Código Civil de 1984, adopta dos teorías, la posición abstencionista y la de la apariencia jurídica. Es decir, el varón y la mujer como pareja tienen entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años. La aplicación conjunta de la teoría abstencionista y la teoría de la apariencia del estado matrimonial tiene una especial connotación jurídica. Se trata de una posición conservadora, cuya finalidad es promover el matrimonio, erradicar las uniones de hecho y formalizar a las existentes siempre que cumplan con los requisitos de ley, los cuales son similares al matrimonio⁹³.

En el caso peruano, ninguna pareja de convivientes puede acercarse al Registro Civil para constituir una unión de hecho, ya que solo se puede recurrir a la vía notarial o judicial para que le reconozcan su relación de pareja que se realizó con una anterioridad de dos años. Esta situación se relaciona con el principio de reconocimiento de las uniones de hecho, el *cual concede efectos retroactivos al reconocimiento notarial o judicial*. La condición del artículo 326 del Código Civil,

⁹⁰ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; op. cit., pág. 198

⁹¹ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; op. cit., pág. 199

⁹² VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; op. cit., pág. 199

⁹³ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op. cit., pág. 54 y 55.

en la que exige que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos, le coloca la nota distintiva con relación a otras instituciones jurídicas, porque al exigir el tiempo de convivencia, se está exigiendo la comprobación del mismo, lo que significa el reconocimiento retroactivo de la relación convivencial. A diferencia del matrimonio que opera hacia el futuro, la unión de hecho reconoce el pasado, situación que se evidencia cuando la relación convivencial termina por muerte, abandono, rompimiento unilateral o de mutuo acuerdo. Aunque la relación se encuentre vigente, si se solicita el reconocimiento notarial es porque se quiere lograr algún efecto personal o patrimonial de la unión de hecho⁹⁴.

d) TEORÍA EQUIPARADORA.

Esta teoría confiere a la unión marital de hecho, después de cumplidos determinados requisitos los *mismos efectos* que al matrimonio. El fundamento que se brinda para justificar esta solución corresponde a una *necesidad social*, sin detenerse a valorar las causas de ese comportamiento, por lo que, cuando los concubinos eligen libremente, no importan las razones; pues al ser una conducta similar a las de los cónyuges, sin haber celebrado justas nupcias, el legislador no podrá ignorar esta realidad.

Se sostiene también que en estos casos se encuentra justificada la imposición de una respuesta legal a quienes voluntariamente no quisieron asumir ningún compromiso, porque es un deber del Estado regular la conducta de las personas dentro de la sociedad y tener previstas soluciones a los conflictos que se pudieran presentar como una manera de evitar situaciones de injusticia o de aprovechamiento de un individuo en perjuicio del otro miembro de la pareja⁹⁵.

El ordenamiento legal peruano ha otorgado de manera paulatina derechos matrimoniales a los convivientes. Se empezó por el reconocimiento de la sociedad de gananciales, el reconocimiento notarial y, finalmente, los derechos sucesorios para el conviviente, como si fuera cónyuge. De esta manera, en el Perú se ha producido una evolución en el tratamiento jurídico de la unión de hecho, entre las Constituciones de 1979 y 1993, porque se ha pasado de la teoría de la apariencia al estado matrimonial a la teoría de la equiparación al matrimonio; pues como veremos más adelante, en la Constitución Política del Perú de 1979 las uniones de hecho no generaban familia, siendo productora de puros efectos patrimoniales, por lo que adoptaban la *teoría de la apariencia del estado matrimonial*, (véase por ejemplo la STC N° 03605-2005-AA); mientras que en la *Constitución Política del Perú de 1993*, por el contrario, las uniones de hecho son productoras tanto de efectos personales como patrimoniales, desde que se admite que genera familia; *siguiéndose ahora la teoría de la equiparación al matrimonio*, conforme se puede apreciar en la STC N° 09708-2006-PA de fecha 11 de enero del 2007, referente a la vulneración

⁹⁴ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op. cit., pág. 55.

⁹⁵ AZPIRI, Jorge O.; op. cit., pág. 51.

del derecho a la seguridad social y a obtener una pensión por la negativa de otorgar una pensión de “viudez” a favor de una conviviente supérstite dentro de los alcances del D. Ley N° 20530, norma legal, que únicamente reconoce tal pensión a favor del cónyuge supérstite.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, ha continuado su corriente jurisprudencial, adoptando la teoría de la equiparación, mediante la STC N.º 06572-2006-PA, de fecha 06 de noviembre del 2007, al declarar fundada la demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) sobre el otorgamiento de pensión de viudez, interpretando el artículo del artículo 53 del Decreto Ley 19990.

Siendo esto así, el Tribunal Constitucional Peruano, al ser el órgano jurisdiccional supremo de interpretación y control de la constitucionalidad de las leyes y otras normas de rango infralegal, responsable de hacer efectiva la primacía de la Constitución, ante las normas legales, en nuestro caso el artículo 326 del Código Civil, adopto la tesis de la equiparación del matrimonio, determinando la ***concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho*** contenidas en la Constitución de 1993.

En consecuencia, esta teoría de la equiparación del concubinato al matrimonio, respalda nuestra hipótesis de investigación, y será el punto de referencia jurisprudencial, para que los pactos entre concubinos sobre sus bienes comunes, puede ser reconocidos por los tribunales de justicia ordinarios, toda vez que el máximo intérprete de la Constitución ha equiparado la igualdad del matrimonio con el concubinato, permitiéndose así, al igual que las capitulaciones matrimoniales de los cónyuges durante el matrimonio, que los concubinos puedan cambiar de régimen patrimonial a través de pactos, cuyo contenido debería estar acorde con el orden público, las buenas costumbres, de nuestro ordenamiento jurídico interno, en consonancia con los cambios dinámicos, que se producen en nuestra sociedad -orden público dinámico-. Así pues, el referido cambio de los bienes comunes de los concubinos sujetos al régimen de sociedad de gananciales mediante pactos, se podría dar a través de la utilización de la figura jurídica de la analogía jurisprudencial del Tribunal Constitucional o de una modificación lege ferenda del artículo 5 de la Constitución y art. 326 del Código Civil, la cual anexamos, a la presente investigación.

Respecto a la legislación comparada, la teoría equiparadora es adoptada por el Código de Familia de Bolivia que rige según el artículo 480 desde 2 de abril de 1973, regulando en su artículo 159 como regla general que: “*las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto a las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación*”. Contemplando la regulación de las

Uniones Conyugales Libres o de Hecho en el Título V, Capítulo único denominándolo: De los Efectos Personales y Patrimoniales de las Uniones Libres, en sus artículos 158 al 172⁹⁶.

Asimismo en los Códigos de Familia de Cuba (art. 18 y 19), de El Salvador (art. 188 y ss.); en las constituciones de Honduras (art. 11), de Ecuador (art. 23); en el Código Civil de Guatemala (art. 173 y ss.); en la ley 54 de 1990 de Colombia, en el Código de la Familia de Panamá desde 1995 y en algunos estados de México - como en el de Hidalgo- se equiparan los derechos de los concubinos a los de los cónyuges, luego de que se ha cumplido una determinada cantidad de años de convivencia y ese hecho ha quedado demostrado fehacientemente.

e) TEORÍA PROTECCIONISTA.

La regularización más generalizada es la que prefiere contemplar situaciones puntuales, reconociendo ciertos derechos emergentes de la unión marital de hecho en casos específicos, pero sin que exista una reglamentación orgánica de esa situación.

En la actualidad esta teoría es adoptada por Argentina, Francia, España (en diversas comunidades), Paraguay (en los artículos 217 a 224 del C.C. de 1987) y Brasil, países en los que se han incorporado soluciones legislativas para las cuestiones más esenciales que se pueden presentar dentro de la vida de una pareja de hecho y, sobre todo, en los casos en que la misma finalice.

La forma de reglamentar los efectos de la unión de hecho puede variar en los países, encontrándose legislaciones de forma totalmente inorgánica, referidas fundamentalmente a situaciones de amparo social, y en otras verdaderas regulaciones sistemáticas de los efectos de las uniones de hecho, admitiéndose que sean los propios interesados los que provean las consecuencias de las uniones mediante acuerdos celebrados entre ellos, y contemplándose de manera supletoria las soluciones legales de forma concreta frente a los problemas más frecuentes que se pueden presentar, tanto durante la vigencia de la unión de hecho como a su terminación⁹⁷.

Las razones para adoptar esta posición legislativa se encuentra en que se ha producido en los últimos años un aumento considerable del concubinato, dejando de lado la descalificación social que había merecido en épocas pasadas, imponiéndose una consideración similar a la del matrimonio. Por lo que la libertad de los concubinos que deciden no contraer matrimonio no es contraria pues las regulaciones legales, responden a un mínimo de justicia indispensable dentro de una organización

⁹⁶ TORRES PAREDES, René; "Código de Familia", con modificaciones y concordancias, Editorial los Amigos del Libro, la Paz – Cochabamba – Bolivia, año 1988, pág. 79 y 80.

⁹⁷ AZPIRI, Jorge O.; op. cit., pág. 52.

social, al igual como sucede en las normas orden público, las cuales imponen parámetros a los particulares, los que a pesar de no estar de acuerdo debe cumplirlas para el buen funcionamiento de la sociedad. En consecuencia, aun en el caso de querer quedar totalmente al margen de los deberes que la ley impone a los matrimonios, *existe un deber de solidaridad* entre los concubinos, que hace necesario regular determinadas consecuencias jurídicas; entonces, se trata de establecer un adecuado *equilibrio* entre los *valores de la libertad y la solidaridad*, y éste es un deber que le cabe al legislador de cada país.

7. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA APLICABLES A LAS UNIONES DE HECHO.

Los principios del Derecho de Familia aplicables a las uniones estables son los siguientes⁹⁸:

- a) Reconocimiento de las uniones estables: Estas uniones, dada su trascendencia fáctica, deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos, regulando las relaciones personales, patrimoniales y lo relativo a la filiación. En virtud de este principio se logra no la promoción de las uniones estables, sino la tutela y el amparo de estas, recogiendo jurídicamente estas instituciones dada su trascendencia en la práctica.
- b) Limitación a la autonomía de la voluntad: No es de aplicación este principio, en cuanto la duración de la convivencia está sujeta a la libre determinación de las partes; siendo, por el contrario, la manifestación más excelsa de la irrestricta autonomía de la voluntad de las partes.
- c) Protección de la familia: La Constitución y el Código Civil al reconocer que el matrimonio y la unión de hecho son fuentes generadoras de familia, otorgan plena protección a ambas figuras jurídicas. La familia que surge a partir de las uniones estables debe ser protegida y tutelada.
- d) Promoción del matrimonio: Principio constitucionalmente reconocido. Desde esta perspectiva, considerando la promoción como un incentivo, a las uniones de hecho no le es aplicable. Sin embargo, es de reconocer que la conducta pasiva del Estado y los altos costos del matrimonio civil, constituyen barreras que de manera indirecta y no querida, propician la proliferación de uniones libres. Dentro de este contexto, la creación de Registros de Convivientes en algunos gobiernos locales, si bien es un avance, no constituye más que una prueba sin efectos, si no ha sido legalmente declarada dicha unión a través de la sentencia judicial o su reconocimiento notarial.

⁹⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; “*Tratado de Derecho de Familia*”, Matrimonio y Uniones de Hecho, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2011, pág. 394 y 395.

- e) Principio de igualdad: El artículo 6 de la Constitución de 1979 consagró por primera vez la igualdad de los hijos al señalar “Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”. Situación que se hizo extensible a los hijos nacidos de las uniones estables y que acabó con la estigmatización de consignar en la partida de nacimiento si era o no legítimos por provenir de uniones matrimoniales o convivenciales.
- f) Protección a los menores e incapaces: Todas las relaciones parentales y de amparo como son los alimentos, patria potestad, curatela y consejo de familia le son aplicables a los hijos nacidos de uniones de hecho, independientemente que dichas relaciones tengan o no impedimento matrimonial. Situación que consagra el principio de igualdad de derechos de todos los hijos.

8. LA UNIÓN DE HECHO Y LA COMUNIDAD DE BIENES.

a) ASPECTOS GENERALES.

El concubinato fue por primera vez regulado como tal, en el artículo 9 de la Constitución Política de 1979. Postura del legislador constitucional que tuvo continuidad con el artículo 5 de nuestra vigente Constitución Política de 1993. Se dice que esta regulación constitucional tiene la naturaleza de declarativa, pues regula una realidad ya existente en la Sociedad.

En efecto, hablar de concubinato en nuestro país es hablar de una realidad social cierta e inevitable, motivo por el cual el legislador de finales del Siglo XX no pudo seguir obviando su regulación y es que antes y ahora, muchas parejas prefieren asumir el status de concubinos, huyendo de los costos, obligaciones y cargas que implica para ello la unión marital⁹⁹.

b) REALIDAD SOCIAL.

Estando ante una realidad social cierta y en incremento, es que el concubinato fue germinando en nuestra legislación, desde ser ignorado por toda norma hasta ser instituido y reconocido por la norma que se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución.

Como se ha recordado inicialmente la Constitución de 1979 reconoció a las uniones de hecho, como fuente generadora de efectos patrimoniales, esta postura sufrió una ostensible variación en la Constitución Política de 1993, puesto que la Constitución vigente reconoce a las uniones de hecho no sólo como fuente

⁹⁹ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; “Uniones de Hecho” - Efectos Patrimoniales, Personales, Derechos Sucesorios y su Inscripción Registral -, Adrus D&L Editores S.A.C., Lima, 2015, pág. 47.

generadora de efectos patrimoniales, sino que especialmente las reconoce como fuente generadora, creadora o constitutiva de familia, es por ello que en la actualidad el concubinato genera efectos personales entre los convivientes.

Al respecto ha citado Alex Placido, que el Código Civil de 1984 se sustenta en los postulados de la Constitución de 1979 y, por ello, toda su normatividad está formulada sobre la idea de familia de origen matrimonial. Por esa razón, al tema de la unión de hecho sólo se le dedica un único artículo: el artículo 326 que la regula en su aspecto patrimonial, el Perú había ratificado en el año 1988, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En su artículo 15.1 precisa que “Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”. El principio de interpretación dinámica de los derechos humanos advierte de la evolución a la que asistimos: de considerar que sólo por contraer matrimonio se funda una familia, se pasa a apreciar que ésta puede ser fundada no sólo por contraer matrimonio. Esta disposición de rango constitucional es, pues, la que determinó contemplar en la Constitución de 1993 la desvinculación de familia y matrimonio. Por ello, hoy ya no se puede razonar desde la perspectiva de la Constitución de 1979 y, por lo mismo, las disposiciones del Código de 1984 deben ser releídas desde la perspectiva de la Constitución de 1993¹⁰⁰.

El mismo Profesor Alex F. Placido Vilcachagua, ha citado sin faltarle razón, que si bien el artículo 5 de la Constitución de 1993 alude expresamente a los efectos patrimoniales de dicha unión, no puede pasar desapercibido que el texto también refiere a la conformación de un hogar de hecho y, como es innegable, cualquier hogar se sustenta en el afecto de la pareja con fines de constituir una familia, compartiendo metas, proyectos, valores y, por lo general, para tener descendencia, dando lugar a relaciones personales entre los componentes del grupo familiar, éste merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promover el matrimonio como la principal base de constitución¹⁰¹.

Queda claro por lo tanto y hoy por hoy es mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia y por la doctrina, que a lo largo del tiempo en los instrumentos internacionales y nacionales de Derechos Humanos, se han ido separando los términos familia y matrimonio, términos como familia o vida familiar, no se limitan a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos familiares de facto¹⁰². Nuestra Constitución vigente a través de un concepto pluralista

¹⁰⁰ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. El Modelo Constitucional de Familia, la Orientación Sexual de los Padres y los Derechos de Hijo. En: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edon2/articulos/>

¹⁰¹ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/21555/el-principio-de-reconocimiento-integral-de-la-union-de-hecho-primero>.

¹⁰² Así la Constitución Política de 1979, mantenía un vínculo ingénito entre la institución matrimonial y la familia, desvinculándose estos términos a través de la Constitución de 1993.

de la familia, establece un modelo constitucional de familia que sin enmarcarse en un tipo específico de familia, se enmarca en toda asociación humana estable y pública, donde sus integrantes se unen en comunidad de vida y a través de la convivencia, satisfacen sus necesidades, alcanzan sus aspiraciones, desarrollan sus proyectos de vida, comparten afecto, perpetúan la especie y cuidan de la prole generada; las uniones de hecho reúnen todas y cada una de estas características.

Respecto de la protección constitucional de las uniones de hecho, ha señalado con acierto el Tribunal Constitucional lo siguiente:

*“De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familiar trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos”.*¹⁰³

Asimismo el Tribunal Constitucional refiriéndose a la constitucionalización de las uniones de hecho ha manifestado que:

*“Esta constitucionalización de la entidad, también implica el reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman la unión de hecho. Si bien se está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. Así pues, la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con estos, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante, la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión”.*¹⁰⁴

¹⁰³ Sentencia T.C. EXP.N° 06572-2006-PA/TC. Fundamento 11.

¹⁰⁴ Sentencia T.C. EXP.N° 06572-2006-PA/TC. Fundamento 13.

c) REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL.

Pese a que le legislador no ha tenido como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues más bien su “ideal” es lograr su paulatina disminución y eventual desaparición (que quedará en simples deseos si se revisan las estadísticas), y no crear un matrimonio de segunda clase, el artículo 326 del Código Civil reconoce algunos efectos al concubinato “propio” o “perfecto”, es decir, a aquel que satisface las notas referidas en el numeral anterior, que conviene explicar para tener una idea clara de los alcances de su regulación civil¹⁰⁵.

Es a partir de la Constitución de 1979, que se reconoce que la unión de hecho genera una **sociedad de bienes** (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los concubinos, que se equipara al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código Civil. La vigente Constitución Política de 1993, en cambio, se refiere a una **comunidad de bienes** entre los convivientes.

A raíz de esta disposición, quienes se han ocupado del estudio del tema consideran que, cumplidos los requisitos que la ley exige al concubinato, se entiende configurada *ipso iure*; (expresión latina que puede traducirse como "por virtud del derecho" o "de pleno derecho), esa comunidad de bienes. Además, se señala unánimemente que los concubinos no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de *la sociedad de gananciales* y solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen.

Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte unánime la posición contraria. Para ello, parto de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pactos específicos y sólo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes.

Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos¹⁰⁶. Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos.

Se considera, en primer lugar, que el Derecho y la ley son fenómenos sociales, concebidos y dictados en vista de una realidad determinada que deben gobernar y encauzar y en segundo lugar, se tiene en cuenta que, cualquiera que sea la apreciación que se haga del concubinato y los efectos patrimoniales que éste

¹⁰⁵ VEGE MERE, Yuri; “Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia”, Editora, Norma Legales S.A.C. Trujillo, 2003, pág. 178, 179.

¹⁰⁶ VEGE MERE, Yuri; op., cit., pág.189.

genere; la única manera de *rodearlo de garantías o de proveer a su extirpación* es cogerlo *dentro de los cauces de una norma coercible*, se llega por fuerza a la conclusión de que la deliberada ignorancia del concubinato por parte del legislador es un camino que a nada conduce, sino a la agravación de las consecuencias prácticas del fenómeno¹⁰⁷.

A partir de la Constitución de 1979, se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los convivientes, que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código Civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes, apreciación más adecuada según el profesor Cornejo.

El mismo legislador, que fue reticente y retrechero con las familias no conyugales, no pudo dejar de reconocer que las parejas no casadas se unen para forjar una comunidad de vida, desde el momento mismo en que el artículo 326 del Código Civil señala que la unión de hecho se decide para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

Por ello, BIGGIO CHREM considera que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código señala respecto de las relaciones personales entre los cónyuges. Ello implicará, en línea de principio, fidelidad y asistencia mutuas (artículo 288¹⁰⁸ del Código Civil); especialmente lo primero, dado que es usual perfilar la figura sobre la base de la exclusividad o monogamia.

Se ha dicho, siempre con relación al matrimonio, que en el estatuto previsto para éste, la indicación de los deberes principales entre los cónyuges, es decir, la consagración de standars compartidos por la comunidad globalmente considerada, en temas de solidaridad, asistencia fidelidad, protección, responsabilidad social, etc., tiene un valor simbólico profundo y constructivo. Y que, la objeción derivada de lo que acontece en la práctica que traiciona el modelo, y por tanto amenaza de ineffectividad las indicaciones del orden jurídico, no es determinante. Aquello que vale en tales órdenes -se asegura- es la “potencialidad”, la actitud que puede devenir fuerza reguladora de la generalidad y de la normalidad de las relaciones intersubjetivas. Si ello es así en el matrimonio, extender este tipo de deberes a las uniones de hecho, complica el panorama por atentar contra la reivindicación de autonomía que se manifiesta en ésta.

Discrepo abiertamente de tal apreciación. Nada obsta, a que los convivientes esperen e incluso (aun sin mandato legal expreso) se exijan fidelidad, independientemente de que la violación de las mismas no sea causa de disolución de

¹⁰⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, op., cit., pág., 74.

¹⁰⁸ **Artículo 288.- Deberes recíprocos de los cónyuges:** Los cónyuges se deben recíprocamente la fidelidad y asistencia.

la unión dado que no se confiere al concubino ofendido ninguna acción sobre el particular, inclusive si decidiera dar por concluida la cohabitación aun a costa de perder los derechos que la ley reconoce al conviviente que ha sido abandonado. Más allá de esta constatación, me parece saludable que entre quienes comparten una vida sin estar casados sea deseable un comportamiento ceñido a la lealtad, a la exclusividad, a la monogamia. Generalmente se cree que este tipo de conductas sólo son posibles en el matrimonio y no en las familias de hecho bajo el insólito argumento que la libertad para ponerle fin relaja los patrones de conducta que se espera de la pareja.

En esta misma orientación, los concubinos se encuentran “obligados” a hacer vida en común en el hogar de hecho que han constituido, tal como se exige a los cónyuges por mandato del artículo 289 del Código Civil *-deber de cohabitación-*. Debemos de tener en cuenta, que para constituir una unión de hecho propia, se exige cumplir determinados requisitos, como: heterosexualidad, voluntariedad, singularidad, cohabitación, notoriedad y publicidad, permanencia o estabilidad, ausencia de impedimentos matrimoniales.

CAPITULO III: LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES

1. CONCEPTO DE RÉGIMEN PATRIMONIAL.

En la literatura de derecho de familia encontramos escasos conceptos sobre el régimen patrimonial de forma general, refiriéndose en la mayoría de casos, al régimen patrimonial del matrimonio; pese a ello, al estar circunscrita la presente investigación, sobre el régimen patrimonial del concubinato, ofrezco la siguiente conceptualización:

“Es el conjunto de normas o reglas interrelacionados entre sí, que regulan las relaciones patrimoniales o económicas de los concubinos o cónyuges y entre ellos con terceros”.

A continuación menciono algunos autores que conceptúan el régimen patrimonial del matrimonio, por ser aplicable a través de la analogía a las uniones de hecho (sociedad de bienes sujeta a la sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable), siendo los siguientes:

Para **Planiol, Ripert y Nast**, dice que el régimen patrimonial es: “el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos, ya sea en sus relaciones entre ellos, ya sea en sus relaciones con terceros”

En palabras de **Bonnecase**, “...el régimen matrimonial puede definirse como una institución jurídica, complemento ineludible del matrimonio, susceptible de revestir diversas formas, ya sea que estas hayan sido organizadas por la misma ley, o bien que se deriven de la voluntad de las partes, dentro de los límites establecidos por la ley, y cuyas normas tienen por objeto fijar la condición jurídica de los bienes de los esposos, tanto en sus relaciones entre sí como respecto a terceros, y estos, en principio, de una manera inmutable, ya sea durante el matrimonio o durante la época de su disolución”¹⁰⁹.

Ripert y Boulanger refieren que: “...Se llama régimen matrimonial al estatuto legal o convencional que rige los intereses pecuniarios de los esposos, en sus relaciones recíprocas o con los terceros. La comunidad de vida que resulta del matrimonio implica forzosamente una comunidad de intereses pecuniarios y suscita numerosas cuestiones, especialmente la de saber por quién y en qué proporciones serán soportadas las cargas del matrimonio; cómo serán administrados los bienes de cada uno de los esposos; si las ganancias realizadas durante el matrimonio reducirán en provecho común para ser repartidas a la disolución del matrimonio o si, por el contrario, pertenecerán exclusivamente a aquél de los esposos que las realice. Por otra parte, es preciso determinar los derechos de los terceros que contrataren con uno

¹⁰⁹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, “Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia”, Editorial y Librería Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., Lima, 2002, pág. 188.

u otro de los esposos: ¿sólo tendrán por garantía el patrimonio del esposo que contrato con ellos o podrán también perseguir la ejecución de la deuda sobre el patrimonio del otro, y, en caso afirmativo, en qué condiciones y hasta qué punto? Únicamente un régimen matrimonial permite elaborar un conjunto coherente de soluciones¹¹⁰.

AZPIRI, Jorge O. dice que: “Todas las legislaciones modernas establecen regímenes patrimoniales dentro del matrimonio a fin de regular la propiedad, administración y disposición de los bienes que los cónyuges tenían desde hace antes de las nupcias, como así también los que adquieren con posterioridad a las mismas, la forma en que los esposos deben contribuir a solventar los gastos del matrimonio y las causas de disolución del régimen, y, en su caso, la forma de liquidarlo”¹¹¹.

En opinión de **Rebolledo Varela**: “...un régimen matrimonial es un estatuto jurídico complejo que trata de dar respuesta y solucionar tres cuestiones básicas que surgen en las relaciones patrimoniales de los cónyuges:

a) *Una cuestión de propiedad*: el régimen económico determina a quien corresponde la titularidad de los diferentes patrimonios, masas patrimoniales o conjunto de bienes que pueden existir en el matrimonio.

b) *Una cuestión de poderes*: el régimen matrimonial establece a cuál de los cónyuges corresponde sobre cada una de estas masas de bienes los poderes dispositivos y los de gestión y administración.

c) *Una cuestión de responsabilidad*: el régimen matrimonial establece por quien han de ser soportadas las llamadas cargas del matrimonio o de la familia y por quién la responsabilidad de las obligaciones contraídas para atender o levantar esas cargas y para cumplir cualesquiera otras obligaciones”¹¹².

Por su parte **Gerardo Trejos** define el régimen patrimonial en el matrimonio como “El estatuto que regula las relaciones económicas entre los cónyuges y de estos con terceros”. Dentro de los aspectos esenciales que debe tener este régimen están¹¹³:

¹¹⁰ RIPERT, Georges; y BOULANGER Jean; “Tratado de Derecho Civil”, Tomo - III, Vol. II, Traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1963, pág. 276 – 277.

¹¹¹ AZPIRI, Jorge O.; “*Régimen de Bienes en el Matrimonio*”, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 2002, pág. 21.

¹¹² HINOSTROSA MINGUEZ, Alberto, op. cit., pág. 190.

¹¹³ TREJOS SALAS, Gerardo; “*Derecho de Familia Costarricense*”, 5 ed., Editorial Juricentro, Costa Rica, 2007, pág. 179. Citado por CÉSPEDES MOLINA, Maria Amalia; “El Contrato Patrimonial en la Unión de Hecho en Costa Rica”, Tesis de Grado para optar el Título de Licenciatura en Derecho, San Pedro de Montes de Oca, San José-Costa Rica, 2012, pág. 39. En: <http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/08/TESIS-FINAL-Mar%C3%ADA-Amalia.pdf>

- 1) El derecho de propiedad sobre los bienes de los cónyuges.
- 2) Facultades que tienen estos de disposición y administración de los bienes.
- 3) Derechos de terceros sobre las deudas de los cónyuges.
- 4) Extinción del régimen y su liquidación

A lo largo de la historia existieron diversas formas de regular los regímenes patrimoniales del matrimonio y la clave de tales soluciones está en la situación jurídica que se atribuía a la mujer casada, ya que su incapacidad derivaba en legislaciones restrictivas para ella. Sin embargo, la evolución que ha sufrido el derecho de la mujer casada hasta alcanzar la igualdad jurídica con el hombre, con la consiguiente independencia para administrar y disponer sus bienes, sumado a los cambios económicos producidos en los últimos años, ha llevado a una regulación diferente de los derechos de los esposos frente a los bienes del matrimonio¹¹⁴.

En el Perú, los aspectos generales sobre el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, podemos encontrarlos en el Capítulo I “Disposiciones Generales” del Título Tercero “Régimen Patrimonial” de la Sección Segunda “Sociedad Conyugal”, del Libro Tercero “Derecho de Familia” del Código Civil, en los artículos 295 al 300, del régimen de la sociedad de gananciales en los artículos 301 al 325, del régimen de sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable en el art. 326 y el de separación de patrimonios en los artículos 327 al 331 del Código Civil Peruano.

Según el maestro **Héctor Cornejo Chávez**, en su clásico libro de Derecho de Familia, señala que: “En el derecho positivo y en los sectores de la doctrina que sirven de sustento a las diversas legislaciones, se presentan numerosas modalidades en cuanto hace al régimen patrimonial del matrimonio. Ello se debe principalmente a la manera como se gobierna las relaciones económicas del grupo familiar, se vincula íntimamente con las tradiciones y peculiaridades de cada pueblo y con el concepto que en cada cual se tiene acerca del matrimonio”¹¹⁵.

El régimen patrimonial del matrimonio es de carácter legal, establecido por la ley, o puede ser mediante convenio, con las llamadas capitulaciones matrimoniales, mediante las cuales los cónyuges pueden pactar sobre la forma o las formas como se administrarán y liquidarán los bienes y demás aspectos relacionados con el vínculo matrimonial”¹¹⁶.

¹¹⁴ AZPIRI, Jorge O.; op. cit., pág. 22.

¹¹⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; “Derecho Familiar Peruano”, Tomo I - Sociedad Conyugal, Editorial Librería Studium, Lima, 1985, pág. 277.

¹¹⁶ Delgado Montes, S y Vargas Quesada, B (2008). “*La evolución del concepto de bienes gananciales a la luz de la jurisprudencia y el derecho comparado*”. Trabajo final de graduación para optar al grado de licenciatura. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2008, pág. 68., citado por: CÉSPEDES MOLINA, Maria Amalia; op. cit., pág. 40. En: <http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/08/TESIS-FINAL-Mar%C3%ADAmalia.pdf>

2. LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO.

El matrimonio es un *consortium omnis vitae*, que para el cumplimiento de sus fines, no sólo se requiere de una vida en común manifestada en la *affectio maritalis*, sino también de un soporte económico de los bienes que poseen los esposos, que garantice su estabilidad y permanencia. En ese sentido, el derecho no puede dejar de gobernar dichas relaciones económicas, porque conciernen a la misma familia, a su mantenimiento y bienestar.

Al conjunto de estas reglas jurídicas que organizan y regulan las relaciones económicas de los cónyuges se denominan “régimen económico conyugal”, “régimen conyugal de bienes”, “régimen patrimonial del patrimonio”, etc., que se refieren tanto al activo como al pasivo.

La doctrina y la legislación positiva tradicional de casi todos los países de influencia romano germánica, estructuraron la organización patrimonial del matrimonio sobre la idea del predominio absoluto del poder marital sobre la esposa, porque el marido era el jefe supremo de la familia y quien ejercía hegemonía tanto en los aspectos patrimoniales como personales.

En la actualidad, dichas fuentes del derecho, han cambiado gradualmente esta situación hasta reconocer a la mujer su derecho a participar de un modo más justo en la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal. Por eso, hoy ya se habla de igualdad de derechos de los esposos tanto en relaciones personales como patrimoniales, lo que indudablemente constituye un gran avance e incluso. Además ahora, existen legislaciones que aprueban el matrimonio del mismo sexo o denominadas uniones civiles, ampliando las clases de familias, lo que generar diferentes formas de regulación jurídica patrimonial.

2.1. CONCEPTO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Son variadas las denominaciones que se aplican a la materia en las diferentes legislaciones. Se le denomina régimen matrimonial pecuniario, régimen de bienes en el matrimonio, derecho patrimonial del matrimonio, régimen económico del matrimonio o, simplemente, régimen matrimonial. No parece adecuada esta última denominación por resultar extensiva no sólo a los efectos jurídicos patrimoniales, sino a los efectos jurídicos personales del matrimonio. Es la denominación preferida por autores franceses. Por el contrario, en Latinoamérica se incluye siempre un término que exprese el aspecto pecuniario de tales regímenes.

El autor francés MARCEL PLANIOL lo define así: “El régimen económico matrimonial constituye el estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los esposos, bien sea en sus relaciones recíprocas, sea en sus relaciones con terceros”.

Para BONNECASE JULIEN “el régimen matrimonial puede definirse como una institución jurídica, complemento ineludible del matrimonio, susceptible de revestir diversas formas, ya sea que estas hayan sido organizadas por la misma ley,

o bien que se deriven de la voluntad de las partes, dentro de los límites establecidos por la ley, y cuyas normas tiene por objeto fijar la condición jurídica de los bienes de los esposos, tanto en sus relaciones entre sí como respecto a terceros, y esto, en principio de una manera inmutable, ya sea dentro del matrimonio o en la época de su disolución.¹¹⁷ Según Bonnecase en materia matrimonial hay que diferenciar tres aspectos: El matrimonio es decir, la institución del matrimonio; el acto del matrimonio; el contrato de matrimonio, o convención relativa al patrimonio de los esposos. El tercer punto constituiría una denominación aplicable al régimen patrimonial en el matrimonio.

Planiol y Ripert, sin embargo, no comparten la tesis del régimen económico matrimonial como contrato, pues señala que “a veces se llama a esta materia contrato de matrimonio porque son estas las primeras palabras de ese título en el Código Civil, pero no es correcta tal denominación. En efecto, el contrato de matrimonio es el acto que reglamenta el régimen de bienes entre esposos, y con frecuencia no existe tal contrato; la mayoría de las personas que se casan no celebran contrato. Sin embargo existen para ellas un régimen matrimonial, el cual está reglamentado por la ley. Por lo demás, en el código civil, el intitulado íntegro del título V es el siguiente: del contrato del matrimonio y de los respectivos derechos de los esposos, lo que ya es más exacto, pues la ley reglamenta a la vez el alcance de sus convenciones y sus derechos en ausencia de esta”¹¹⁸

Para José J. Gómez, tratadista colombiano “es el conjunto de normas a las cuales deben someterse los cónyuges en materia de adquisición, administración, goce y disposición de bienes”.¹¹⁹ Además, sustenta su definición afirmando que: “se habla de adquisición, porque el título de esta puede determinar el patrimonio a que deben ingresar, como en el régimen de comunidad. De administración, porque puede corresponder exclusivamente al marido, como en la comunidad pura; y corresponde necesariamente en el sistema sin comunidad o de unión de bienes. De goce, porque en la separación los frutos son para el cónyuge dueño de la especie, en tanto que en la comunidad son para esta, y en los sistemas dotal y de unión de bienes, para el marido, con la destinación de atender con ellos a la cargas del matrimonio. Y de disposición, porque no son unas mismas las facultades dispositivas de que pueden hacer uno los esposos en cada uno de los regímenes consagrados”.

Sabemos que el matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter *personal* entre los cónyuges, con los consecuentes derechos y obligaciones. Pero además, derivan de él consecuencias de *índole patrimonial*, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común

¹¹⁷ BONNECASE JULIEN; “*Tratado Elemental del Derecho Civil*”, Traducción de Enrique Figueroa Biblioteca Clásicos del Derecho, Vol. 1, Editorial Harla, México, 1997, pág. 362.

¹¹⁸ PLANIOL, Marcel / Georges Ripert; “*Derecho Civil*”, Traducción Pérez Nieto, Leonel, Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen 8, Editorial Harla, México, 1997. Pág. 1341.

¹¹⁹ GÓMEZ, José. J.; “*Régimen de Bienes en el Matrimonio*”, Editorial Temis, Bogotá, 1961, pág. 1.

y la vida del grupo familiar van exigiendo: por ello, es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos. A ello se refieren los regímenes patrimoniales del matrimonio. El régimen patrimonial que elijan los cónyuges determinará cómo contribuirá el marido y la mujer respecto a las necesidades que se produzcan en el hogar y en el grupo familiar, así como los efectos que surjan de la administración de los bienes presentes o futuros que los cónyuges ostenten o puedan obtener, y también, en qué medida esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos¹²⁰.

2.2. ALGUNAS DISPOSICIONES GENERALES EXPRESAS EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL¹²¹.

a) EL SISTEMA DE ELECCIÓN Y VARIABILIDAD DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL.

Al contemplarse los regímenes patrimoniales de sociedades 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. Se comprueba que el principio de libertad de pacto nupcial es limitado y que los regímenes son mutables.

Con la introducción de este sistema, se desarrollan el derecho de opción entre los contrayentes (art. 295 del Código Civil), para elegir el régimen patrimonial al que se adhiere antes del matrimonio y que comienza a regir al celebrarse el matrimonio; y el derecho de sustitución entre los cónyuges (art. 296 del Código Civil), para cambiar el régimen patrimonial en que se encuentra y adherirse a otro.

Se aprecia que, evidentemente, el contenido propio de las convenciones matrimoniales es el referido a la adopción o modificación del régimen patrimonial. Pero además de esta materia se admite, en virtud del principio general de que junto a tal estipulación principal figuren otros pactos que se relacionen con la órbita patrimonial de los cónyuges, como por ejemplo, la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, el otorgamiento de un poder amplio para que un cónyuge se encargue de la administración total o parcial de los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el conferir facultades especiales para que un cónyuge pueda realizar actos de disposición o de constitución de gravámenes sobre los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el convenir la contribución de cada uno para atender al sostenimiento del hogar, etc. Sin embargo, la introducción de estos pactos adicionales tiene como límite el orden público y las buenas costumbres, a partir de la cual será nula toda estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Pero la nulidad de tales disposiciones particulares no

¹²⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, op.cit, págs. 172 a 175

¹²¹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, op.cit, págs. 172 a 175.

importará la nulidad del contenido propio de las convenciones matrimoniales, ya que aquellas serán sustituidas por las normas imperativas. En cambio, la nulidad de la estipulación principal conllevará la de los pactos accesorios que se vinculen con aquel; salvo que los pactos adicionales se refieran a actos jurídicos separables y autónomos entre sí, en cuyo caso no se ven perjudicados.

Adicionalmente se han previsto los mecanismos de la variabilidad con aprobación judicial (art. 297 y 329 del Código Civil), y por ministerio de la ley (art. 330 y 332 del Código Civil). En estas dos últimas circunstancias solo se permite la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Esto responde al criterio de eliminar los mayores perjuicios económicos entre los cónyuges, que subsistirían si continuase la comunidad de adquisición a título oneroso. Así pues el artículo 330 del Código Civil dispone que “la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonio”

La sustitución judicial se producirá cuando, a pedido del cónyuge agraviado, el juez considera que se ha acreditado abuso de facultades, dolo o culpa en la gestión de los bienes, imputable al otro. Debe apreciarse que el proceder fraudulento puede recaer tanto sobre los bienes propios del cónyuge afectado, como también sobre los bienes sociales, por estar comprendidos en la sociedad de gananciales (art. 301 del Código Civil). Lo primero ocurrirá si se produce la administración transferida de los bienes propios por simple permisión, que se presenta cuando uno de los cónyuges deja que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro (art. 306 del Código Civil). Lo segundo ocurrirá si se produce la administración unilateral transferida de los bienes sociales, por facultades a uno de los consortes para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o algunos de los bienes sociales (art. 313 del Código Civil). Con relación a este último, el término “facultad” debe ser interpretado de manera amplia, que lo refiera a todo licenciamiento para la administración de los bienes sociales, por cuanto, una acepción restrictiva lo referiría a la idea de otorgar “poder” para realización de ello. La visión restrictiva determina la improcedencia de la demanda, en la medida en que en la realidad imperante los cónyuges no otorgan un “poder” para tal propósito y, desde esta perspectiva, se considera que ambos se encuentran bajo la regla general de la administración conjunta de los bienes sociales, que descarta la existencia de un proceso fraudulento imputable a uno solo de los cónyuges. En cambio, la interpretación amplia contribuye a suprimir el perjuicio y ajusta el criterio a la circunstancia que, en los hechos, un cónyuge permite que el otro administre sus bienes propios como los de la sociedad, basado en la confianza que subyace en el vínculo matrimonial.

La sustitución judicial solo permite la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, con el propósito de eliminar los mayores perjuicios económicos entre los cónyuges, por la inconducta de uno de

ellos; de lo que se concluye que la legitimación activa únicamente corresponde al consorte agraviado. La Corte Suprema admite que el ejercicio de esta pretensión corresponde al cónyuge agraviado, cuando señala que: *“El juez declarará la separación de patrimonios cuando compruebe el abuso de facultades del cónyuge emplazado, o cuando en su actuar a mediado dolo o culpa en la administración de los bienes, por lo que resultará procedente la variación del régimen de la sociedad de gananciales por el de separación, ya que la sustitución judicial es establecida a pedido del cónyuge agraviado de conformidad con el artículo 329 del Código Civil.*¹²²

La sustitución por ministerio de la ley se produce cuando se declara la insolvencia de uno de los cónyuges o cuando se decreta la separación de cuerpos (art. 330 y 332 del Código Civil). En estos casos, se entiende que si la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, los cónyuges ingresan al de separación de patrimonios. Téngase presente que, al terminar la vigencia de un régimen patrimonial, se procederá necesariamente a su liquidación, y que el régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquel en vigor, como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia, de conformidad con los artículos 298 y 299 del Código Civil.

b) LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO.

La existencia de dos regímenes patrimoniales determina que, si cónyuges no se adhieren a ninguno, necesariamente se admita un régimen legal supletorio. La tradición jurídica en nuestro país motivó que régimen de adquisiciones a título oneroso o sociedad de gananciales sea el régimen legal supletorio.

El régimen supletorio opera por ministerio de la ley, en defecto de separación convenida (artículo 295 del Código Civil) o *por deficiencia de esta*. Lo primero se presenta cuando no hay una opción expresa por el régimen de separación de patrimonios; por lo que si los contrayentes desean optar por el régimen legal supletorio, resultará innecesario el otorgamiento de una escritura pública ni la inscripción en el registro correspondiente, por cuanto la previsión legislativa se impondrá inmediatamente de celebrado el matrimonio.

Lo segundo se manifiesta cuando el convenio matrimonial de opción de régimen patrimonial es inválido, sea por un defecto de forma o de fondo. En estos casos, el régimen supletorio legal completará la deficiencia y los ahora cónyuges se someterán a sus disposiciones. Ahora, si la convención matrimonial por la que se elige un régimen patrimonial consta en minuta y uno de los cónyuges no suscribe la respectiva escritura pública, no se le podrá compeler a llenar tal formalidad por ser

¹²² Véase, al respecto el considerando segundo y tercero de la Cas. N° 2148-2001 Cajamarca, Lima: 12 de noviembre del 2002. Ibid, pp 249 y 343.

esta *ad solemnitatem*, de conformidad con el artículo 1412 del Código Civil. Igualmente, en este caso también se impondrá el régimen supletorio legal.

Existen voces de reforma para implementar el régimen de separación de patrimonios como el régimen supletorio legal, con el argumento de que su conveniencia se pondrá de manifiesto al momento de la disolución del matrimonio, pues el tema patrimonial ya no será punto de discusión.

Disentimos de este propósito. El régimen de sociedad de gananciales es el que ha imperado en nuestro país desde siempre y es el que más enraizado se encuentra con la idiosincrasia y la cultura peruana, donde la mayoría de los ciudadanos se han educado en un sistema que obliga a compartir por mitades lo ganado por un esposo durante el matrimonio presuponiendo que esta ganancia proviene del esfuerzo de los dos miembros de la pareja, y que ella se produce porque el que la obtiene fuera del hogar, cuenta con el apoyo de su cónyuge para lograrla.

Además, la sociedad de gananciales se presenta como el régimen patrimonial más acorde al fin del matrimonio que es la vida común, pues evidencia una comunidad de intereses económicos que coadyuva a la consolidación de una familia. El lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada cónyuge experimenta obedece, en cierta medida al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos, siendo particularmente injusta la separación de patrimonios frente al consorte que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera o los tiene en menor medida. Siendo así, en nuestro sistema jurídico el régimen de separación de patrimonios debe seguir siendo convencional.

2.3. ALGUNAS DISPOSICIONES GENERALES IMPLÍCITAS A LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL¹²³.

a) EL INTERÉS FAMILIAR COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA GESTIÓN DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO.

Si bien no hay norma expresa sobre el particular, por el principio constitucional de protección de la familia y por la consideración en el Código Civil de que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, está implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés familiar como precepto rector, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor. Así como el ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, la *gestión de los bienes en el matrimonio debe responder al interés familiar*. Este se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales, según el caso; se constituye, pues en la medida necesaria para afectar patrimonialmente a la familia y que, de hecho, los cónyuges utilizan en un

¹²³ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, op.cit, págs. 190 a 194.

matrimonio normal. Por ello y ante su inobservancia por uno de los cónyuges, el interés familiar es argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que lo perjudican o para verificar la realización de uno que demanda. Aquí podrá argumentarse el abuso del derecho por acción o por omisión.

La consideración al interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio surge del código ético-jurídico que se impone a los consortes para el cumplimiento de los deberes conyugales. El código ético-jurídico está integrado por diversas normas que evidencian la unidad personal que resulta para los cónyuges de las nupcias: el respeto y consideración, la consulta y coordinación recíprocas deben ser la regla de oro de las relaciones conyugales y, en especial, de la toma de decisiones con repercusión patrimonial. Por ello, se impone a los mismos una conducta moral tal que haga posible que la unidad de la pareja sea una realidad y tiendan al sostenimiento de la familia, según los roles asumidos.

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

Por esta razón, legislaciones como la española y la argentina contemplan expresamente una limitación al poder dispositivo de bienes propios, a fin de proteger el hogar familiar, cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigencia. Establecen que para disponer o gravar el inmueble donde está constituido el domicilio conyugal y de los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere la intervención de ambos cónyuges, aunque tales bienes pertenezcan a uno solo de ellos. Por ello, es que admiten por vía de autorización judicial supletoria, ante la oposición del otro esposo, la enajenación del inmueble o de los muebles comprendidos en el menaje ordinario del hogar, si el propietario asegura otro ámbito suficiente, según el nivel económico del matrimonio. Agregan que la pretensión conferida se mantiene aun después de disuelto el matrimonio, cuando hay hijos menores o incapaces por cuanto la necesidad de estos de contar con vivienda, puede estar sometida a la frustración de la relación matrimonial y la consecuente disolución del matrimonio. Finalmente, señalan que el acto al que le falta el concurso de la voluntad del otro, está viciado de anulabilidad por estar comprometido el interés patrimonial de aquel, o el interés de los hijos, según el supuesto; siendo entonces, susceptibles de confirmación por el que no interviene.

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

b) LA IGUALDAD JURÍDICA DE LOS CÓNYUGES

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

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

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

Se debe destacar que, en particular, es en el régimen de sociedad de gananciales en el que el principio de igualdad se proyecta en todos sus ámbitos. Ello es así, por cuanto este régimen procura distribuir en cabeza de ambos cónyuges las ganancias obtenidas durante su vigencia. Para esto, en primer lugar, la igualdad es contemplada como una medida estricta y objetiva resultante de la comparación de títulos de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad de gananciales. Por eso, para los bienes sociales, el principio importa la regla de la gestión o administración conjunta conyugal y se expresa en una igualdad cuantitativa o cosa a cosa, que asegura la titularidad de ambos cónyuges respecto de los bienes comunes, por lo que aquí la igualdad se la entiende en sentido de reciprocidad en los cambios de la justicia conmutativa. Es una igualdad respecto de cosas o títulos, estrictamente jurídica, y por ello objetiva. Pero, en segundo lugar, es en la familia en la que se dan relaciones de justicia distributiva, en las que la solidaridad adquiere visos especiales de promoción de alguno de sus integrantes más débiles.

Aquí, la regla de la gestión o administración conjunta conyugal es una medida igualitaria que asegura se distribuya en ambos cónyuges las decisiones a adoptar sobre los bienes sociales, atendiendo a las necesidades de cada uno, independientemente del rol asumido en el hogar. De esta manera, la igualdad de cosas a persona permite establecer una igualdad de resultado en la gestión de los

bienes sociales. Aquí la igualdad se la entiende en sentido de necesidades de la justicia distributiva.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES.

Como consecuencia de que el matrimonio es una forma de constitución de la familia, célula primaria de toda la sociedad, es natural que el ordenamiento de derecho que la rige tenga que ver con la cultura, la moral imperante, las necesidades de cada grupo humano agrupado bajo el concepto de nación. Aunque estas consideraciones sean de mayor importancia en la forma u origen de su conformación (matrimonio, unión libre, familia heterosexual o no, etc) en las relaciones personales que de allí surgen, en lo referente al aspecto pecuniario, las diferentes condiciones sociales que orientan un determinado ordenamiento jurídico hacen que sean muy variadas las clasificaciones del régimen de bienes.

El establecimiento de los regímenes patrimoniales del matrimonio responde al concepto que cada agrupación tiene sobre el efecto del matrimonio; no existe un carácter de uniformidad en el tiempo y en el espacio, y se presenta con variantes que son frutos naturales de las costumbres, la tradición, la organización familiar y todos los demás factores históricos económicos y sociales de la realidad. De acuerdo con lo dicho, si se considera que el vínculo personal y moral domina de tal modo que cada uno de los cónyuges dentro de lo económico no pueden actuar en una relación jurídica independiente respecto del otro, surge el régimen de comunidad; y cuando se estima que aquel vínculo no afecta sus relaciones de ese orden porque subsiste la situación patrimonial tal cual era antes del matrimonio, vale decir, quedando marido y mujer independientes entre sí en cuanto a sus bienes, como si el enlace no se hubiera realizado, se tiene el régimen de separación¹²⁴.

Belluscio¹²⁵ trae una de las más amplias clasificaciones que me limito a relacionar sin entrar a calificar, así: Regímenes Típicos: a) Régimen de Absorción de la Personalidad Económica de la Mujer por el Marido, b) Régimen de Unidad de Bienes, c) Régimen de Unión de Bienes, d) Régimen de Comunidad, e) Régimen de Participación; instituciones especiales: Dote y Bienes de administración reservados a la mujer, y, finalmente, la compensación económica¹²⁶.

3.1. RÉGIMENES PATRIMONIALES GENERALES TÍPICOS:

a) RÉGIMENES TÍPICOS DE ABSORCIÓN DE LA PERSONALIDAD ECONÓMICA DE LA MUJER POR EL MARIDO.

Solo por razones históricas cabe hacer referencia a este régimen ya que en la práctica no tiene vigencia. Cuando se producía la celebración del matrimonio, en este

¹²⁴ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex; op. cit. pág. 39 y 40.

¹²⁵ BELLUSCIO. César Augusto. *Nociones de Derecho de Familia* T. V. Bibliográfica Omeba, 1968. Pág. 14.

¹²⁶ Jorge O. Azpiri. *Régimen de los Bienes en el Matrimonio*, pág. 25, 26 y 27.

régimen todo el patrimonio de la mujer se concentraba en manos del marido, sin que ella tenga algún derecho sobre él ni durante el consorcio, ni después de su disolución. El marido sobrellevaba las cargas del hogar y era el responsable de las deudas, era el cónyuge quien administraba y gozaba de ese patrimonio, del que podía disponer libremente sin el consentimiento de su mujer. Este régimen era similar al tipo del matrimonio *cum manu* del derecho romano; la mujer casada *cum manu* sale de su propia familia civil y entra en la del marido, de la cual jurídicamente es considerada como una hija más.

b) RÉGIMEN DE UNIDAD DE BIENES.

Al igual que en el anterior haremos referencia a este régimen solo por razones históricas pues en la práctica no tiene eficacia.

Igualmente, al contraerse el matrimonio se transfiere el patrimonio de la mujer al marido, el casado se apropia de todos los frutos, la administración y goce de dicho patrimonio. A su disposición, el marido o sus herederos deben entregarle a ella, o a sus herederos, el valor de los bienes recibidos. El derecho de la mujer se transforma en un derecho de crédito por el valor de sus bienes, sujeto al incierto término de duración del régimen, y nada le corresponde en los frutos o ganancias generadas durante la unión.

c) RÉGIMEN DE UNIÓN DE BIENES.¹²⁷

Si bien la propiedad de los bienes de ambos cónyuges permanece separada, el marido tiene la administración y disfrute de todos los bienes, se apropia de todos los frutos y soporta las deudas. Se excluye de esta administración y disfrute marital los bienes reservados de propiedad de la mujer. Esta fusión de bienes hace que el régimen se confunda con el de unidad de bienes, pero la diferencia se muestra en el momento de la disolución, ya que el marido debe reintegrar los bienes en especies.

Las ganancias obtenidas en la administración del patrimonio del marido y del aportado por la mujer corresponden al primero. Cada cónyuge es deudor de las obligaciones contraídas antes y después del matrimonio. La mujer tiene la facultad de celebrar actos jurídicos como gestora o representante legal del marido dentro de los límites de la esfera doméstica. Las cargas del hogar pesan sobre el marido.

También de origen germánico es el régimen del Código Civil suizo. Fue el legal en Alemania hasta 1953. En Francia se lo contempló como régimen convencional bajo la denominación de *sin comunidad*. El Código portugués de 1867 lo llamó *simple separación de bienes*.

¹²⁷ Alex F. Plácido Vilcachagua. *Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y de las Uniones estables* pág. 41.

d) RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES¹²⁸.

Este régimen de bienes es el más desarrollado en la legislación comparada y presenta numerosas variantes en varios de sus elementos esenciales. Sin embargo, la característica fundamental que permite considerar a un régimen como de comunidad es la formación de una masa de bienes que en el momento de la disolución deberá ser compartida entre los esposos o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge.

Esta masa común de bienes está constituida por los bienes gananciales, pero existen distintas soluciones legislativas cuando se regula la forma en que se integrará dicha masa.

Puede haber una *comunidad universal* por la que todos los bienes que los cónyuges tuvieran antes del matrimonio como así también todos los que adquieran durante la vigencia del mismo por cualquier título que sea, quedan integrados en esa masa común de bienes que deberá ser oportunamente dividida entre los esposos. Otra alternativa es la que se presenta en la comunidad de *muebles y ganancias* que tiene por característica que la masa común de bienes se integra con los bienes muebles que llevan tanto el marido como la mujer al matrimonio, los bienes muebles que los esposos adquieran después de la celebración por cualquier título que sea y los bienes registrables que no puedan ser considerados como propios de cada uno de los esposos.

Dentro de este sistema de comunidad, serán bienes propios de cada cónyuge los que tengan antes de casarse y los que adquiera durante las nupcias por herencia, legado o donación, los que adquiera por una causa o título anterior al matrimonio o por subrogación real o con dinero proveniente de un bien propio. Todos los bienes que no se encuadren en la categoría de propios pasan a formar parte de la masa de bienes gananciales.

También se puede encontrar una masa de bienes comunes más restringida, como sucede en la *comunidad de ganancias* de la que quedan excluidos todos los bienes de los esposos anteriores al matrimonio, ya sean muebles o inmuebles y los que adquieran después de la celebración por un título que les confiere el carácter de propio -gratuito-. De esta manera, la masa común de bienes queda integrada por todos los bienes adquiridos durante el matrimonio por cualquier título que no permita considerarlo como bien propio de uno de los cónyuges, como sucede con los que provienen de la actividad personal, industrial o comercial de los cónyuges y los frutos de los bienes propios, por enunciar tan solo algunos casos de bienes gananciales.

A su vez, y sin que este elemento sea definitivo para la caracterización del régimen, dentro de las diversas especies de comunidad que se comentaron se pueden

¹²⁸ Jorge O. Azpiri. *Régimen de los Bienes en el Matrimonio*, pág. 22, 23 y 24.

presentar variantes respecto de la forma de administrar esa masa común de bienes. Si hubiera administración marital ésta puede resultar atenuada por el instituto de los bienes reservados a la administración de la mujer o bien puede existir un régimen de comunidad en el que cada esposo administre los bienes que se encuentran inscritos a su nombre. Debe ser entendido que en estos casos la palabra “administración” es utilizada como la entendía Dalmacio Vélez Sarsfield; es decir, sin distinguir entre administración y disposición y como comprensiva de ambos conceptos.

d.1. COMUNIDAD DE BIENES EN LA CONVIVENCIA.

Desde el punto de vista legal el Código Civil y la Constitución Política de 1993, señalan términos distintos para establecer el régimen patrimonial de las uniones de hecho. El Código Civil, al ser de 1984, en su artículo 326 se inspira en lo establecido por la Constitución de 1979 ya derogada, señalando que es la “*sociedad de bienes*”, mientras que el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, dice que es la “*comunidad de bienes*”, conllevando a una confusión, que no han sido plenamente delimitadas ni explicadas por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Para PERALTA ANDÍA, la comunidad de bienes puede ser de dos tipos: a) la absoluta o universal, que comprende todos los bienes de los cónyuges, aportados o adquiridos durante el matrimonio, presentes o futuros, muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, etc. b) La relativa o parcial, como la comunidad de muebles y ganancias, la comunidad de adquisiciones, la comunidad de gananciales y los llamados regímenes intermedios¹²⁹.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, menciona que estos regímenes de comunidad que se caracterizan por la existencia de un patrimonio común, llámese mancomunado, perteneciente a ambos cónyuges, y dos patrimonios privativos; es decir, de cada uno de los cónyuges. También llamado de sociedad de gananciales o de asociación conyugal. Asimismo dice, que un régimen típico de esta clase es la sociedad de gananciales, en donde la mujer no pierde su derecho al patrimonio sino que, conjuntamente, con el marido son propietarios de los bienes sociales, una especie de copropiedad¹³⁰.

A pesar de utilizarse dos denominaciones distintas, el tratamiento jurídico que se le brinda al régimen patrimonial del concubinato, según su propio texto de ambas leyes, es el de la “*sociedad de gananciales matrimonial en cuanto sea aplicable*”. Dogmáticamente la norma ha brindado a la comunidad de bienes convivencial, la misma naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales matrimonial. Por lo tanto, los bienes adquiridos por los concubinos luego de transcurridos dos años de convivencia, son en esencia “bienes sociales”.

¹²⁹ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit. pág. 264.

¹³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; “*Tratado de Derecho de Familia*”, Tomo III, 1ra. edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pág. 68.

Respecto de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales matrimonial, que es la misma naturaleza jurídica de la comunidad o sociedad de bienes convivencial, ha citado sin faltarle razón Roxana Jiménez lo siguiente: “ mucho se especulado y escrito acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, esbozándose diversas teorías propuestas, tales como que es un contrato de sociedad, una persona jurídica, una copropiedad, entre otras, siendo la mayor parte de ellas insuficientes, si no erróneas. Sin embargo, la que se acerca más a su realidad es la *teoría alemana* de que es un patrimonio en mano común (origen del *termino mancomunidad*), en el que no existen partes alícuotas; cada parte participa en todo”¹³¹

La doctrina germánica nos habla de una mancomunidad, de una comunidad de bienes, donde no prima el derecho del individuo representado por la cuota, como sucede en los caos de copropiedad, sino que prima el interés de la comunidad representado por el todo, no existe pues un derecho individual y distinto de los convivientes sobre el patrimonio social , no se puede hablar de la existencia de un patrimonio del marido y de la mujer, o de un patrimonio del concubino y de la concubina, comprendidos en cuotas ideales de copropiedad, deben por lo tanto descartarse las ideas que asociaban a la comunidad de bienes convivencial con un régimen de copropiedad, a las cuales se añadirán las ideas que la asociaban con un contrato, a aquellas que la asociaron como una persona jurídica e incluso a aquellas que la asociaron con un patrimonio autónomo. La sociedad de bienes convivencial es una comunidad conformada por bienes propios y bienes sociales de los concubinos, los bienes adquiridos por los concubinos y que forman parte de esta sociedad de bienes, no pertenecen a los concubinos en cuotas alícuotas o ideales, éstos no son titulares de derechos y acciones sobre dicho patrimonio como si sucede en la copropiedad, sino que dichos bienes forman parte en mancomunidad de una sociedad de gananciales, no existe una participación o administración de los concubinos sobre parte del patrimonio social en cuotas proporcionales, ni pueden estos disponer o gravar unilateralmente el patrimonio social; sino que estos convivientes o esposos participan del todo, ambos administran el todo, ambos tienen que intervenir para disponer o gravar el todo, y solo cuando se liquide esta sociedad de gananciales, es que es que se asignará un patrimonio particular a cada cónyuge o concubino, en partes iguales y a título de gananciales; es decir, en base al remanente que quedare, luego de pagar las obligaciones y las cargas , es por dicha razón que se dice que la sociedad de gananciales o la comunidad de bienes convivencial, son un patrimonio indivisible, dado que mientras subsistan, no podrá asignarse a cada cónyuge o concubino porcentaje alguno de propiedad, ello solo será posible luego que la sociedad de gananciales fenezca y se liquide¹³².

¹³¹ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana; “*Código Civil Comentado*”, Tomo II, Derecho de Familia, 2da. Edición, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág. 195.

¹³² CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; op. cit., pág. 101 y 102.

d.2. SOCIEDAD DE BIENES Y PATRIMONIO AUTÓNOMO EN EL PERÚ.

La Corte Suprema en el tiempo ha ido cambiando de criterio jurisprudencial, de tratar de igualar al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales con el de la copropiedad, hasta de asociar su naturaleza con la figura del patrimonio autónomo, sin que se haya deslindado el verdadero concepto y naturaleza jurídica del patrimonio autónomo.

Como hemos señalado, compartimos la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y por ende la de sociedad de bienes convivencial, de que proviene de la teoría alemana, por ser un patrimonio en mano común (origen del termino mancomunidad) en el que no existen partes porcentuales de cada uno, sino que cada concubino y/o cónyuge participa sobre todo el patrimonio.

Nos adherimos a la posición del autor nacional Yuri Vega Mere de no estar de acuerdo de que la sociedad de bienes (sociedad de gananciales para efectos del matrimonio) sea igual que un patrimonio autónomo, porque en primer lugar, no se debería discutir la naturaleza jurídica de la sociedad de bienes convivencial (sociedad de gananciales en el matrimonio) sino la *naturaleza jurídica de los bienes sociales*, que integran junto con los bienes propios de cada concubino, la referida sociedad de bienes, y en segundo lugar, porque en aplicación de lo dispuesto por los artículos 301, 306, 308 y 317 del Código Civil resulta evidente de que *no existe autonomía de los patrimonios personales* ya que, llegado el caso, los derechos (no divisibles idealmente) que le corresponden a uno de los convivientes sobre los bienes sociales pueden dar lugar a medidas cautelares inmediatas que afectarán -desde que se traban- los derechos que les corresponderán bajo título de propiedad exclusiva cuando se liquide la sociedad de gananciales.

Tampoco es posible, como dice Calderón Beltrán asociar la sociedad de bienes al patrimonio autónomo, esta última importada por el Código Procesal Civil de la doctrina italiana, aunque con notables diferencias, pues la doctrina italiana identifica al patrimonio autónomo en forma similar a que lo que nosotros conocemos como fideicomiso, los italianos como decía Chiovenda, es patrimonio autónomo la masa patrimonial perteneciente a un determinado sujeto jurídico, por lo que no es ella misma una persona jurídica; pero *sustraída a la administración de su sujeto, es confiada a un administrador que actúa en nombre de la misma*, lo que permite que el patrimonio autónomo se comporte en el concepto jurídico como un todo independiente, análogo a una persona¹³³, concepto que *difiere* de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales o *sociedad de bienes convivencial* a la que ya hemos hecho mención, donde ambos concubinos -cónyuges- participan administrando y disponiendo del todo de los bienes sociales, siendo así es que es

¹³³ LEDESMA NARVAEZ, Marianella; Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo I, 1era. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 257 - 258.

equivoco asociar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales al concepto de patrimonio autónomo. En nuestro país en cambio, se ha regulado el patrimonio autónomo como una connotación, mas adjetiva que sustantiva. En efecto, se utilizó esta figura para entender la calidad de parte material y procesal en un proceso, de entes jurídicos distintos a las personas que lo conforman y que vienen a representar en juicio a dicho ente. Al referirse el Código Procesal Civil a un patrimonio autónomo, está infiriendo que existirán determinados casos en los que la sociedad conyugal comparecerá a un proceso como sociedad conyugal, cuando sea parte demandada y no así individualmente o conjuntamente los esposos que forman parte de esta sociedad conyugal cuando sea parte demandante; por eso es que algunos han asociado a esta figura como una especie de litisconsorcio.

Al respecto Carrión Lugo sobre el tratamiento de estos litisconsortes, a criterio de este autor dice que: “tratándose de un patrimonio autónomo, basta la presentación de una sola tasa judicial. Una cosa es señalar quienes representan a un patrimonio autónomo, dentro de ellos a una sociedad conyugal, y otra considerar a la sociedad conyugal como un ente patrimonial autónomo, sin constituir una persona jurídica, con personería sui géneris”.

En conclusión y siguiendo a Calderón Beltrán, la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales matrimonial y de la comunidad o sociedad de bienes convivencial se encuentra delimitada por la mancomunidad de bienes de origen germánico, descartándose por lo tanto las figuras de la copropiedad y la de patrimonio autónomo, figuras que en realidad, vienen a desnaturalizar la antes citada naturaleza jurídica.

e) RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN¹³⁴.

Es el régimen de enunciado más moderno, pero ello no significa que no se lo conociera desde años. Por el mismo se aplican durante el matrimonio las reglas del régimen de separación de bienes, y a la disolución del matrimonio se efectúa una partición entre los cónyuges. Las distintas modalidades a que esa partición queda sujeta hacen que no se pueda hablar simplemente de régimen de participación, sino de regímenes de participación.

Se origina en el derecho costumbrista húngaro. Como régimen convencional, lo legisla en primer término el Código polaco de 1825, por el cual los cónyuges podían convenir que a la muerte de uno de ellos, el supérstite recogiera la mitad de todos los bienes que constituían la masa común que se establecía en el momento de la muerte. Esta convención sustituía al régimen legal de separación de bienes.

La ley de matrimonio civil húngaro de 1894 consagró, para los campesinos, obreros, comerciantes e industriales como régimen legal el proveniente de las

¹³⁴ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F.; “*Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y de las Uniones estables*”, editorial Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2017, pág. 48.

costumbres. Durante el matrimonio regía la separación de bienes, pero a la disolución se partía por mitad el incremento neto que tenían los bienes gananciales, comparado el valor que dichos bienes tenían en el instante de la celebración. La doctrina húngara calificó este régimen como mixto. Es decir había una participación en los gananciales.

Pero, ya en 1888, Costa Rica había sancionado su Código, que fue el primero en el mundo que lo consagró en los artículos 76 y 77, como régimen legal supletorio. Durante el matrimonio, separación de bienes; a la disolución, partición de gananciales.

Vemos dos formas distintas de partición. En Hungría se la hace teniendo en cuenta el valor; en Polonia y Costa Rica la partición es en especie y se restringe a los bienes gananciales.

Los países escandinavos adoptan a partir de 1920 el régimen mixto. En Suecia se lo denomina *régimen de derecho matrimonial* y en Dinamarca y Noruega *unión de bienes*. Como rasgo distintivo ingresan en la masa partible casi todos los bienes, por lo cual se puede hablar de una participación universal, aunque cada país regla en forma diferente las normas a las que se debe sujetar la partición.

La ley 28, de 1932, hace de Colombia el segundo país americano que adoptó este régimen, que llama de *participación en las adquisiciones*. A la disolución ingresan en la masa común los muebles si no fueron excluidos por convención matrimonial o inventario ante testigos: participación parcial en muebles y participación en los adquiridos.

En 1946 Uruguay se incorpora al grupo de países que observan el régimen de participación en los gananciales. También en ese año Hungría extendió el régimen legal mixto a las clases sociales que se encontraban excluidas por la ley de 1894, es decir, nobles, funcionarios y profesionales. Polonia, por ley del 29 de mayo de 1946, impone el régimen mixto como legal supletorio. En estos dos últimos países el régimen estuvo vigente hasta 1953 y 1950, respectivamente, años en los cuales se dictan los Códigos de Familia.

Alemania en 1958, Francia en 1965 y España en 1981, establecen el régimen, solo que en estos países es convencional, mientras que en aquel es legal supletorio. Mas la diferencia fundamental es que la participación no es en los bienes adquiridos, sino en la ganancia de cada cónyuge, ganancia consistente en la diferencia entre el patrimonio final, o sea, el que se posee al concluir el régimen, y el patrimonio inicial, que es el que se tenía al celebrar el matrimonio; la compensación se realiza mediante la entrega, por el que tiene la ganancia mayor al que tiene la menor, de la diferencia entre una y otra. A esta diferencia se agrega otra, también capital, que es la

inexistencia de masa común, pues el régimen se resuelve en el nacimiento de un crédito de un cónyuge contra el otro y la participación es en valor, no en natura.

En 1968, como un régimen de participación en los adquiridos, Argentina lo adopta como régimen único y forzoso.

Surge con nitidez que no existe un solo régimen de participación. De ahí que en principio no sea correcto denominar con esa síntesis el régimen; como tampoco son correctas las denominaciones de comunidad diferida ni comunidad por causa de muerte o en caso de muerte, ni comunidad de ganancias, como lo hace la ley alemana, ni comunidad de administración separada. La confusión existe por parte de quienes se resisten a la idea de desaparición del régimen de comunidad y hasta afirman que el régimen es derivado del de comunidad, o que se trata de un régimen comunitario con pluralidad de administración¹³⁵. Pero ¿cómo explicar este origen en Hungría y Polonia, países en los cuales la separación de bienes era el régimen principal? ¿Deriva, entonces del de separación de bienes? Y en Alemania, ¿cómo explicarlo, cuando al derogarse el régimen legal de administración y disfrute material hasta la sanción de la ley, los tribunales optaron por hacer que rigiera el de separación de bienes?¹³⁶

No puede dudarse que ni el régimen de comunidad ni el de separación de bienes aparece de forma pura. El afán legislativo, ya puntualizado, ha hecho que surjan estos regímenes mixtos, con el único fin de atenuar los inconvenientes de los regímenes en sus formas clásicas, y, asimismo, contemplar la igualdad jurídica de los cónyuges. Por lo tanto, el régimen de participación, por ser un régimen mixto, tiene la suficiente entidad para ser considerado como tal. Cabe sí, observar especial cuidado en la denominación específica respecto de cada variedad del mismo, al igual que con la comunidad. Participación en las ganancias o participación en los

¹³⁵ En Argentina y con la sanción de la Ley N° 17711, Fassi y Bossert sostiene que se ha remplazado la comunidad de gananciales y parcial de muebles, por una comunidad de gananciales con las notas típicas del régimen de participación en las ganancias (en Fassi, Santiago C. y Gustavo A. Bossert, *sociedad conyugal* t. I, Buenos Aires: Astrea, 1977, p. 14). Belluscio afirma que se ha adoptado el régimen de comunidad de gestión separada (en Augusto César Belluscio. *Manual de Derecho de Familia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1979. P. 21).

En cambio Vidal Taquini sostiene que la reforma introdujo un nuevo régimen matrimonial: la comunidad de muebles y gananciales que como régimen legal y forzoso instauró Vélez Sársfield, desaparece y en su lugar surge el régimen mixto en la participación en los adquiridos; no hay más sociedad conyugal (en Vidal Taquini Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires: Astrea, 1990, p.290).

¹³⁶ Josserand considera al régimen de participación en los gananciales como un “como un régimen bastardo” por cuanto descansa todo entero en la paradoja de una partición de bienes que no habrían sido, sin embargo, nunca comunes; los esposos no habrían llegado a ser asociados más que cesando de ser esposos o separándose (*Josserand, Derecho civil. Los regímenes matrimoniales, ob. Cit., n.º 6*). Por su parte Ripert y Boulanger estiman que no se trata de un régimen de comunidad sino de asociación en el que se deja a cada esposo todos los derechos sobre su fortuna personal y, en consecuencia, la mujer podía ejercer su plena capacidad jurídica (*Josserand, Derecho civil. Los regímenes matrimoniales, ob. Cit., n.º 36*). Enneccerus, Kipp y comunidad se da por causa de muerte o de divorcio (*ob. Cit., n.º 41*)

adquiridos, sin olvidar que, en cuanto a la extensión, puede ser universal o restringida.

3.2. REGÍMENES PATRIMONIALES ESPECIALES TÍPICOS

a) LA DOTE.

Etimológicamente significaría “regalo”, en el derecho Justiniano al hacerse jurídicamente obligatoria la dote, comenzó a hablarse de *dos necessaria*¹³⁷. Por lo que, la dote se refiere al conjunto de bienes o cosas particulares que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales¹³⁸. La obligación de dotar en la época clásica, pesa sobre quien tiene la potestad sobre la mujer, sobre esta misma y sobre sus más próximos parientes, como un importante deber moral es decir, entiéndase que no había un deber jurídico sino social. Solamente Justiniano transforma en deber jurídico esta obligación moral en los casos el *paterfamilias*, del padre de la mujer, excepcionalmente la madre¹³⁹.

El objeto de la dote puede ser una cosa cualquiera que tenga valor patrimonial: cosas corporales, derechos reales, créditos, remisión de duda, etc. Según la índole del objeto de la dote.

La dote durante el matrimonio.- la dote jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido, o al que ejerce sobre él, si es *filius*, *la patria potestas*.

Presupuestos fundamentales de la dote eran un matrimonio civilmente válido. Celebradas las nupcias la dote constituida con anterioridad, pasaba a propiedad del marido, correspondiendo a la constituyente una *condictio* para el caso de que el matrimonio no se realizara.

En la concepción romana originaria la dote era propiedad del marido y la mujer no tenía derecho alguno sobre ella, pero estaba afectada al destino convenido.

La pertenencia especial de la dote a la mujer va apareciendo en la legislación romana en algunos aspectos que restringen la propiedad del marido. Así con la *Lex Iulia de adulteris*, del año 18 a. C., se prohibió al marido que enajenara si el consentimiento de la mujer, los fundos itálicos dados en dote, así como que los gravase como prenda. Igualmente se hacía responsable el marido por las pérdidas de

¹³⁷ NESPRAL, Bernardo; “El Derecho Romano en el Siglo XXI”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 2002, pág. 482.

¹³⁸ IGLESIAS, Juan; Derecho Romano -Historia e Instituciones-, undécima edición, Editorial ARIEL, S.A., Barcelona, 1994, pág. 500.

¹³⁹ HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; “Derecho Romano -Historia e Instituciones-”, Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2014, pág. 353.

las cosas dotales, por fin se reconoció a la mujer el derecho de recuperar la dote al producirse la disolución del vínculo conyugal.

En el Perú, nuestro primer código civil promulgado el 29 de diciembre de 1852, el que comprendía 2301 artículos, el cual se dividía en tres libros: el primero trata de las personas y sus derechos, el segundo de las cosas –del modo de adquirirlas– y de los derechos que las personas pueden tener sobre ellas, y el tercero de las obligaciones y contratos. Encontrándose *la dote en el libro segundo*, sección quinta de los derechos que los cónyuges tienen sobre sus bienes propios y comunes; en el título dos de la dote, definiendo en el artículo 979 que: “*dote es todo lo que lleva la mujer para sostener las cargas del matrimonio*”.

En dicho Código Civil se debe constituir la dote antes del matrimonio por acta autentica, ante el juez de paz y en presencia de dos testigos. Cabe observar que los hijos tienen aquí un derecho jurídico contra el ascendiente paterno y contra las personas que administran los bienes de aquel de entre ellos que se casa. El ascendiente no está obligado sino hacia el descendiente legítimo con tal que éste, si es menor, no se case sin su consentimiento y, si es mayor, no se case así sin justas causas. La dote constituida por un tercero libera al ascendiente; así mismo, tampoco está obligado si tiene el hijo bienes personales suficientes. En el derecho francés se diferencia, con estas disposiciones, puesto que los hijos no tienen derecho a dote. El ascendiente no puede dotar más allá de la legítima calculada en la época de la constitución de la dote. Si se trata de dote forzosa el juez arbitra su monto, pero con el máximo de la mitad de la legítima si no alcanza ese valor los bienes propios del hijo, debe el ascendiente suplir la diferencia¹⁴⁰.

Notables son los poderes de administración del marido. No puede enajenar ni grabar los bienes dotales sin consentimiento de la mujer bajo pena de nulidad; lo puede, sin embargo, en ciertos casos, pero entonces debe suplir la autorización del juez; fuera de esto debe dar garantía sobre sus bienes; en defecto de ella se hace necesario el consentimiento de la mujer. Finalmente hay que mencionar que en este Código Civil la dote forma parte de los bienes propios de la mujer, al igual que las arras, los bienes parafernales, los que adquiriera por herencia, donación u otro título gratuito, después de constituida la dote y los comprados o permutados con los bienes referidos en los supuestos anteriores, de conformidad con el art. 961 del C.C.

Respecto al **régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil de 1852, regulaba solo una sociedad legal entre marido y mujer**, conforme lo estipula el artículo 955, al señalar que: “*Constituyendo el matrimonio entre marido y mujer una sociedad legal, en que puede haber bienes propios de cada socio, y bienes comunes a los cónyuges. El marido es administrador de estos bienes,*

¹⁴⁰ DE LA LAMA, Miguel Antonio; “Código Civil” -anotado y concordado-, quinta edición, librería e imprenta GIL, Lima, 1920, pág. 35 y 36.

conforme a los artículos 180 y 181”. **Excluyéndose al régimen patrimonial de separación de patrimonios como si lo regula en el Código Civil de 1936.**

De otro lado, en el Código Civil Peruano de 1936, también regula esta institución jurídica de la dote en su art. 220, señalando que: “*la dote se compone de los bienes que lleve la mujer al matrimonio y los que durante él adquiera gratuitamente conforme a este título*”. Constituyéndose por escritura pública o por testamento. En ambos casos se especificará los bienes que lo componen con expresión del valor década uno de ellos. El marido será el administrador de los bienes dotales, a no ser que el donante establezca se sean administrados por la mujer. Y salvo estipulación en contrario, el marido puede disponer de los bienes fungibles quedando responsables de su valor, mientras que no puede enajenar ni gravar los bienes dotales no fungibles, salvo que la mujer consienta expresamente. Además los inmuebles dotales no pueden ser enajenados ni hipotecados bajo pena de nulidad sino con licencia judicial. Dichos supuestos se encuentran regulados en los artículos 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231 y 232 del Código Civil de 1936.

Es resaltante para efectos de la investigación que declarada la separación de bienes durante el matrimonio permanecerá inalienable la dote, conforme lo señala el artículo 239 del C.C. de 1936. De otro lado después de la reformas en Francia de 1965 y en Italia de 1975, que eliminaron el régimen convencional, prácticamente ha desaparecido de las legislaciones actuales incluido en la de nuestro Código Civil Peruano de 1984. Solo se mantiene en los Códigos de Portugal, Grecia, Austria y Brasil, siempre como régimen convencional¹⁴¹.

b) BIENES DE ADMINISTRACIÓN RESERVADOS A LA MUJER.

Este régimen patrimonial especial concede facultades a la mujer para administrar y disponer de una masa determinada de bienes con distintos alcances, excluyéndolos de la administración del marido.

En el Perú, el presente régimen patrimonial especial del matrimonio no fue conocido como tal en el primer Código Civil Peruano de 1852, pues existió una *sociedad legal* conformada por bienes propios y comunes de los cónyuges; pudiendo ser asimilable a este régimen los *bienes parafernales los que era de dominio y administración de la mujer*, pero que podía entregarlos en todo o en parte para que los administre él marido; quedando este obligado a devolverlos cuando su mujer los pida. Existiendo en esta *sociedad legal* una comunidad de bienes, según el artículo 955. Concordante con el artículo 180, estableciendo que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal.

¹⁴¹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F., “Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y de las Uniones Estables”, editorial, Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2002, pág.42.

De este modo, esta sociedad legal estuvo reducida a los gananciales, convertida en régimen de derecho común, donde el marido administra los bienes comunes y los bienes dotales, pero no los parafernales¹⁴², definiéndose estos últimos, en el artículo 1033 del C.C. *como los que lleva la mujer al matrimonio*, sin estar comprendidos en la dote y también en el artículo 1034 refiere que están comprendidos en esta clase de bienes parafernales los que adquiere la mujer durante el matrimonio, conforme al inciso 4 del artículo 961 (4°. *Los que adquiere por herencia, donación ú otro título gratuito, después de constituida la dote*). Asimismo, es la mujer la que tiene el dominio y la administración de los bienes parafernales, de conformidad con el artículo 1035.

En cambio en el Código Civil Peruano de 1936, si estableció este régimen patrimonial especial en su artículo 206, bajo la regulación de **bienes reservados de la mujer casada**, disponiendo que: “*son bienes reservados, por ministerio de la ley, el producto del trabajo de la mujer y lo que ésta obtenga por el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos*”¹⁴³. Entendiéndose, que surgen del esfuerzo de la mujer casada en el campo del trabajo, sea esta profesional, comercial, industrial o bien en el ambiente de empleada u obrera. Constituyendo este esfuerzo un patrimonio que queda libre de la intervención del marido y sujeto, únicamente, a la administración de la mujer, además de concurrir a formar este patrimonio el usufructo de los bienes de sus hijos.

Sin embargo el C.C. de 1936 consideró en el inciso 3 del artículo 184 que estos bienes reservados, contenido de este régimen patrimonial especial, *son genéricamente bienes comunes*, al disponer que: “*los que cualquiera de los cónyuges adquiere por su trabajo, industria o profesión*”. Debiendo considerarse dentro de este inciso los bienes de la mujer que trabaja como profesional, como obrera o como empleada, bajo la denominación de bienes reservados, los cuales tuvieron reglas sui generis dedicando el Código Civil un título especial para hablar de ellos (Título II, De los Bienes Reservados, artículos 206 al 214). Estos bienes reservados al ser comunes están sometidos a los gananciales, de las que sólo se excluyen los bienes propios, de tal modo, que lo que la mujer adquiere por su trabajo durante el matrimonio, podrá administrarlo como mejor le conviniese, pero en el momento de la disolución social entonces debe partirlos con el esposo¹⁴⁴.

En cuanto a la administración que tuvo este régimen patrimonial especial, desaparece la administración marital y surge la capacidad legal de la mujer con su patrimonio reservado. Disponía de los bienes reservados como creía conveniente a sus intereses y a los del hogar, sin más limitaciones que la disposición a título

¹⁴² DE LA LAMA, Miguel Antonio; op. cit. pág. 34.

¹⁴³ VON HUMBOLDT, Lucrecia Maisch; “Código Civil Sumillado”, Editorial Ital Perú S.A., Lima, 1977, pág.52.

¹⁴⁴ CORVETTO VARGAS, Aníbal; “Derecho Civil Peruano -Personas Familia-”, Editorial Lumen S.A., Lima, 1954, pág. 243 y 244.

gratuito. Por tanto, la autorización marital desapareció para la administración de los bienes reservados; pero, a tenor del artículo 173 del C.C. subsistió, para los fines de emprender la mujer cualquier actividad de carácter lucrativo, autorización del marido, que en caso de serle negada, podía acudir al juez para que se le otorgue, si estaba de por medio el interés de la familia. Concordante con esta disposición, se encontraba las normas del Código de Comercio, que exigían autorización del marido para que la mujer ejerza el comercio; creando la presunción *juris tantum* en favor de la mujer que está ejerciendo el comercio, autorizada para ello¹⁴⁵.

En nuestro vigente Código Civil de 1984 no existe éste régimen patrimonial de manera autónoma, si no que forma parte de los **bienes sociales** que conforman el régimen patrimonial de sociedad de gananciales del matrimonio, conforme lo establece el artículo 310 del C.C., que señala: “*son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso, los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión...*”

c) RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.

1. ANTECEDENTES.

En el Perú, el Código Civil de 1936 reguló la sociedad de gananciales calificando los bienes como propios y comunes; en cambio, el Código vigente lo gobierna en el Libro III, Título Tercero, Capítulo segundo y, más concretamente, en los artículos 301 al 326 atribuyendo a los bienes la calidad de bienes propios y bienes sociales.

Entre sus innovaciones más significativas están: la implantación de un sistema que permita a los cónyuges elegir libremente entre el régimen de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios; la eliminación dentro de la sociedad de gananciales de todo rezago de supeditación de la mujer al varón; y, la supresión de los bienes reservados, de la dote y de la remisión de las donaciones **propter nupcias** al Libro VII.

2. CONCEPTO.

De modo general, la sociedad de gananciales proviene del termino *societas*, que significa asociación de personas que cumplen un fin mediante la cooperación y de *ganancial o gananciales* que es sinónimo de provecho, utilidad o de lucros nupciales, por consiguiente, vienen a ser las ganancias o beneficios económicos que los esposos obtienen al finalizar el matrimonio¹⁴⁶.

En sentido amplio, conceptúa Escrische como “la sociedad que por disposición de la ley, existe entre el marido y la mujer desde el momento de la

¹⁴⁵ CORVETTO VARGAS, Aníbal; op. cit, pág. 253.

¹⁴⁶ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; “Derecho de Familia en el Código Civil”, 2da. edición, Editorial IDEMSA E.I.R.L., Lima, pág. 216.

celebración del matrimonio hasta su disolución, en virtud del cual se hacen comunes de ambos cónyuges los bienes gananciales, de modo que después se parten por mitad entre ellos o sus herederos, aunque el uno hubiera traído más capital que el otro”¹⁴⁷

En sentido estricto, confirmamos que la sociedad de gananciales es un régimen patrimonial de comunidad, en el cual se distinguen los bienes propios de cada cónyuge y los bienes de la sociedad adquiridos por uno u otro durante el matrimonio.

Conviene precisar algunos conceptos básicos, como el *derecho de gananciales*, los *bienes gananciales* y los *gananciales propiamente dichos*. El primero, es sólo un derecho de participación que cada cónyuge tiene en el valor de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio; el segundo, los bienes que deben ser objeto de división entre los cónyuges, a fin de hacer efectivo aquel derecho; y, el tercero, los bienes remanentes que se dividirán por mitades ambos esposos o sus respectivos herederos después de haber verificado las deducciones legales¹⁴⁸.

Sobre otros conceptos en la doctrina comparada, sobre la sociedad de gananciales, podemos mencionar los siguientes:

Vidal Taquini enseña que: “...La comunidad (de bienes) debe su nombre y su carácter distintivo a la existencia de una masa común, a un patrimonio común entre los cónyuges, que reviste él también el nombre de comunidad. Se distingue tres masas: bienes de comunidad, bienes propios del marido y bienes propios de la mujer. Esa masa común, que constituye una unidad, está alimentada por los bienes y las deudas de los esposos. (...) esa unidad de masa y de administración se acompaña necesariamente con la unidad de responsabilidad. (...) La masa común a la disolución del régimen se partirá en especie, entre los cónyuges o sus herederos, pero no necesariamente por mitades (...).

De acuerdo con la extensión de masa, la comunidad puede ser universal o relativa. La primera hace que por la celebración del matrimonio se conviertan en comunes todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges, para dividirse entre ellos a los herederos del premuerto a la finalización del régimen, sin consideración al origen de los bienes. La segunda es consecuencia de la exclusión de ciertos bienes o reducción a ciertos bienes: son sus principales manifestaciones la comunidad de muebles y gananciales, en la cual se excluyen los inmuebles aportados al matrimonio, y la comunidad de gananciales, en la que cada cónyuge continúa dueño

¹⁴⁷ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; op. cit., pág. 307.

¹⁴⁸ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit, pág. 216.

de sus bienes, sin distinción entre muebles o inmuebles, pero son comunes los que ganan durante la comunidad” (VIDAL TAQUINI, 1978:17)¹⁴⁹.

De Diego, en lo atinente al régimen matrimonial de sociedad legal de gananciales, sostiene que: “... el régimen económico matrimonial de gananciales es un régimen de comunidad relativa. Es fundamentalmente el reconocimiento de una personalidad económica del matrimonio alado de la individualidad que ostentan los cónyuges. En consecuencia, dentro de este régimen hay bienes propios de cada uno de los cónyuges y bienes comunes a los dos, o séase los de la sociedad conyugal. Los dos cónyuges tiene que sostener los gastos del matrimonio y de la familia; estos gastos y estas necesidades salen fuera de la individualidad de cada uno: son nuevas necesidades de la nueva persona constituida. Natural era que se la proveyese a esta persona o sociedad de un fondo o caudal en las mismas capitulaciones matrimoniales. A falta de eso las leyes determinan que los frutos, rentas, etc., sean gananciales. Formando ese capital social no hay duda que las adquisiciones que con él se hagan son de la sociedad, y las mejoras en los bienes comunes y los gastos hechos en los particulares” (DE DIEGO, 1959, Tomo II: 545)¹⁵⁰.

A criterio de **Puig Peña**: “...El régimen de sociedad de gananciales es aquella situación de comunidad que la voluntad privada o la ley, en su defecto, declara establecida entre el marido y mujer, por virtud de la cual estos ponen en común y hacen suyo por mitad al disolverse el matrimonio los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el mismo. De esta definición se infieren las características siguientes.

- a) La sociedad de gananciales es una sociedad de comunidad. El termino sociedad, empleado por el legislador, no puede entenderse (...) en su sentido técnico, sino referido a un estado de conjunción del patrimonio (...).
- b) Esta situación se declara existente por las voluntades de las partes, o en su defecto por la ley. El texto legal, respetuoso con el margen que en estas cuestiones del régimen económico del matrimonio las personas pueden tener, permite a estas estipular el régimen que consideren más acertado para el disciplinamiento de la vida conyugal. Pero (...) declara el régimen de gananciales como supletorio en caso de silencio en las capitulaciones. (...) la ley, pues, la declara existente en defecto de estipulación (...)
- c) La comunidad ganancial está subordinada a la realidad y fines del matrimonio (...).

¹⁴⁹ HINOSTROSA MINGUEZ, Alberto, op. cit., pág. 201.

¹⁵⁰ HINOSTROSA MINGUEZ, Alberto, op. cit., pág. 201.

- d) Es, como su nombre mismo nombre indica, una comunidad de ganancias. Es decir, hay ante todo una puesta en común; los bienes se comunican de momento, y (...) el estado latente de la comunidad queda visible, pues hay (...) una titularidad potencial, un dispositivo de corrección y ayuda y un eficaz derecho de reintegro a la disolución de la comunidad. Esta (...) afecta a las ganancias; es decir, en síntesis, todo lo adquirido por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, los bienes procedentes del trabajo o industria y los frutos o intereses de los bienes de todas clases...” (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, volumen I: 281-283)¹⁵¹.

3. NATURALEZA JURÍDICA.

a) Es una persona jurídica.-

Aquí se propugna que la comunidad conyugal es una persona jurídica como cualquier otra, por tanto, es titular de derechos, posee un patrimonio propio (distinto a la de los cónyuges), y soporta obligaciones y cargas. Por tanto, existe un interés colectivo y una voluntad expresada por el órgano legal.

b) Es una copropiedad o patrimonio común:

Es una copropiedad, o patrimonio común: algunos autores ven en este estatuto un condominio, en el sentido de que ambos cónyuges son propietarios de los bienes, pero no en el sentido legislativo del derecho real de copropiedad, esta posición sobre la naturaleza jurídica ha sido pensada “para mantener y estrechar la unión, estimulados en la cooperación y vinculados a la prosperidad común”.

Siendo esto así, se ha afirmado que sería una copropiedad peculiar de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar, cuya administración ha sido conferida por ley, a uno u otro de los cónyuges, según el origen de los bienes.

En el Perú, a través de la jurisprudencia¹⁵² se ha establecido la posición de que la sociedad de gananciales no es una copropiedad, sino un patrimonio autónomo, el cual está definido en el artículo 65 del Código Procesal Civil, regulando que “existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica”.

No es de aplicación a la sociedad conyugal las normas que regulan el derecho real de copropiedad, por cuanto cada cónyuge no es titular de acciones y derechos o de cuotas ideales de los bienes sociales. La titularidad dominial de cada cónyuge sobre los bienes sociales es expectativa, la misma que se caracterizara una vez que se liquide la sociedad como consecuencia de su fenecimiento por alguna de las causales señaladas en el artículo 318, y se divida los gananciales (remanente que

¹⁵¹ HINOSTROSA MINGUEZ, Alberto, op. cit., pág. 203.

¹⁵² Casación N° 3109-1998. Cusco-Madre de Dios, EL Peruano, 27-09-1999, Pág. 3582.

queda después de realizados los actos señalados en el artículo 322 del C.C.) por mitad entre ambos cónyuges, o sus respectivos herederos. Conforme al segundo párrafo del artículo 65 del C.P.C., dispone que 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 conforman¹⁵³.

c) Es una sociedad sui generis:

Sin negar que se trata de una comunidad, esta posición considera que la sociedad de gananciales es una forma particular de sociedad, esto es, una sociedad patrimonial legal, en la que destaca el elemento personal (cónyuges), el patrimonial (bienes propios y sociales) y el legal (ordenamiento jurídico que lo regula).

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

La naturaleza jurídica de la sociedad conyugal incide más de una vez, en el modo de resolver las cuestiones específicas, relativas a la titularidad de los bienes, a su gestión y a su responsabilidad. Por eso se dice que sus elementos son: la unidad de masa (unión de patrimonios), a unidad de administración, que corresponde a ambos o a uno de los cónyuges y la unidad de responsabilidad (que son asumidas por ambos consortes)¹⁵⁴.

d) En el Código Civil.

Menciona el catedrático Héctor Cornejo Chávez, que la sociedad de gananciales para designar al primero de los regímenes elegibles fue decidida por la Comisión Revisora, acaso en vista de que fue la que usaron el código de 1852 y el de 1936: tal es el nombre incorporado al vocabulario usual de las gentes. Sin embargo, aquella denominación resulta equivoca, ya que, como se ha dicho anteriormente, existen en el plano de la teoría y de la legislación comparada, dos regímenes de gananciales: el de comunidad y de participación y la diferencia entre ambos es de esencia, tanto es así que el primero integra el grupo de los regímenes de comunidad y el segundo el de los regímenes de separación. Esta es la razón por la que el anteproyecto del ponente utilizó la denominación de comunidad de gananciales. El asunto, empero, carece de mayor relevancia práctica¹⁵⁵.

¹⁵³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; "Código Civil", Tomo I, Séptima edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, pág. 521.

¹⁵⁴ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit., pág. 217.

¹⁵⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit., pág. 286.

4. BIENES PROPIOS

4.1. CONCEPTO.

Expresa, Bossert y Zannoni, que bienes propios son los que tienen cada cónyuge desde la celebración del matrimonio y los que adquiere durante éste a título gratuito, por subrogación real con otro bien propio, o por una causa o título anterior al matrimonio¹⁵⁶.

Luego, los bienes propios son todos aquéllos que cada cónyuge lleva al matrimonio o que adquiere después por herencia, legado o donación. Estos bienes, por disposición legal pueden ser del marido y también de la mujer.

La sociedad de gananciales es una comunidad limitada a las ulteriores adquisiciones a título oneroso. El desarrollo de esta idea básica lleva a la distinción entre bienes sociales y propios de cada cónyuge, formándose así diferentes masas patrimoniales: el patrimonio social y el propio de cada uno de los cónyuges. Esto exige determinar cada adquisición para atribuir el bien al respectivo régimen patrimonial. Para ello, deben tenerse presentes estos **tres principios rectores**:

- a) **Época de adquisición:** Son propios los bienes adquiridos antes del matrimonio por los cónyuges o aquellos que, adquiridos después, lo son por una causa o título anterior.
- b) **El carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante el matrimonio:** Son propias las adquisiciones de bienes realizadas a título gratuito por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, tales como una herencia, legado o donación en su favor.
- c) **El origen de los fondos empleados en las adquisiciones:** Aun tratándose de adquisiciones onerosas durante el matrimonio, si ellas tienen su origen en el empleo de dinero o fondos propios, lo adquirido será propio por subrogación real.

Los bienes propios de cada cónyuge así como sus deudas conforman su patrimonio personal. La conformación de este patrimonio, su afectación y su gestión está regulado por la ley y no por la voluntad de las partes. Son bienes propios de cada cónyuge, Artículo 302 del Código Civil:

Numeral 1º.- *Los que aporte al iniciarse el régimen de Sociedades de Gananciales.-* Debemos distinguir dos tipos de bienes: los bienes que uno de los cónyuges aporta al iniciarse el régimen y que fueron adquiridos con absoluta independencia del

¹⁵⁶ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; "Derecho de Familia en el Código Civil", Editorial IDEMSA, 2da. edición, Lima, pág. 218.

matrimonio, y aquellos que también aporta al iniciarse el régimen pero que los obtuvo en razón de la celebración del matrimonio.

Dentro del segundo grupo están incluidos los bienes que recibe uno de los cónyuges por razón del matrimonio; este es el caso de las donaciones en razón del matrimonio, hecha a uno de los cónyuges o a los dos, en cuyo caso les corresponderá por mitad a cada uno, es decir, serán copropietarios del bien. Las normas sobre donaciones por razón de matrimonio se encuentran ubicadas en el Libro VII del Código Civil: Fuentes de las Obligaciones, Artículos 1646° y 1647°.

También están incluidos dentro de este grupo, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges para establecer el futuro hogar; este es el caso de los bienes que constituye el menaje del hogar. Estos bienes, a pesar de ser propios, pasarán a formar parte del patrimonio del otro cónyuge en los casos previstos en el Artículo 320° in fine del Código Civil, esto es por muerte o declaración de ausencia del cónyuge que los aportó.

Numeral 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 adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen de Sociedades de Gananciales cuya causa de adquisición ha precedido al matrimonio, es decir, son aportaciones en forma de derechos que se hacen efectivas en fecha posterior estando ya vigente el régimen de bienes, tal es el caso del contrato de compra – venta con reserva de dominio.

La CASACIÓN N°829-2001- Ica. El peruano, 02/12/03 señala: El inciso tercero del artículo trescientos dos del Código Civil preceptúa que son bienes propios de cada cónyuge los que adquiriera durante la vigencia del régimen a título gratuito; empero, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen que quedan comprendidos dentro de este grupo los bienes obtenidos por causa de herencia, legado y donación¹⁵⁷.

Así, la Ejecutora Suprema N°495-91 Lima, del 7 de diciembre de 1992¹⁵⁸, señala:
“...El departamento sub litis fue comprado (...) por escritura pública (...), antes de contraer matrimonio con la actora (...), por lo que es un bien propio del marido en virtud de lo dispuesto por el inciso primero del artículo trescientos dos del Código Civil; que si bien, el precio se terminó de pagar durante la vigencia del matrimonio, ello no lo convierte en un bien social,

¹⁵⁷ La Casación N° 829-2001- Ica. El Peruano, 02/12/03.

¹⁵⁸ CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María; *“La Legislación Peruana a Propósito del Régimen Económico en las Uniones Matrimoniales y no Matrimoniales”*, Revista Institucional N° 9, AMAG, Lima, Perú. Ejecutora Suprema N°495-91 Lima, del 7 de Diciembre de 1992, en SJEP

pues la calificación de su condición de bien propio resulta clara a tenor de lo que señala la mencionada disposición legal”.

Numeral 3.- *Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.-* Quedan comprendidos los bienes obtenidos durante el matrimonio por causa de herencia, legado o donación.

Este numeral se debe concordar con el Artículo 304° del Código Civil,¹⁵⁹ en el que se establece que el cónyuge que va a recibir una herencia, legado o donación, sin el consentimiento del otro cónyuge, no puede dejar de aceptarla. La razón de esta regla es que la renuncia ocasiona perjuicio, no sólo a la sociedad, sino también a los posibles gananciales del otro cónyuge, desde el momento en que de acuerdo a la norma del Artículo 310°, los frutos de estos bienes son comunes.

En este numeral quedan incluidas las donaciones que puedan recibir marido y mujer conjuntamente durante el matrimonio (en copropiedad); en este caso debemos tener presente que de acuerdo a lo señalado en el Artículo 1630° del Código Civil¹⁶⁰ cuando se trate de donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, “tendrá lugar el derecho de acrecer, si el donante no dispuso lo contrario”.

¿Se incluye dentro de este numeral también la asunción de dominio por prescripción adquisitiva? La CASACION N° 2176-99 Lambayeque, del 7 de diciembre de 1999¹⁶¹ señala:

“Las sentencias de mérito consideran que la adquisición por prescripción es a título gratuito y como tal está comprendida en el inciso tercero del artículo trescientos dos del Código Civil, esto es, que se trata de una asunción de dominio a título gratuito y como tal constituye un bien propio. No obstante, no se la puede considerar un acto de liberalidad; por el contrario, es el reconocimiento de un derecho que le da esa posesión que es de cinco años cuando se trata de un bien rústico y de diez años si es un inmueble urbano. Si la posesión la ejerció por el tiempo requerido durante la unión matrimonial, vale decir, con la tenencia de la sociedad conyugal, es forzoso colegir que se trata de un bien social, lo que concuerda con lo dispuesto en los artículos trescientos diez y trescientos once del Código Civil”.

Numeral 4°.- *La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la*

¹⁵⁹ Artículo 304°.- *“Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro.”*

¹⁶⁰ Artículo 1630°.- *“Cuando la donación se ha hecho a varias personas conjuntamente se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer. Se exceptúan de esta disposición hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar el derecho de acrecer, si el donante no dispuso lo contrario”.*

¹⁶¹ Casación. N°2176- 99 Lambayeque del 23 de diciembre de 1999, publicada en la SCEP del 07 de abril de 2002. pp. 4976- 4977

sociedad. Se entiende que lo recibido por este concepto tiene carácter personalísimo ya que equivale a la alteración, pérdida o disminución de la actividad del cónyuge. La deducción de las primas pagadas con fondo social se encuentra justificada, en razón de que si se afectó el patrimonio social invirtiendo fondos sociales, estos deben reembolsarse para evitar que el patrimonio del cónyuge beneficiario se incremente a costa del patrimonio social.

No se ha contemplado el caso de las indemnizaciones por daños o pérdidas en los bienes propios de uno de los cónyuges; sin embargo, por aplicación del principio de subrogación real, el criterio que debemos seguir es que la indemnización tiene el mismo carácter porque viene a reemplazar o sustituir el bien en el patrimonio personal del cónyuge. De la misma manera que en el primer caso, deberá deducirse las primas pagadas por la sociedad.

Numeral 5°.- *Los derechos de autor e inventor*. El carácter de bien propio que la ley les atribuye radica en la naturaleza absolutamente personal que subyace en ambos casos, ya que tanto la autoría como la invención son indisolubles de la persona del creador o inventor.

Sin embargo, el precepto resulta incompleto ya que no considera otros derechos intelectuales cuya esencia es también personal. Tal es el caso de los demás signos distintivos, como las marcas, nombres, lemas, diseños industriales e incluso la calidad de asociado en una asociación civil. A pesar de ello, la naturaleza - eminentemente personal - de estos bienes, no permitiría que sean considerados como bienes sociales.

Numeral 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*. Se refiere a los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio del cónyuge, cuya tenencia resulta indispensable ya que quedaría impedido de trabajar. Es importante tener en cuenta que para la aplicación de esta regla no se considera el origen de los recursos con los que se adquieren estos bienes. La regla de la subrogación y el principio que establece que los bienes adquiridos durante el matrimonio son sociales, parecerían no haber sido tomados en cuenta, ya que en tal caso, debería funcionar el reintegro a la masa social con cargo a los bienes propios de los cónyuges o a los gananciales que en su momento correspondan.

En cuanto a los accesorios, éstos deben serlos respecto de una empresa (empresa individual o unipersonal) que tenga la condición de bien propio de uno de los cónyuges. Se mantiene así el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Numeral 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. Encuentra su justificación en que la revaluación del patrimonio social no determina un aumento real de este patrimonio, ya que lo que se modifica es la expresión en dinero de determinados bienes que forman parte de dicho patrimonio.

Numeral 8°.- *La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.* Respecto a la primera parte del numeral, debemos señalar que obedece al carácter de gratuidad de lo adquirido por el cónyuge beneficiado.

La segunda parte del numeral tiene su origen en la aplicación del principio de subrogación real: lo recibido por el cónyuge beneficiado viene a sustituir en su patrimonio a los bienes empleados para cumplir con la prestación.

Numeral 9°.- *Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.* Se trata de bienes que por su naturaleza son de carácter personalísimo.

4.2. GESTIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES PROPIOS

a) Facultad de administración

Si bien es cierto que los cónyuges conservan la libre administración de sus bienes, también es cierto que, en determinadas situaciones expresamente contempladas en la ley, esta facultad puede ser transferida al otro cónyuge¹⁶².

Cuando se transfiere la facultad de administración se delega sólo facultades inherentes a la mera administración, es decir, el administrador debe adoptar todas las medidas y ejecutar todos los actos jurídicos que tienden a conservarlo, a incrementarlo y a obtener todas las ventajas que es susceptible de procurar, más no puede venderlo, gravarlo o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre ellos.

Esta facultad es asumida por el otro cónyuge en los siguientes casos:

1. Cuando el cónyuge propietario no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar. De acuerdo al artículo 305° del Código Civil, el otro cónyuge puede pedir al Juez que pase a su administración, en todo o en parte, dichos bienes.

Pero como indica el mismo artículo, el cónyuge que recibe la administración de los bienes propios del otro, está obligado a constituir hipoteca, y si carece de

¹⁶² Artículo 303°, “Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.”

bienes propios, otra garantía si es posible, según el prudente arbitrio del Juez, por el valor de los bienes que reciba.

2. Cuando el cónyuge propietario está impedido por interdicción u otra causa como enfermedad, imposibilidad física y mental; cuando se ignora su paradero; cuando se encuentra en algún lugar remoto o si ha abandonado el hogar (artículo 314° y 294° del Código Civil).

3. Cuando el mismo cónyuge lo permite (artículo 306° del Código Civil), es decir tácita y voluntariamente lo consiente. El cónyuge que los administra está obligado a devolverlos cuando aquellos lo solicitan.

b) Facultad de disposición o gravamen

De acuerdo al artículo 303°¹⁶³ de nuestro Código Civil, cada cónyuge tiene derecho a la libre disposición de sus bienes y gravarlos cuantas veces lo crea conveniente.

La libre disposición de los bienes está regulada por normas que tienen como finalidad poner límite a un irrestricto uso de esta facultad, que ponga en peligro los intereses de la familia o las expectativas del otro cónyuge respecto de los gananciales.

El cónyuge que considere que los actos de disposición excesiva fuesen el resultado de una actitud irracional o de una ausencia de aptitudes de ponderación del valor de los bienes o de su adecuado manejo del cónyuge propietario, puede plantear una acción de interdicción por causa de prodigalidad (artículo 584°) o de mala gestión (artículo 585°) o de invalidez de donación (artículo 1629°).

Nuestra legislación no establece ninguna limitación a estas facultades aun cuando se trate de disponer o gravar el inmueble de propiedad de uno de los cónyuges donde está constituido el domicilio conyugal o los muebles de uso ordinario de la familia.

Otras legislaciones como la española, bajo el principio de que la gestión de los bienes debe armonizarse con el interés de la familia, establecen que para disponer del inmueble donde está constituido el domicilio conyugal y de los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere la intervención de ambos cónyuges, aunque tales bienes pertenezcan a uno solo de ellos.

¹⁶³ Aun cuando el legislador se refiere sólo a los actos de disposición y gravamen y omite aquellos actos que importen una desmembración del derecho de propiedad – servidumbre, usufructo, etc. -, del espíritu de la norma se deduce que están incluidos en ella.

El Juez puede autorizar el acto de disposición por causas justificadas de necesidad o utilidad y atendiendo al interés familiar. En su caso, también puede establecer las medidas cautelares que estime conveniente.

c) Deudas propias

En nuestro ordenamiento legal no se ha establecido la presunción juris tamtum del carácter común de las deudas asumidas por uno de los cónyuges durante la vigencia de la Sociedades de Gananciales por tanto debemos entender que las deudas se presumen propias salvo prueba en contrario. Sin embargo jurisprudencialmente se señalan criterios divergentes así:

“Considerando Quinto: que asimismo cabe hacer la acotación, que a quien le corresponde probar que la deuda contraída por el ejecutado señor..., no haya redundado en beneficio de la sociedad conyugal es a la demandante, a tenor de lo dispuesto por el artículo 196° del Código Adjetivo: en tanto que si todos los bienes presumen sociales conforme dispone el artículo 311° inciso 1° del Código Civil, se entiende asimismo que para el caso de deudas es de aplicación la misma presunción”. (CASACIÓN N° 2088- 2000 Cajamarca¹⁶⁴).

CASACIÓN N° 1953-97 Piura, del 7 de Octubre de 1998¹⁶⁵.

“Los artículos trescientos siete y trescientos ocho del Código Civil regulan como se cubren las obligaciones contraídas por los cónyuges antes de la vigencia de la Sociedades de Gananciales. Siendo así, no corresponde discutir si los bienes propios de uno de los cónyuges o los bienes de la sociedad conyugal responderán por las deudas contraídas por el otro cónyuge. Lo que corresponde determinar es si la obligación se contrajo en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia. Por 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”.

En principio las deudas individualmente contraídas deben ser consideradas como exclusivamente privadas del cónyuge que las contrajo y por tanto deben ser afrontadas con el patrimonio propio del cónyuge deudor; sin embargo nuestro legislador estableció dos supuestos de actuación individual de uno de los cónyuges susceptible de afectar el patrimonio social o propio de uno de los cónyuges según sea el caso¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Casación N° 2088 – 2000 - Cajamarca en SCEP

¹⁶⁵ Casación. N° 1953 – 97 - Piura del 7 de octubre de 1998, publicada en el CCJC, Tomo II., pág. 302 - 303

¹⁶⁶ CANALES TORRES, Claudia. “Responsabilidad patrimonial por deudas en la Sociedades de Gananciales” en Dialogo con la Jurisprudencia N° 102 pág. 124. Lima marzo de 2004.

Los criterios normativos establecidos respecto a las deudas adquiridas individualmente por los cónyuges durante la vigencia de la Sociedades de Gananciales son los siguientes:

“Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de Sociedades de Gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.” (Artículo 307 del CC).

Esta norma trae dos supuestos a contemplar:

- a) Deudas contraídas antes del inicio del régimen de Sociedades de Gananciales en interés propio y exclusivo del cónyuge deudor. El cónyuge deudor responde con sus bienes propios.
- b) Deudas contraídas antes del inicio del régimen de Sociedades de Gananciales en beneficio del futuro hogar. Responde subsidiariamente el activo social a falta de bienes propios del cónyuge deudor pero deberá probarse que el motivo determinante para adquirir la deuda por parte del futuro cónyuge fue buscar el beneficio del hogar. Es el caso, aquellas deudas que asume uno de los contrayentes para comprar los bienes de uso doméstico para el futuro hogar. Se trata de un tipo especial de deuda privativa o personal del cónyuge deudor donde el motivo expícito para contraerla fue el beneficio del futuro hogar.

“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” (Artículo 308 del CC).

Esta norma también trae dos supuestos a observar:

- a) Deudas personales contraídas por uno de los cónyuges durante la vigencia del régimen de Sociedades de Gananciales en interés propio y exclusivo. El cónyuge deudor responde con sus bienes propios.
- b) Deudas contraídas por uno de los cónyuges durante la vigencia del régimen de Sociedades de Gananciales en provecho o beneficio de la familia. Responde subsidiariamente los bienes del cónyuge no deudor a falta o insuficiencia de bienes propios del cónyuge deudor y siempre que se acredite el provecho que produce para la familia. Se trata de un tipo especial de deuda donde el motivo determinante para contraerla fue el perseguir el provecho del núcleo familia lo que no desnaturaliza el carácter de deuda privativa o personal del cónyuge deudor. Cabe señalar que no se trata de deudas contraídas para atender las cargas sociales señaladas en el Artículo 316° del Código Civil o las necesidades inmediatas de la familia, ni para adquirir bienes comprendidos en el menaje de la familia.

Cada cónyuge responde con sus bienes propios a prorrata, de las deudas sociales cuando los bienes sociales no basten para cancelar las deudas que son de cargo de la sociedad (artículo 317° del Código Civil). De esta manera se constituye la responsabilidad subsidiaria de los bienes propios de ambos cónyuges responsabilizándose cada uno de ellos con su patrimonio por el saldo o íntegro de la deuda impaga, en proporción a sus respectivos ingresos y rentas.

Cada cónyuge responde con sus bienes propios y los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación por la deuda derivada de responsabilidad extracontractual¹⁶⁷.

En este caso, el acreedor podrá hacer efectiva su acreencia con los bienes propios del cónyuge deudor, pero si éstos no fueren suficientes, no podrá hacerlo con los bienes sociales que le corresponderían en caso de liquidación de la Sociedad de Gananciales sino hasta que ésta se liquide, ya que durante su vigencia los cónyuges no tienen titularidad sobre los bienes sociales; en consecuencia, no se puede afectar derechos individuales que no existen¹⁶⁸.

La CASACIÓN N° 50 - 96 Cajamarca, del 11 de noviembre de 1996 ¹⁶⁹ recoge un criterio divergente al señalado:

“El artículo trescientos nueve del Código Civil se contrae a la responsabilidad extracontractual de un cónyuge, que en este caso no sólo quedan libres de afectación los bienes propios del otro consorte, sino también la parte que le correspondería en los bienes de la sociedad en caso de liquidación; por lo que, tratándose de un acto absolutamente personal, no tiene por qué afectar el patrimonio del otro, ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le correspondería por concepto de gananciales. En ese sentido, siendo un acto propio de un cónyuge, no puede afectar los derechos y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de obligación que la sociedad conyugal debe responder”.

5. BIENES SOCIALES

5.1. CONCEPTO.

Bienes sociales son todos aquellos objetos corporales o incorporeales que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aun después de su disolución por

¹⁶⁷ Artículo 309° del Código Civil modificado por el Decreto Legislativo No.

¹⁶⁸ Sobre el particular se puede consultar: CASTRO PÉREZ –TREVIÑO Olga María y GARCÍA GARCÍA, Luis. “El derecho de propiedad durante el matrimonio y la copropiedad” en Revista Derecho y Sociedad. Año XIV, N° 20, 2003. Editada por los estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁶⁹ Casación N° 50-96 CAJAMARCA del 11 de noviembre de 1996, publicada en la SCEP del 30 de diciembre de 1997, pág. 198

causa o título anterior a la misma. Por consiguiente son los adquiridos por el esfuerzo de cualquiera de los cónyuges, por el empeño o por el azar de las rentas y frutos de los bienes propios y comunes¹⁷⁰.

"Los bienes sociales no constituyen copropiedad de los cónyuges, sino un patrimonio autónomo, el que sin constituirse en persona jurídica es distinto de los sujetos que la integran, por lo que sus reglas no pueden confundirse con las de la copropiedad, por ello cada uno de los cónyuges no es titular de derechos y acciones como los reconocidos para la copropiedad, que pueden ser dispuestos o gravados por cada uno de los condóminos¹⁷¹".

Nuestro legislador ha optado por establecer que tienen la categoría de "bienes sociales" todos los bienes no comprendidos en el Artículo 302° del Código Civil, evitando detallar cada uno de ellos; sin embargo, ha cuidado de nombrar especialmente aquellos bienes que tienen carácter de sociales y que dada su importancia, no debe quedar la menor duda de su calidad de tales.

Artículo 310° del Código Civil:

"Son bienes sociales todos los no comprendidos en el Artículo 302°, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso".

Respecto a la calidad de bienes sociales que tienen lo que los cónyuges adquieran por su trabajo, industria o profesión, se debe señalar que es social lo adquirido por los cónyuges en virtud de su esfuerzo individual, mediante el proyecto y útil empleo de la actividad humana en todas sus manifestaciones, lo que incluye también la producción alcanzada por el trabajo intelectual, técnico y manual sea permanente o eventual pero siempre que la actividad se haya realizado durante el matrimonio.

Bajo el concepto de productos de trabajo, también debemos entender la renta de las pensiones de jubilación, cesantía y retiro, percibidos durante el matrimonio, sin que incluya el momento en que fueron prestados los servicios, ni el momento en que se solicitó y obtuvo el reconocimiento.

¹⁷⁰ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit., pág. 220.

¹⁷¹ Exp. N 1144•98, Resolución del 16/06/98, Segunda Sala Civil Corporativa para Procesos Ejecutivos Y Cautelares de la Corte Superior de Lima.

Cabe mencionar la calidad de bien social de la CTS y qué criterios se manejan para señalar desde cuándo puede ser considerada bien social y desde cuando bien propio. Al respecto el D.S 001-97-TR TUO de Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, artículo 39° señala:

“La CTS tiene la calidad de bien común sólo a partir del matrimonio civil [...] y mantendrá dicha calidad hasta la fecha de la escritura pública en la que se pacte el régimen de separación de patrimonios o de la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ponga in a dicho régimen”.

“[...] se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador cuenta con el consentimiento correspondiente para realizar tales actos”

Resulta cuestionable que a los productos de un bien propio se les considere bienes sociales si tomamos en cuenta que el producto del bien es el bien mismo que se percibe poco a poco, de tal manera que el valor del producto es en realidad lo que la cosa vale de menos. No ocurre lo mismo con los frutos que producen los bienes propios y sociales, pues éstos surgen del bien ya sea en forma natural, mediante intervención humana o como consecuencia de relaciones jurídicas. En cualquier caso, los frutos se separan del bien sin disminuir o alterar su sustancia; es decir, son un valor que se agrega al bien pero no es el bien en sí mismo.

En cuanto a las rentas de los derechos de autor e inventor, debe quedar claro que la renta de estos derechos son bienes sociales, pero el derecho mismo es bien propio.

La Ley 13714, Artículo 17° establece que el autor de obras intelectuales o artísticas se mantiene como titular de ellas si contrae matrimonio y sólo a él le corresponde los derechos morales; pero que tratándose de los rendimientos pecuniarios que se produzcan en el matrimonio, pertenecen a la sociedad ¹⁷².

Finalmente, en lo concerniente a la calidad de bien común de 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, se debe señalar que la norma bajo comentario tiene un justificado criterio distinto de los que inspiran los Artículos 941°, 942° y 944° del Código Civil relativos a la construcción en terreno ajeno.

Cabe señalar que el **Artículo 311° del Código Civil indica tres reglas para calificar los bienes dentro del régimen de Sociedades de Gananciales.**

¹⁷² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit., pág. 296.

a) Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.

Establece una presunción “**Juris Tantum**”. La carga de la prueba según esta regla, recae en el cónyuge que aduce ser propietario del bien, quien deberá probar que lo adquirió con su caudal propio. El hecho de que el bien se hubiera adquirido a nombre de uno de los cónyuges no es prueba que lo adquirió con caudal propio.

El criterio que maneja el Tribunal Registral en cuanto a la solicitud de inscripción de bienes propios es el siguiente:

“...la obligación de acreditar las pruebas no es requerida expresamente por ningún texto legal, empero, su cumplimiento colige de la respectiva norma del Código Civil, en la medida en que no se exige de las partes únicamente la afirmación del reconocimiento de la titularidad o calidad de bien, sino la presentación de pruebas que acrediten la naturaleza del bien propio y social¹⁷³”

El mismo criterio se advierte en la Resolución del Tribunal Registral N°003-2002-ORLC/TR del 4 de enero de 2002¹⁷⁴:

“Con la finalidad de enervar la presunción de bien social contenida en el inciso 1) del artículo 311 del Código Civil e inscribir un bien inmueble con la calidad de bien propio, no es suficiente la declaración efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa”.

b) Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. Establece una presunción “Jure et de Jure” y se explica por sí misma; establecer lo contrario sería atentar contra el tráfico patrimonial de bienes.

c) 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.

Establece una presunción “**Juris Tantum**” y debe entenderse en el sentido de que debe haber correspondencia aproximada entre el precio de lo que se vendió y el precio del bien que luego fue comprado. No es necesario que el bien que se adquirió sea de la misma naturaleza del que se compró ni que la nueva adquisición se realice en forma inmediata a la venta del bien cuyo precio de venta se invirtió.

¹⁷³ Resolución N° 239-99 ORLC/TR del 21 de septiembre del 1999. en ORLC

¹⁷⁴ Resolución del Tribunal Registral N° 003-2002-ORLC/TR del 4 de Enero de 2002.

El **Artículo 312° del Código Civil** indica que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad, norma de carácter prohibitiva que restringe la posibilidad de negociación entre si sobre los bienes de la sociedad conyugal.

Esta prohibición se circunscribe a los bienes de la sociedad de gananciales, lo que significa que si pueden contratar, a título oneroso o a título gratuito, respecto de los bienes propios de cada uno, que son los señalados en el artículo 302. Como los bienes sociales son de propiedad de la sociedad conyugal, si se permitiera que los cónyuges contraten entre si sobre ellos, se estarían transfiriendo bienes que pertenecen tanto al transferente como al adquirente, por ejemplo, un cónyuge estaría vendiendo, donando, arrendado al otro cónyuge bienes que son de propiedad de ambos.

Si el régimen patrimonial es el de la separación de patrimonios no existe inconveniente para que los cónyuges contraten entre sí sobre los bienes que pertenecen a cada uno.

Para un autorizado civilista como G. Borda la necesidad del contrato entre cónyuges nace del debilitamiento del matrimonio. “El problema del contrato entre esposos ha cobrado actualidad en los últimos tiempos con motivo del aflojamiento de los vínculos matrimoniales. En una unión perfecta, cuando se ha producido algo así como una fusión de personalidades, el contrato entre marido y mujer resulta inútil y casi incomprensible¹⁷⁵”.

5.2. FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN, DISPOSICIÓN O GRAVAMEN DE LOS BIENES SOCIALES

a) Facultad de administración

Con respecto a la facultad de administración corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social, no obstante, cualquiera de ellos puede autorizar al otro para que asuma exclusivamente dicha responsabilidad respecto a todos o algunos de los indicados bienes. En este caso, él cónyuge administrador indemnizará al otro cónyuge por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos.

Respecto a la administración de bienes sociales se debe distinguir dos situaciones:

1. Cuando se trate de realizar actos que tienen como finalidad atender las necesidades ordinarias del hogar y a la conservación del patrimonio social

¹⁷⁵ BORDA, Guillermo A.; “Tratado de Derecho Civil” – Familia, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 191.

circunscribiéndose al levantamiento de las cargas sociales, se está efectuando actos de **administración ordinaria o “poder doméstico”**¹⁷⁶ en cuyo caso, de acuerdo al Artículo 292° del Código Civil, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer tal administración conforme al uso del lugar y a las circunstancias de tales necesidades.

2. Cuando se trata de realizar actos de administración que excedan del poder doméstico, estamos ante una administración extraordinaria la misma que, de acuerdo al Artículo 313° del Código Civil, debe realizarse conjuntamente por ambos cónyuges.

El Artículo 313° del Código Civil a la letra dice:

“Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos.”

La administración extraordinaria se ejerce en forma conjunta, pero queda abierta la posibilidad de que un cónyuge faculte al otro para que actúe solo. En aplicación estricta del principio consagrado en este Artículo, si uno de los cónyuges desea facultar al otro para que administre en forma exclusiva los bienes sociales, debería otorgar un poder con arreglo a las formas establecidas, lo que constituye una exigencia demasiado rígida, que en la práctica se incumple, pues la cotidianeidad con la que cualquiera de los cónyuges suele asumir – con la anuencia tácita o expresa, aunque no formal del otro – la administración exclusiva de los bienes sociales presumiéndose la anuencia del otro cónyuge, demuestra que el sistema funciona, pero sin que sea necesario el otorgamiento de poder general cuya naturaleza es revocable salvo que el representado haya otorgado un poder irrevocable habida cuenta que es otorgado en interés común de los cónyuges pero deberá tenerse en cuenta lo señalado por el Artículo 153° del Código Civil ¹⁷⁷ respecto al plazo para su vigencia.

Recogiendo esta realidad, una opción válida a implementar podría ser que manteniéndose el principio de la coadministración en los casos de realizar actos de administración que excedan del poder doméstico, se admitiera que si uno de los

¹⁷⁶ Es importante recordar que de acuerdo al Artículo 292° del CC, a ambos cónyuges se les atribuyó por igual el “poder doméstico”; pero cualquiera de los dos podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, esto es las cargas de familia y la conservación y administración del patrimonio social (Artículo 316° del CC).

¹⁷⁷ Artículo 153° del Código Civil: *“El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero”.*

cónyuges la ejerce y el otro asume un comportamiento acorde con los efectos del acto realizado sin su participación, éste queda convalidado; en caso contrario, podría impugnarlo mediante una pretensión de anulabilidad de acto jurídico, desde luego estableciendo la sanción de anulabilidad en la norma respectiva en concordancia con lo señalado en el Artículo 221° del Código Civil.

Nuestro Código Civil no contempla una sanción expresa para los actos de administración que son ejercidos unilateralmente. De acuerdo al Artículo 314° del Código Civil¹⁷⁸, la administración conjunta de los bienes sociales tiene como excepción, los casos de interdicción de uno de los cónyuges, de enfermedad, imposibilidad física o mental; cuando se ignora su paradero; cuando se encuentra en algún lugar remoto o si ha abandonado el hogar.

b) Facultad de disposición o gravamen

Con respecto a las facultades de disposición o gravamen, por regla general, se requiere la intervención tanto del marido como de la mujer, pero cualquiera de ellos puede ejercitar la función de administrar el patrimonio social, si tiene para ello poder especial del otro cónyuge.

Cuando se trata de actos de gravamen o disposición de bienes sociales también se debe distinguir dos situaciones:

1. Cualquiera de los cónyuges está facultado para realizar actos de disposición que se encuentran dentro de la “potestad doméstica”, es decir, actos de disposición realizados con la finalidad de cubrir las necesidades ordinarias de la familia o necesidades urgentes aun cuando éstas sean de carácter extraordinario y a la conservación del patrimonio social.
2. Ambos cónyuges deben intervenir en todos aquellos actos de disposición o gravamen que excedan del poder doméstico, de acuerdo al Artículo 315°¹⁷⁹. Sin embargo, cualquiera de ellos puede ejercer tal facultad si tiene poder especial del otro.

Nuestro Código no trae sanción alguna respecto a la disposición arbitraria de un bien social por uno de los cónyuges

¹⁷⁸ Artículo 314° del Código Civil.- “La administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los Casaciones del Artículo 294°, incisos 1 y 2.”

¹⁷⁹ Artículo 315° del Código Civil.- “Para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los Casaciones considerados en las leyes especiales”.

Al respecto el profesor **Benjamín Aguilar Llanos** señala: *“La norma comentada contiene un mandato, una orden, y por ello resulta imperativa. La violación de la norma sobre la disposición conjunta ha creado interpretaciones varias: unos señalan que se trata de un acto nulo, otros se pronuncian por la anulabilidad del acto, tal como lo hace el proyecto de reforma del libro de familia del Ministerio de Justicia, que propone que la sanción debe ser demandada por el cónyuge que no intervino o sus herederos; mientras otros además señalan la ineficacia del acto. Tema que introduciremos en líneas posteriores. Sobre este asunto, y en vista del interés familiar existente - que debe ser protegido en función de todos los integrantes del núcleo familiar -, creemos que una nulidad es la que debe proceder en caso de contravención a la disposición conjunta de los bienes sociales, porque la disposición es un acto que va en contra de una norma imperativa”*¹⁸⁰.

Desde el punto de vista de la teoría del acto jurídico y atendiendo a la actual redacción del Código Civil la posición del profesor Benjamín Aguilar Llanos es correcta.

Así la CASACIÓN N° 336-2006 Lima, indica:

*“Que, en tal virtud, para disponer de bienes sociales o gravarlos, se requiere de la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos de poder al otro para ese efecto, de acuerdo al artículo trescientos quince del Código Civil por lo que están prohibidas los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin la intervención de ambos cónyuges; de tal modo que si, contraviniendo dicha norma, se practica actos de disposición de bienes sociales por uno de los cónyuges se incurra en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil, por falta de manifestación de la voluntad de los titulares del dominio del bien...”*¹⁸¹

Otra posición relacionada con el efecto de nulidad es la siguiente:

*“la venta de derechos y acciones de un bien social sin el consentimiento del otro cónyuge, es nula en virtud de que el objeto es jurídicamente imposible mas no así por falta de manifestación de la voluntad, debido a que mientras no se liquide la Sociedades de Gananciales ningún cónyuge tiene derecho sobre una cuota ideal o parte del inmueble”*¹⁸².

El profesor **Rómulo Morales Hervías** considera que el efecto del artículo 315° del Código Civil es que *“cuando no hay asentimiento de uno de los cónyuges*

¹⁸⁰ AGUILAR LLANOS, Benjamín; “Régimen Patrimonial del Matrimonio”, Revista de Derecho PUCP. N°. 59 Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Pág. 331.

¹⁸¹ Casación N° 336-2006 Lima.

¹⁸² Casación N° 2818-2000 Lambayeque. Publicada el 2 de Julio de 2001. Diario El Peruano.

es la ineficacia por la ausencia de legitimación”¹⁸³, que se entenderá como “la competencia que tiene la parte de disponer o de transferir de las posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas. Se requiere de la presencia del instituto de la legitimación como requisito de las partes contratantes a in de que el contrato pueda surtir efectos jurídicos”.

Consecuentemente, debemos entender que la presencia de ambos cónyuges en un acto disposición o gravamen, no supone un requisito de validez del acto jurídico cuyo incumplimiento acarree la nulidad sino que supone una adecuada legitimidad para contratar que tendría como efecto la ineficacia de negocio jurídico respecto del cónyuge no interviniente y la posibilidad de que pueda ser ratificado por este. Respecto del tercero si actuó de buena fe el contrato es eficaz sin perjuicio de que tendrá derecho de extinguir el contrato y solicitar la tutela resarcitoria contra el cónyuge culpable.

Si el tercero actuó de buena fe y no ejerce su derecho de extinguir el contrato, “el cónyuge no interviniente tendrá una tutela jurisdiccional compensatoria por la pérdida del bien del patrimonio social contra el conyugue culpable”.

Finalmente, se plantea que el acto de disposición o gravamen del bien o bienes sociales sin el consentimiento de uno de los cónyuges “es anulable ya que existe un vicio resultante de dolo”¹⁸⁴, efecto contenido de manera expresa en el artículo 221°- 2, y es que el actuar de uno de los cónyuges se realiza con conocimiento de que los bienes les pertenecen a la sociedad conyugal. Razón por la cual tal acto merece algún tipo de sanción que implique al menos poner en conocimiento de la situación al cónyuge posiblemente afectado con dicha disposición con la finalidad de convalidar dicho acto. Cabe señalar que no todas las personas casadas bajo el régimen de Sociedades de Gananciales conocen las normas que lo rigen, en tanto ello no podríamos señalar que todo acto de disposición de bienes sociales sin intervención de uno de los cónyuges trae consigo una actitud dolosa de parte del cónyuge que dispone del bien unilateralmente.

La misma norma, consagrada en el Artículo 315°, contiene dos excepciones a la regla general:

1. La intervención de marido y mujer, no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges.

¹⁸³ MORALES HERVÍAS, Rómulo. “Validez y Eficacia de los Actos de Disposición y de Gravamen en las Sociedades de Gananciales”. El concepto oculto en el artículo 315° del Código Civil. En Revista Jurídica del Perú N° 64 Setiembre- Octubre 2005 pág. 174.

¹⁸⁴ Posición sustentada por el Dr. Carlos Furuken. Alumno del Curso Jurisprudencia en Familia y Sucesiones. Dictado en la Maestría en Derecho Civil de la Universidad San Martín de Porres.

La excepción prevista en la norma respecto a la adquisición de bienes muebles sin el requisito de la intervención de ambos cónyuges, tiene a nuestro juicio aspectos vulnerables que hacen que no se justifique la alteración del principio de disposición de bienes. El primero es que muchos bienes muebles tienen un valor que sobrepasa largamente el de un inmueble. El segundo es que en cualquier acto de adquisición (sea que se trate de bienes muebles o inmuebles), supone necesariamente un previo o simultáneo acto de disposición de dinero para pagar el precio del bien que se va a adquirir y finalmente porque nos encontramos fuera del poder doméstico y, en consecuencia, cualquier acto de disposición que se realice va a tener una repercusión patrimonial mayor que la producida para levantar las cargas de la familia.

El mismo principio rige para los casos considerados en leyes especiales. Cabe señalar, que con la finalidad de no afectar las relaciones y las transacciones económicas durante la vigencia del Código Civil de 1936 y como consecuencia de la reforma del Artículo 188° por el Decreto Ley 17838, se dieron dos leyes especiales que se apartaban del principio general de codisponibilidad de los bienes sociales contenido en el Código generándose un conflicto de normas. Los legisladores del actual Código, con buen criterio, optaron por prever en el mismo Artículo esta excepción al principio general validando de esta manera aquellas leyes especiales que se apartaran del principio general contenido en el Artículo 315°.

La Ley de Títulos Valores No. 27287, vigente desde el 27 de Octubre del año 2000, recogiendo una práctica comercial generalizada e impuesta por los usos y costumbres de nuestro país, introdujo una importante innovación en su sexta disposición final, la misma que señala que:

“En la transferencia o Constitución de gravámenes sobre los títulos valores emitidos y transferidos a favor de una persona natural, no se requiere la intervención del otro cónyuge. La misma regla rige para los valores representados mediante anotación en cuenta”.

Esta disposición está referida, tanto a los títulos valores como a los valores representados mediante anotación en cuenta emitida o transferida a nombre o a favor de una determinada persona natural, cuyo nombre figura literalmente en el título o registro; según sea el caso, quien se convierte en su legítimo tenedor o titular.

La misma norma señala que cuando tal persona lo transfiera o constituya un gravamen sobre dicho valor, sea materializado o desmaterializado, y está casado/a, no requiere la intervención de su cónyuge. Esta disposición está sustentada en:

- a) La presunción jure et de jure que ambos cónyuges consienten la disposición o gravamen del título valor.

- b) La presunción **jure et de jure** de que en la relación cambiaría el tenedor del título actúa de buena fe como condición de legitimación del título.

En nuestro ordenamiento nacional, la primera presunción ya se encontraba prevista por leyes conexas a la de Títulos Valores como es el caso de la **Ley No. 26361** (Ley de Bolsa de Productos), que en su Artículo cuarto taxativamente señala: *“Se presume, sin advertir prueba en contrario, que los bienes materia de negociación de bolsa, tienen el consentimiento de ambos cónyuges”*; en igual sentido, la **Ley de Mercado de Valores** en su artículo 113° refiere: *“Que en las transacciones que se efectúen en los mecanismos centralizados regulados por esta ley, se presume de pleno derecho, el consentimiento del cónyuge del enajenante”* y finalmente la **Ley de Banca y Seguros señala** en su Artículo 227°: *“En el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge titular de la cuenta”*.

5.3. DEUDAS SOCIALES

Por regla general, las deudas y cargas contraídas por la sociedad conyugal deben ser satisfechas con los bienes sociales de la misma.

El Artículo 316° del Código Civil señala que son de cargo de la sociedad:

Numeral 1°.- El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes.

Numeral 2°.- Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas.- El inciso abarca los alimentos que se está obligado a dar al ex-cónyuge por el divorcio, al ex-conviviente abandonado que opta por una pensión de alimentos a los hijos extramatrimoniales reconocidos o judicialmente declarados y a los hijos alimentistas.

Numeral 3°.- El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges.- Se trata de las liberalidades que realicen los cónyuges a favor de sus hijos con cargo a los bienes sociales.

Numeral 4°.- Las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten.

Numeral 5°.- Las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida introducir en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de éste.

Numeral 6.- Las mejoras y reparaciones realizadas en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten. De acuerdo a lo señalado en los incisos 4°, 5° y

6°, las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios o sociales son de cargo de la sociedad, en razón de que es ella la que usufructúa estos bienes durante la vigencia del régimen de Sociedades de Gananciales.

También establecen que son de cargo de la sociedad, y bajo el mismo principio, las mejoras necesarias que se introduzcan en los bienes propios de los cónyuges o sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten.

Cuando se trate de mejoras necesarias es decir aquellas sin las cuales el bien puede destruirse o arruinarse, son obligatoriamente de cargo de la sociedad; las mejoras útiles y de ornato también pueden ser efectuadas por la sociedad y a su cuenta, pero siempre que se cuente con la autorización del cónyuge propietario.

Respecto de las mejoras realizadas en los bienes sociales, por la propia naturaleza de estos bienes deben ser a costa del patrimonio social. Igualmente corren por cuenta de la sociedad los tributos y retribuciones que afecten a los bienes sociales.

Numeral 7°.- *Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan.-* Se refiere a la carga impuesta a la sociedad por los réditos o atrasos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos los bienes propios de los cónyuges y los bienes sociales. En lo que respecta a los réditos o atrasos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos los bienes propios de los cónyuges, esto obedece a que este tipo de gastos se realiza comúnmente con los frutos de estos bienes y como ellos entran a formar parte de la masa común, las deudas de los esposos, no le son personales más que en sí mismas y no sus réditos o intereses, los cuales incumben a la comunidad por tener ella el disfrute de los bienes. Sin embargo, la norma bajo comentario contiene, pues una excepción a la regla general según la cual las deudas anteriores se pagan con bienes propios del cónyuge que la contrajo (Artículo 307° Código Civil).¹⁸⁵

Numeral 8°.- *Las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge.* En razón de este inciso, la sociedad ha de soportar las cargas que pesan sobre todo usufructuario, aquellas contempladas en el Artículo 1010° del Código Civil.¹⁸⁶

¹⁸⁵ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit. pág. 306.

¹⁸⁶ Artículo N° 1010 del Código Civil; “El usufructuario debe pagar los tributos, las rentas vitalicias y las pensiones”.

Numeral 9°.- *Los gastos que cause la administración de la sociedad.*

6. TEORÍA DEL REEMBOLSO

Se señala la necesidad de reembolsar – postura a la que nos adscribimos - al cónyuge titular de un patrimonio afectado por el acreedor ante la falta o insuficiencia del patrimonio del responsable directo de la deuda, circunstancia en que se producirá el empobrecimiento de un patrimonio cuyo titular se ve obligado a satisfacer al acreedor por mandato legal bajo la figura de la responsabilidad subsidiaria o por que fue compelido por el acreedor.

En el marco del régimen de la Sociedades de Gananciales las situaciones en que legalmente se ha establecido la responsabilidad subsidiaria, como ya se ha señalado, son las siguientes: (i) responde subsidiariamente el activo social a falta de bienes propios del cónyuge deudor por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en beneficio del futuro hogar antes del inicio del régimen de Sociedades de Gananciales, (ii) responden subsidiariamente los bienes propios del cónyuge no deudor a falta o insuficiencia de bienes propios del cónyuge titular de la deuda por las deudas que contrajo durante la vigencia del régimen de Sociedades de Gananciales en provecho de la familia, y (iii) responden subsidiariamente los cónyuges con sus bienes propios a prorrata de las deudas sociales cuando los bienes sociales no basten para cancelar las deudas que son de cargo de la sociedad.

Nuestro ordenamiento legal solo a contemplado la teoría del reembolso en el último párrafo del Artículo 310° del Código Civil cuando señala: “ /.../ También tienen la calidad de bienes sociales 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”, mas no para los casos señalados en el párrafo precedente, sin embargo consideramos que debe realizarse teniendo como punto de referencia el valor que tienen los bienes al momento del reembolso, evitando así enriquecimientos indebidos e injustos bajo el manto de un vacío en nuestras normas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges cuando están regidas por la Sociedades de Gananciales.

7. FENECIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Artículo 318. Fin de la sociedad de gananciales: “fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

1. Por invalidez del matrimonio.
2. Por separación de cuerpo.
3. Por divorcio.
4. Por declaración de ausencia.
5. Por muerte de uno de los cónyuges.

6. Por cambio de régimen patrimonial.

Se hace referencia literal a la Casación N° 848 – 96 – Amazonas, El Peruano, 03 – 05 – 1998, pág. 860. *“Habiendo fenecido el régimen de sociedad de gananciales por virtud de divorcio por causa de adulterio imputable al actor, cualquiera de los ex cónyuges está legitimado para solicitar la liquidación patrimonial de la sociedad de gananciales, la cual tiene su inicio con el inventario de los bienes aun cuando se trate de un solo bien; una vez formalizado el inventario se pagan las obligaciones sociales y cargas y después se reintegra cada cónyuge los bienes propios que quedaren; luego de lo cual los bienes gananciales remanentes se dividen por mitad entre ambos cónyuges”¹⁸⁷*

En este caso se ve que la sociedad de gananciales no podría seguir existiendo debido a que el vínculo que le dio origen ha finalizado, es el caso de los numerales 1 y 3 del referido artículo.

En el caso del numeral 5°, dado el carácter personal del régimen matrimonial, el cónyuge muerto no puede ser sustituido por otra persona; en consecuencia, a la muerte de uno de los cónyuges, el régimen fenece.

En el caso del numeral 2° la Sociedades de Gananciales fenece porque no obstante mantenerse el vínculo matrimonial, se suspende la vida en común.

En el caso del inciso 4°: “La concordancia entre la norma bajo estudio y las que se contienen en los Artículos 47°, 49°, 638° y demás pertinentes llegan a la conclusión de que, producida la desaparición de uno de los cónyuges y en tanto que no se pronuncia la declaración judicial de ausencia, los bienes del desaparecido quedan al cuidado de un curador interino (a menos que aquél haya dejado mandatario con facultades suficientes); que, declarado judicialmente el estado de ausencia por haber transcurrido por lo menos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, fenece el régimen de Sociedades de Gananciales y efectuada la liquidación del mismo, el cónyuge presente asumirá el manejo de los bienes que le hayan sido adjudicados con las mismas características de un régimen de Separación de Patrimonios en tanto que la parte correspondiente al ausente será entregada en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos (con las facultades y restricciones que precisan los Artículos 50° y siguientes), sin perjuicio de la acción vigilante que compete al Consejo de Familia del ausente.

En realidad, como se puede advertir por lo expuesto, este último caso resulta en alguna medida atípico por cuanto el cónyuge presente tendrá sobre su patrimonio las facultades y cargas propias del régimen de Separación de Patrimonios pero el cónyuge ausente no podrá ejercer aquéllas ni cumplir éstas y su patrimonio estará

¹⁸⁷ Casación N° 848 – 96 – Amazonas, El Peruano, 03 – 05 – 1998, pág. 860.

sujeto aunque de modo temporal o transitorio, a un régimen de manejo ajeno a las normas del régimen patrimonial del matrimonio”¹⁸⁸

El inciso 6° se refiere al cambio del régimen patrimonial de gananciales por uno de Separación de Patrimonios. Tres pueden ser las causas del cambio del régimen:

1. Separación convencional: resulta de la decisión de ambos cónyuges.
2. Separación judicial: Estando vigente el régimen de gananciales se produce el cambio de régimen a instancia del cónyuge perjudicado por el dolo o la culpa con que el otro cónyuge ha actuado o si hubiere abusado de las facultades que le corresponden.
3. Separación de pleno derecho: Se produce por la declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges¹⁸⁹. Sin embargo, debe precisarse que el régimen no fenece si a ese momento está vigente otro procedimiento concursal respecto de la sociedad conyugal de la que el cónyuge es integrante y que ha sido previamente publicitado conforme a ley.

d) RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS.

1. ANTECEDENTES.

Es exactamente el régimen contrario al anterior. Hay claramente dos patrimonios: el del marido y el de la mujer, que cada uno de ellos administra con la más amplia libertad. No hay Matrimonio social o común. Es el régimen legal adoptado en Bulgaria, Turquía, Australia, Japón, Inglaterra, Escocia, Irlanda, y también en 38 de los 51 estados de Estados Unidos de Norteamérica¹⁹⁰.

El régimen de separación de patrimonios, fue denominado en el Código Civil de 1936 como “separación de bienes durante el matrimonio”, rigió hasta el 14 de noviembre de 1984, en casos excepcionales y siempre como resultado de una sentencia judicial recaída en juicio sumario.

La regla general y de cumplimiento insoslayable fue que “por el hecho mismo del matrimonio” se constituía entre marido y mujer -con su voluntad, sin ella o contra ella- una “sociedad de gananciales”. No existía, pues, ni aun en germen un sistema de capitulaciones matrimoniales o de libertad restringida o amplia de elección de régimen diferente¹⁹¹.

¹⁸⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit., pág. 310.

¹⁸⁹ La Ley N° 27809 ha modificado el texto del Artículo 330° del Código Civil.

¹⁹⁰ RAMOS PAZOS, Rene; *“Derecho de Familia”*, Tomo – I, 6ta. ed., Editorial Jurídica de Chile, 2007, pág. 151.

¹⁹¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit., pág. 317.

El Código Civil de 1936 permitía la separación de patrimonios, a la cual denominaba separación de bienes durante el matrimonio, en contados casos muy especiales, y, es más, se requería para ello de un procedimiento sumario con su correspondiente fallo que así lo ordenaba. Esto se debía a que todavía eran incipientes las convenciones del matrimonio de carácter patrimonial, máxime si la mujer se hallaba subordinada a las decisiones de su marido que le impedía tener su propio patrimonio. El régimen de sociedad de gananciales derivado del matrimonio era, pues, indiscutible; permitiéndose la separación de bienes dentro del matrimonio cuando la mujer lo demandaba basándose en la desatención del marido de las obligaciones familiares, o por no querer la mujer sumir la dirección del hogar¹⁹².

Los casos en que el régimen de gananciales podía ser sustituido por el de separación de patrimonios fueron inicialmente cuatro -previsto alguno de ellos en términos confusos- y todos por demanda incoada por la mujer contra el marido, por incumplimiento de ciertas obligaciones o por no querer aquélla asumir la dirección del hogar en las hipótesis puntualizadas en el Código derogado. La ley N° 15779 agregó a esas causales una quinta, esta vez por acuerdo de ambos cónyuges, aunque “con expresión de causa”¹⁹³.

El carácter excepcional del régimen del separación de patrimonios, el hecho de que sólo fuera posible llegar a su instauración previo proceso judicial y casi siempre a consecuencia de un comportamiento doloso o ilegal del marido, convirtieron el cambio del régimen de gananciales al de separación en la antesala de una separación de cuerpos o del divorcio y, en todo caso, en una alteración negativa del clima interno del hogar¹⁹⁴.

En el Código Civil de 1984 se desterró la exigencia de tener que acudir a la vía judicial para pedir la separación de patrimonios, y también que dicha separación tenga que ser objeto de prueba respecto de la causa que la origina. Ya no es así, cada cónyuge puede elegir libremente el régimen patrimonial del matrimonio, teniendo la facultad de escoger el de separación de patrimonios sin restricción alguna, únicamente deberá observar la forma prescrita por la ley (artículo 295 y 296 del Código Civil): otorgamiento de escritura pública que tiene que ser inscrita en el registro Personal¹⁹⁵.

El Código Civil regula lo relativo al régimen de separación de patrimonios en el Capítulo III “separación de patrimonios” del Título III “Régimen patrimonial” de la Sección Segunda “Sociedad conyugal” del Libro III “Derecho de Familia”, en los artículos 327 al 331, del referido cuerpo legal.

¹⁹² HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: op. cit., pág. 186 y 187.

¹⁹³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit., pág. 317.

¹⁹⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; op. cit., pág. 317 y 318.

¹⁹⁵ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: op. cit., pág. 187.

2. CONCEPTO

Llamado también en la doctrina tradicional “régimen de separación de bienes”. Este régimen se caracteriza porque cada uno de los cónyuges tiene patrimonio propio, de manera que no existe unión o confusión de patrimonios del esposo y la esposa, porque los mismos están escindidos o separados entre sí¹⁹⁶.

En este régimen no existe patrimonio de la sociedad conyugal, ya que cada uno de los cónyuges es propietario de lo suyo y ninguno copartícipe del otro, por consiguiente, cada cónyuge afronta a su vez el pago de sus obligaciones. En ese sentido, se advierte con claridad, que no existe unidad de masa sino dos patrimonios independientes, desaparece la unidad de administración ya que cada cónyuge tiene la suya y, por último, desaparece también la unidad de obligación desde que cada uno asume el pago de sus deudas¹⁹⁷.

Sobre otros conceptos en la doctrina comparada, sobre régimen de separación de bienes, podemos mencionar los siguientes:

Azpiri expone sobre el tema que “en este régimen (de separación de bienes o patrimonios) la celebración del matrimonio no produce alteración en cuanto a la administración y disposición de sus bienes por parte de sus cónyuges; esto significa que cada esposo conserva la titularidad de los bienes que tenía desde antes de casarse y, además, adquiere para sí los que obtenga después del matrimonio por cualquier título que sea, sin que el otro esposo tenga derecho a participar de esos bienes en ningún momento, ni siquiera a la disolución del régimen. La única cuestión que, dentro de este régimen, afecta a ambos esposos es la forma en que deberán contribuir a solventar los gastos del matrimonio y que cada legislación desarrolla con diferentes alcances”¹⁹⁸.

Por su parte, **Borda** anota lo siguiente: “... Régimen de separación de bienes: cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía en el momento de casarse, y de los que adquiriera posteriormente; los administra por sí y responde exclusivamente por las deudas contraídas. Pero por más completa que haya querido hacerse la separación, no han podido evitarse ciertas concesiones impuestas por la comunidad de vida; y ha debido reconocerse la responsabilidad común por las cargas del hogar (...). Se admiten toda clase de contratos de orden patrimonial entre los esposos”¹⁹⁹.

Puig Peña asevera que “... se caracteriza este régimen (de separación de bienes o patrimonios) en su forma pura, porque cada uno de los esposos conserva la

¹⁹⁶ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; op. cit., pág. 343.

¹⁹⁷ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit., pág. 233.

¹⁹⁸ AZPIRI, Jorge O.; Regimen de Bienes en el Matrimonio; op. cit., pág. 24

¹⁹⁹ BORDA, Guillermo A.; “*Tratado de Derecho Civil*”, Familia I, 6ta. Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 255.

propiedad y administración de su peculio particular...” (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 271). Dicho autor precisa que “...el sistema de separación de bienes (o patrimonios) es un propio y verdadero régimen económico del matrimonio. En su acepción más pura consiste este régimen en la independencia económica absoluta de los esposos, de tal forma que cada uno de ellos conserva sobre su propio patrimonio el dominio, administración y usufructo del mismo” (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 342). Este autor termina señalando que el régimen de separación de bienes reviste los siguientes caracteres:

- a) El dominio, en todos los sistemas de separación, permanece separado, correspondiendo a cada cónyuge sobre su propio patrimonio.
- b) Por punto general, existen sólo dos patrimonios, el del marido y el de la mujer.
- c) La administración de los patrimonios en los regímenes puros de separación corresponde a cada uno de los cónyuges.
- d) La separación de los bienes implica igualmente la separación del pasivo entre los esposos.
- e) Finalmente, el régimen judicial de separación supone la disolución fulminante de la sociedad de gananciales, debiendo hacerse la liquidación conforme a los principios generales de ésta. (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 343)²⁰⁰.

En nuestro Código Civil Peruano, no encontramos una definición del régimen de separación de patrimonios del matrimonio, pero en el art. 327 se establecen los caracteres, como:

“Artículo 327.- En el régimen de separación de patrimonios cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes”.

3. NATURALEZA JURÍDICA

El régimen de separación de bienes en el matrimonio, pertenece al grupo de los sistemas de separación absoluta, ya que en este régimen cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, sin intervención del otro. La separación de los bienes normalmente es total como también lo son los productos de los bienes que se adquieran durante el estado matrimonial, por lo que cada cónyuge puede disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización del otro. En este régimen la situación matrimonial de los cónyuges respecto a su patrimonio es la misma que tenían antes del matrimonio, exceptuando las obligaciones derivadas de

²⁰⁰ HINOSTROSA MINGUEZ, Alberto, op. cit., pág. 243 y 244.

este para el sostenimiento económico del hogar y para darse alimentos en caso necesario.

Según **Díez Picaso y Gullón** desde el punto de vista jurídico político se ha discutido la conveniencia o inconveniencia de otorgar a este régimen la consideración de régimen legal supletorio, pero su utilización como régimen convencional entra de lleno en el ámbito de la autonomía de la voluntad y no contraviene principio alguno de orden público familiar.

De acuerdo con la doctrina más actualizada la separación de patrimonios constituye un régimen patrimonial independiente que se constituye mediante convenio previo y no precisamente un régimen legal supletorio. En este entender, el régimen se peculiariza porque a la celebración del matrimonio existe un patrimonio del cónyuge varón y otro patrimonio independiente d la cónyuge. Por tanto, cada uno asumirá en forma absolutamente autónoma la administración y disposición de sus bienes propios, así como el pago de sus obligaciones y cargas.

Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por la 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.

Por las consideraciones expuestas, a diferencia de los que ocurre con el régimen de gananciales, el de separación de patrimonios exige inscripción en el Registro Personal, tanto si los interesados lo eligen antes del matrimonio, como si van a él en el transcurso de éste. Ahora bien, dicha inscripción se efectúa a base de la correspondiente escritura pública, en los casos en que es la común voluntad de los interesados la que elige el régimen²⁰¹.

En el actual Código Civil, permite que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges puedan optar libremente por el régimen de la sociedad de gananciales o el de la separación de patrimonios, de tal manera, que a falta de escritura pública – lo que resulta consustancial al régimen de separación – se entiende que los interesados eligieron el régimen de sociedad de gananciales. En consecuencia, el régimen de la sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios son regímenes patrimoniales principales. En defecto de escritura pública para el segundo se presume que los interesados optaron por el de la sociedad de gananciales, que en este caso, es el régimen legal supletorio²⁰².

²⁰¹ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; “Derecho de Familia”, Editorial Rodhas, Tomo I, Lima, pág. 344.

²⁰² PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; op. cit., pág. 233 y 234.

4. REQUISITOS.

Podemos extraer los requisitos para su constitución del presente régimen de separación de patrimonios, de los artículos 295 y 330 del Código Civil, siendo los siguientes:

- a) **Libertad de otorgamiento por ambos cónyuges.-** Se podrá constituir *antes* de la celebración del matrimonio, donde los futuros cónyuges optan libremente por cualquiera de los dos regímenes existentes del matrimonio, ya sea por el de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

De la misma forma, si durante la *vigencia* del matrimonio decidieron los cónyuges sustituir el régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, deberá otorgarse la correspondiente escritura pública e inscribirse esta en el Registro Personal de Registros Públicos. Previo al otorgamiento de dicho instrumento público deberá hacerse inventario de los bienes tanto propios como sociales (que deberá constar en documento privado con legalización de firmas, o sino resolución derivada de proceso de inventario judicial) y procederse a la respectiva liquidación de la sociedad de gananciales, para así dar paso al nuevo régimen patrimonial (conforme lo establece el inc. 5 del artículo 318 del C.C.)

El régimen en estudio no sólo puede establecerse convencionalmente, sino que también puede ser dispuesto por el Juez a solicitud del cónyuge agraviado, cuando el otro hace uso abusivo de las facultades que le corresponden o actúa dolosa o culposamente.

- b) **Que se otorgue la correspondiente escritura pública.-** Es decir, la ley determina que si los cónyuges interesados optaron por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad; es pues un acto solemne que debe efectuarse porque, de no ser así, no tendría validez el régimen que se constituyera, o sea, sería nulo.
- c) **La inscripción en el registro personal correspondiente.-** Para que el régimen surta sus efectos después de la celebración del matrimonio es indispensable la inscripción en los registros públicos, de lo contrario, no surtirá ningún efecto jurídico, y el matrimonio celebrado se considerará sujeto al régimen patrimonial de sociedad de gananciales.
- d) **Se constituye el régimen de separación de patrimonios en caso de declaración de quiebra de uno de los cónyuges.-** Este supuesto funciona de pleno derecho, (no siendo necesario la escritura pública y su inscripción). Para que produzca efectos frente a terceros, el cambio de régimen se debe inscribir 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.

El código civil de 1984 destina al régimen patrimonial, el Título III de la Sección Segunda, Sociedad Conyugal con 37 artículos que, con muy ligeras variantes deforman, reproducen el Proyecto de Cornejo Chávez y van del artículo 295 al 331, integrando los tres capítulos de Disposiciones Generales, Sociedad de Gananciales y Separación de Patrimonios.

Las disposiciones del Código Civil aplicables a la separación de patrimonios, están contenidas en los artículos 327 al 331 y en casi todos los preceptos del Capítulo de Disposiciones Generales. El concepto de régimen de separación de patrimonios lo da el artículo 327; en cuanto a la constitución de tal régimen se tiene los artículos 295 y 297 y el caso especial del artículo 330 sobre la Declaración de Insolvencia de un Cónyuge. Las demás disposiciones conciernen a los efectos de este nuevo régimen, artículos 298, 300 y 328, a su extinción se refiere el artículo 331.

Nos referiremos entonces sucesivamente a su concepto, responsabilidad por deudas personales, cambio del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios, declaración de insolvencia de un cónyuge y fin de la separación de patrimonios.

- **Artículo 327 del Código Civil (sobre las características del régimen de separación de patrimonios):** *“En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes”.*
- **Artículo 328 del Código Civil (sobre el pago de las deudas personales con los bienes propios):** *“Cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes”*, marcando la diferencia con el régimen de sociedad de gananciales.
- **Artículo 329 del Código Civil (sobre la sustitución judicial del régimen patrimonial de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios):** *“Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296 del Código Civil, el régimen de separación de patrimonios 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 de sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, 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 Registro de Personas Naturales en la actualidad para que

surtan efectos frente a terceros. La separación de patrimonios surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda”

- **Artículo 330 del Código Civil (sobre la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en caso de procedimiento concursal ordinario respecto de uno de los cónyuges):** *“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 matrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal, Registro de Personas Naturales en la actualidad 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”

- **Artículo 331 del Código Civil (sobre los casos de fenecimiento del régimen de separación de patrimonio):** *“el régimen de separación de patrimonio fenece en los casos del artículo 318, incisos 1, 3, 5 y 6”.*

Es decir, fenece por invalidación del matrimonio numeral 1, por divorcio numeral 3, por muerte de uno de los cónyuges numeral 5 y por cambio de régimen patrimonial numeral 6.

CAPITULO IV

RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO

(JUDICIAL Y NOTARIAL)

1. LA PRUEBA DE LA UNIÓN DE HECHO

Un inconveniente existencial de la unión de hecho es el relativo a la prueba de su existencia. Debe señalarse que ella no va a constar en un título de estado de familia, como son las partidas del Registro de Estado Civil. Esto es, por tratarse de un estado de familia de unión de hecho.

La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para que produzca los efectos legales entre los convivientes o frente a terceros.

De otra parte, la prueba va a estar dirigida a demostrar que un hombre y una mujer sin estar casados entre sí, hacen vida en común. En ello consiste la posesión constante de estado de convivientes. Está claro que, además, se deberá probar el cumplimiento de los demás elementos imperativos para la configuración de la unión de hecho, que no media impedimento matrimonial y para la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales, que haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado de convivientes puede acreditarse por cualquier medio probatorio admitido en la ley procesal; requiriendo el Código Civil, la concurrencia de n principio de prueba escrita. Esta última exigencia resulta excesiva si se considera la dificultad de contar con documentos escritos, en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia; siendo, precisamente, la prueba testimonial la que asume mayor relevancia en asuntos de derecho de familia. Por ello, debería eliminarse tal requisito

2. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

a) OBJETO DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

VARSI ROSPIGLIOSI señala que «el reconocimiento jurídico de una unión de hecho es el tema medular en la medida que permite a la pareja reclamar sus derechos»²⁰³(Varsi, 2011, p. 417).

Los objetivos centrales de la declaración judicial de unión de hecho son:

²⁰³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; op. cit. Pág. 417

- a. Demostrar la existencia de la convivencia cuando uno de los convivientes no la reconoce o ha fallecido.
- b. El reconocimiento de la sociedad de gananciales.
- c. Que se pueda oponer a terceros.

Para que se reconozca judicialmente la unión de hecho se corresponderá cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 326 del Código Civil; de lo contrario, no se podrá reclamar derechos como los correspondientes a los gananciales, alimentos o indemnización así como tampoco pensión de viudez.

Cuando uno de los convivientes no reconoce la unión de hecho o ha fallecido, se entenderá como fehacientemente constituida solo a través de un proceso judicial en el que se la declare como tal, previo cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 326 del Código Civil

En un proceso de reconocimiento judicial de unión de hecho, si existe un déficit probatorio para acreditar los hechos expuestos en la demanda; la conducta procesal del demandado resulta irrelevante para el fallo mismo, razón por la cual, si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada²⁰⁴.

En cuanto al reconocimiento de la sociedad de gananciales, el Tribunal Registral señala que dicho reconocimiento implica el reconocimiento de una comunidad o sociedad de bienes «sujeta al régimen de sociedad de gananciales»²⁰⁵.

A efectos de inscribir la adquisición de un bien por una unión de hecho con la calidad de social, debe acreditarse ante el registro el reconocimiento judicial de la sociedad de bienes, de acuerdo a lo dispuesto por el precedente de observancia obligatoria del Tribunal Registral²⁰⁶.

Tampoco puede cuestionarse la existencia de una sociedad de gananciales cuando existe una sentencia ejecutoriada. Al respecto, contamos con una jurisprudencia que nos ilustra al respecto.

La Sala de la Corte Suprema de Justicia, mediante Casación N.º 312-94-Callao, resuelve que no puede cuestionarse la existencia de una sociedad de gananciales proveniente de una unión de hecho, cuando esta ha sido declarada por sentencia ejecutoriada. Se ha establecido según sentencia ejecutoriada que ha declarado fundada en parte la demanda, reconociendo la unión de hecho de A.T.G. con V.C. y que la misma está sujeta al régimen de gananciales e improcedente

²⁰⁴ Casación N.º 3720-2013 Lima Norte.

²⁰⁵ Resolución N.º 290-2006-SUNARP-TR-L del 3 de agosto de 2006.

²⁰⁶ Resolución N.º 343-98-ORLC/TR del 30 de setiembre de 1998 y Resolución N.º 11-2003-SUNARP/TR-L del 10 de enero de 2003.

respecto a la división y partición. Cabe destacar, en el presente caso, que el conviviente tiene derechos por concepto de gananciales sobre los bienes del conviviente fallecido bajo el régimen de sociedad de gananciales (50 % del inmueble), pero no tiene derechos sucesorios. Y, respecto al otro 50 %, los herederos forzosos tienen derechos sucesorios. La interpretación errónea consiste en que le han aplicado las normas relativas al principio del enriquecimiento indebido a expensas de otro y, para que acredite la existencia de una sociedad irregular, normas que no son aplicables al caso de autos, por cuanto la unión de hecho de la recurrente se encuentra reconocida por sentencia judicial.

De conformidad con la Casación N.º 688-1995-Lambayeque:

Para poder oponer la existencia del concubinato a terceros, este debe ser declarado judicialmente. El medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión es hacer que el juez, ante quien han acreditado su unión, notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes²⁰⁷.

b) LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

VARSÍ ROSPIGLIOSI comenta dos cuestiones controvertidas: «Si se requiere adicionalmente a la prueba, que los convivientes inicien un proceso judicial y el carácter que tiene la sentencia de reconocimiento de una unión de hecho, por lo que hay que definir si tiene efecto constitutivo o declarativo.

La incertidumbre sobre si se requiere o no declaración judicial de unión de hecho estaba referida al caso de la pareja de convivientes que se hallaban en una relación vigente y tenían bienes que regularizar en calidad de bienes sociales. En efecto, si la unión de hecho se había extinguido o había terminado por decisión unilateral y la otra parte no quería reconocer dicha situación o si había fallecido, en todos estos casos no hay duda que correspondía el reconocimiento judicial. Pero, si por el contrario, se mantenían en una relación permanente, continua y vigente, no era necesario el proceso judicial.

Nosotros estamos de acuerdo con lo sostenido por la vocal que emitió el voto en discordia en la Resolución N.º 011-2003-Sunarp-TR-L:

SEGUNDO: Para que opere el efecto patrimonial que la norma atribuye a la unión de hecho que reúne los requisitos antes señalados, no se requiere de acto adicional: de manera inmediata la unión de hecho origina una sociedad de bienes que

²⁰⁷ Casación N.º 688-1995-Lambayeque.

se sujeta al régimen de sociedad de gananciales. Resulta, por tanto, que el bien adquirido por una unión de hecho será un bien social.

Así que, el reconocimiento judicial de la unión de hecho no genera ningún efecto constitutivo, sino meramente declarativo.

TERCERO: Dado que el bien adquirido por una unión de hecho es un bien social, inscribirlo como un bien sujeto a copropiedad constituiría una inexactitud registral.

Evidentemente, la declaración judicial de la existencia de una unión de hecho será indispensable cuando no se cuente con la manifestación de voluntad del varón y de la mujer en ese sentido. En cambio si —como en este caso—, el varón y la mujer declaran tener una unión de hecho conforme al artículo 326 del Código Civil, el registro debe inscribir el bien con la calidad de social.

CUARTO: (...) Por ello, no debe interpretarse el segundo párrafo del artículo

326 del Código Civil en el sentido que toda unión de hecho requerirá de reconocimiento judicial. Debe, por el contrario, interpretarse que dicha norma regula la prueba que puede admitirse en aquellos casos en los que sea necesario el reconocimiento judicial.

QUINTO: La existencia y duración de la unión de hecho constituirá una incertidumbre jurídica cuando los convivientes no manifiesten expresamente la existencia y duración de la misma. No existirá incertidumbre alguna si, como en este caso, los convivientes —personas plenamente capaces que proceden con libertad y conocimiento, tal como da fe el notario—, declaran expresamente que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que constituyen una unión de hecho con los requisitos que establece el artículo 326 del Código Civil.

Estando a lo expuesto, voto por la revocatoria de la observación formulada²⁰⁸.

No obstante, la resolución del Tribunal Registral, Resolución N.º 011-2003-Sunarp-TR-L, sustenta el siguiente precedente de observancia obligatoria aprobado en el Quinto Pleno del Tribunal Registral sobre inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho: «A efectos de inscribir la adquisición de un bien por una unión de hecho con la calidad de social, debe acreditarse ante el registro el reconocimiento judicial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes»²⁰⁹.

²⁰⁸ Resolución N.º 011-2003-SUNARP-TR-L.

²⁰⁹ Resolución N.º 011-2003-SUNARP-TR-L.

CORNEJO CHÁVEZ sostiene que, si los mismos interesados están de acuerdo en el hecho de su unión, no debería obligárseles a litigar para probarlo, al menos para las relaciones entre ellos; pero el nuevo código, en aras de protección de terceros, obliga a los convivientes a demostrar dentro de un juicio su condición de tales (Cornejo, Ob. cit., p. 73).

Pero si esta situación hubiera ocurrido dentro de la fecha de vigencia de la Ley N.º 29560, se resolvía mediante la declaración notarial, ya que ambos convivientes proceden con libertad y conocimiento ante el notario, declarando una unión de hecho con los requisitos que establece el artículo 326 del Código Civil.

Pero si esta situación hubiera ocurrido dentro de la fecha de vigencia de la Ley N.º 29560, se resolvía mediante la declaración notarial, ya que ambos convivientes proceden con libertad y conocimiento ante el notario, declarando una unión de hecho con los requisitos que establece el artículo 326 del Código Civil.

Otro caso que requiere reconocimiento judicial de unión de hecho es cuando el matrimonio del conviviente es nulo porque su cónyuge estaba previamente casada con otra persona; de tal manera, que ya no existe impedimento alguno para que se declare judicialmente la relación convivencial. Sin embargo, la nulidad del matrimonio debe ser declarada judicialmente porque se presume la validez del mismo hasta que no se declare su nulidad²¹⁰.

Sostenemos que el reconocimiento judicial es declarativo y, por ende, tiene efectos retroactivos. En el matrimonio, los efectos personales y patrimoniales operan hacia futuro, a partir del día de su celebración. En la unión de hecho sus efectos surgen desde el pasado; es decir, a partir de la fecha cierta de su inicio hasta su extinción o cese.

De tal manera, que una pareja que haya vivido en unión de hecho y luego se casa, con el matrimonio no regulariza ninguna situación patrimonial de su relación concubinaria.

c) PROCESO JUDICIAL

Comenzando con el punto de vista constitucional, el Estado peruano tiene un compromiso con la igualdad material y la protección de los más vulnerables; por ello, el proceso del reconocimiento judicial de las uniones de hecho debe proteger a la parte más débil de la relación. Para ello, los jueces deberán aplicar el principio de socialización del proceso para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

²¹⁰ Casación N.º 2484-04-La Libertad

El proceso civil, en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, es distinto al proceso de familia, lo que impone al juez de familia a tener «una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como última ratio»²¹¹.

Varsi Rospigliosi advierte que, respecto de los efectos personales que se reclamen entre los convivientes, como alimentos o una indemnización derivada de una decisión unilateral de extinción, la prueba de la existencia de la convivencia puede actuarse en el mismo proceso no requiriéndose su reconocimiento previo notarial ni judicial (Varsi, Ob. cit., p. 422).

Contrariamente, para reclamar los efectos patrimoniales, como son los derechos que les corresponden de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales (liquidación de la unión de hecho), se requiere que previamente se acredite la existencia de la unión de hecho, para lo que es necesario de un nuevo proceso (Peralta, Ob. cit., pp.70-72).

El reconocimiento judicial de la unión de hecho así como la liquidación de la sociedad de gananciales, no son impedimentos para entablar una acción indemnizatoria de daños y perjuicios o solicitar una pensión de alimentos de parte del conviviente abandonado por decisión unilateral del otro.

Observamos con beneplácito que mediante la Casación N.º 4587-2007-San Martín se flexibiliza el proceso judicial estableciéndose que no es necesario seguir procedimiento exclusivo para obtener la declaración judicial de existencia de unión de hecho. Se trata del Recurso de Casación que fue interpuesto por el tercero coadyuvante Banco de Crédito del Perú respecto de la demanda de declaración de bien social, división y partición de bienes interpuesta por M.G.M. contra J.L. El demandado otorgó en hipoteca al BCP el inmueble materia de Litis para garantizar sus deudas. La parte impugnante fundamenta la interpretación errónea del artículo 326 del Código Civil, sustentando que no es posible declarar un bien social sin que se haya declarado judicialmente la unión de hecho, por cuya razón, al no existir declaración judicial de concubinato se podría interpretar que los bienes adquiridos por los concubinos dentro de su relación son bienes propios de cada conviviente.

La Corte Suprema de Justicia de Lima señala que debe desestimarse la causal de interpretación errónea del artículo 326 del Código Civil referida a las uniones de hecho; toda vez que, conforme es de verse de la audiencia de saneamiento y conciliación, se fijó como uno de los puntos controvertidos determinar si la demandante y el demandado han sostenido una unión de hecho; por ello, la Sala Suprema ordenó que el juzgado aprecie y se pronuncie sobre la unión de hecho, el pedido de división y partición de los bienes sociales y el valor probatorio del

²¹¹ Tercer Pleno Casatorio de Familia.

inventario notarial, estableciéndose la existencia efectiva de la unión de hecho que no es necesario seguir procedimiento exclusivo para obtener la declaración judicial de existencia de unión de hecho, tanto más si se ha efectuado en el presente proceso.

El Colegiado declara improcedente el recurso de casación, en consecuencia, el bien inmueble es un bien social porque se ha demostrado la existencia de unión de hecho.

d) ¿Qué plazo tiene el conviviente para demandar la declaración judicial de una unión de hecho?

Según la Casación N.º 3173-2013 Lima, el reconocimiento judicial de la unión de hecho es una acción personal; por lo tanto, para efectos de la prescripción extintiva, se le aplica los diez años de acuerdo al artículo 2001 del Código Civil.²¹² Sin embargo, mediante la Casación N.º 1532 -2013 Lambayeque, la Corte Suprema ha señalado que la declaración de unión de hecho es imprescriptible porque analizando la Constitución y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, concluyó que encontrándose implícito en el artículo 5º de la Carta Magna, que reconoce a la unión de hecho, el derecho humano a fundar una familia, la acción de reconocimiento de dicha unión no está sujeta a plazo prescriptorio,²¹³ pues los derechos humanos son por su propia naturaleza imprescriptibles, según la Convención de Viena.

e) Probanza de la existencia de las uniones de hecho y la posesión constante de estado.

La acreditación de la unión de hecho es uno de los aspectos más difíciles de conseguir para su reconocimiento judicial con los consecuentes efectos patrimoniales.

En nuestro país, para facilitar la probanza de la relación de convivencia en el proceso de reconocimiento judicial de la unión de hecho, varios municipios como Callao, Breña, El Tambo, Chiclayo e Ilo han creado registros de uniones de hecho a fin de que los convivientes cuenten con un medio probatorio idóneo para hacerlo valer en sede judicial en las demandas de filiación, determinación de la sociedad de gananciales y otros. Por ejemplo, la Ordenanza Municipal N.º 000012-Callao (13-08-2003) y el Decreto de Alcaldía N.º 000021 de la Provincia Constitucional del Callao (02-09-2003) crearon el Registro de Unión de Hecho y Promoción de Acceso al Matrimonio de la Municipalidad Provincial del Callao con la finalidad de otorgarle efectos declarativos a las inscripciones de uniones de hecho sobre su constitución, modificación y extinción.

²¹² Casación N.º 3173-2013 Lima.

²¹³ Casación N.º 1532-2013 Lambayeque.

Lo fundamental en el proceso judicial de reconocimiento de unión de hecho es la comprobación de la posesión constante de estado de convivencia, teniendo en cuenta que el Código Civil exige el principio de prueba escrita, además de todos los medios probatorios que la ley procesal reconoce.

Como el status jurídico de concubinos no puede ser acreditado con una partida del Registro de Estado Civil, la única prueba idónea será «la posesión constante del estado de concubinos», la que posibilitará la obtención del título de «estado de familia de unión de hecho» mediante la declaración judicial (Fernández y Bustamante, Ob. cit., p. 232).

Se entiende como posesión de estado al ejercicio del derecho y el cumplimiento de los deberes inherentes a la situación familiar de la persona. Entre los elementos que se pueden distinguir en la posesión de estado tenemos: el uso del apellido, el tratamiento recibido y la consideración social que una persona sostenga en su vida. (...) En el concubinato hay una situación de estado, reflejada en el nombre, trato y fama de la pareja de convivientes. Ambos se muestran ante la sociedad como unión marital con finalidades similares a las del matrimonio, que reciben el trato de pareja y donde ellos se reconocen como tales, cuya convivencia se desarrolla cotidianamente en un hogar de hecho. (...) Donde a diferencia del matrimonio, ellos carecen del vínculo legal.

Por esta razón, es fundamental la prueba de la posesión de estado de la pareja concubina (Fernández y Bustamante, Ob. cit., p. 227).

VARSI ROSPIGLIOSI afirma que la posesión constante de estado es una suerte de reconocimiento del principio de primacía de la realidad, porque toma en cuenta lo que verdaderamente sucede y no solo lo que las partes manifiestan o lo que consta en los negocios jurídicos (Varsi, Ob. cit., p. 423).

Debemos señalar que la posesión de estado de familia contiene varios tipos, entre los cuales tenemos la «posesión constante de estado convivencial», la cual servirá como base de la declaración judicial de la unión de hecho; en tanto, que la «posesión constante del estado matrimonial» cumple una función supletoria en dos casos: cuando la partida de matrimonio adolece de vicios formales, lo que permite la subsanación de los mismos y le otorga validez al matrimonio y, además, constituye un medio de prueba del matrimonio de los padres si estos hubiesen muerto, se hallasen en la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información.²¹⁴

²¹⁴CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima Rosalina – “Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho”, Editora Diskcopy S.A.C. Lima, 2015, pág., 162, 163.

Para acreditar el estado de aparente unión matrimonial, se debe demostrar la posesión constante de estado, mediante la vida en común de ambos convivientes en el mismo domicilio, como si fuesen casados.

Para el matrimonio, es un deber la cohabitación en el domicilio conyugal; si no se cumple por uno de los cónyuges por más de dos años continuos, puede ser causal de separación y divorcio en la modalidad de abandono del hogar o separación de hecho. En cambio, para la unión de hecho, es un requisito esencial para su reconocimiento judicial.

Si falta la convivencia en domicilio común, no habrá unión de hecho protegida por la ley. La acreditación de haber recurrido a lugares de alojamiento no servirá para este tipo de acción, solamente será de utilidad para solicitar la filiación extramatrimonial.

Con el requisito de la cohabitación se ha querido eliminar de la concepción de uniones de hecho a las relaciones de pareja que, teniendo hijos en común y aun manteniendo relaciones sexuales permanentes, no realizan vida en común en un mismo domicilio. Creemos que este es un factor determinante a considerar por el juez, justamente por la apariencia de estado matrimonial. Sin embargo, estas personas no se encuentran desprotegidas legalmente si existió una promesa de matrimonio y no se realizó por culpa de una de las partes, ocasionándole daños y perjuicios a la otra; en ese caso, se podrá optar por la acción indemnizatoria a la que se refiere el artículo 240 del Código Civil.

Para el maestro Fernández Arce, el contenido del deber de cohabitación a exigirse a los concubinos debe darse en algún lugar: el hogar de hecho, que viene a representar la vivienda donde la pareja comparte el mismo lecho con el propósito de realizar un proyecto de vida en común, a la luz de la sociedad. La expresión «hogar de hecho» comprende la comunidad de lecho y cohabitación en un mismo lugar de residencia; asumiendo roles como marido y mujer con finalidades semejantes a las de un matrimonio y compartiendo un proyecto común de vida: notoriedad, singularidad y permanencia (Ibídem, p. 230).

Para perfilar la idea, podemos decir que la diferencia entre hogar de hecho y domicilio conyugal, radica en que la unión de hecho, por ser una situación ajurídica, se fundamenta en la posesión constante de estado, la cual se demuestra mediante la cohabitación en un hogar de hecho; en tanto que el domicilio conyugal representa la posesión constante de estado que tiene la relación de pareja que se constituyó mediante el título del matrimonio.²¹⁵

²¹⁵ Abogada Evelia Fátima Rosalina Castro Avilés- *Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho*.

Al no existir el título o instrumento que acredite el estado de familia o por lo menos el inicio de la relación, lo que existe de ordinario es la posesión constante de estado de concubinato a que alude el segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil, que es un estado cuasifamiliar que puede evidenciarse por el trato que se dispensan los concubinos (como si fueran casados), a la consideración que reciben en su entorno familiar, vecinal y social, situación de hecho que puede probarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos por el Código Procesal Civil, siempre que exista un principio de prueba escrita, de modo que la existencia de esta unión no podrá acreditarse por la sola declaración de los concubinos o testigos. Para el reconocimiento de su existencia será preciso entonces retrotraer la mirada hacia el pasado, para apreciar el comportamiento que hayan puesto de manifiesto los concubinos.

El artículo 326 del Código Civil dispone que la posesión constante de estado a partir de la fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos en la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. El artículo 238 del Código Procesal Civil define el concepto del «Principio de Prueba Escrita» y cuáles son sus condiciones. Cuando un escrito no produce en el juez convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita siempre que reúna los siguientes requisitos: que el escrito emane de la persona a quien se opone, a quien representa o haya representado, y que el hecho alegado sea verosímil.

Biggio Chrem, Jack enumera supuestos de aquello que podría considerarse como un indicio y no una prueba plena: correspondencia, instrumentos privados, escritura pública, recibos de pago de materiales para la construcción de una casa edificada por ambos, cheques, recibos de servicios profesionales prestados al otro concubino, etc. (Vega, Ob. cit., pp. 35-73).

El problema central que provoca la desprotección legal del conviviente, que cumple con los requisitos de ley para ser reconocido como tal, es la probanza de la posesión constante de estado de convivencia en la declaración judicial de unión de hecho mediante el principio de prueba escrita.

Para **Peralta Andía** constituye todo un problema acreditar la existencia de las uniones de hecho. La prueba de su existencia se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos. Sobre el particular, se advierten los criterios siguientes:

- a) Amplio; según el cual, para probar la existencia de una unión de hecho, puede recurrirse a cualquier medio probatorio, inclusive a la sola prueba testimonial.

- b) Restringido; según esta postura, la prueba no sería posible si no existe principio de prueba escrita; por consiguiente, la prueba testimonial es insuficiente (Peralta, Ob. cit., pp. 133-137).

En relación a la prueba escrita, **Arias-Schreiber** cuestionó su exigencia calificándola de excesiva, si se considera la dificultad de contar con documentos escritos en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia; sin embargo, para Fernández Arce, es innegable la importancia de la prueba escrita que permite sustentar la existencia de la unión concubinaria (Fernández y Bustamante, Ob. cit., p. 233).

Para **Yuri Vega**, el principio de prueba escrita resulta excesivo y hasta contrario al hecho mismo de la posesión de estado. La exigencia traiciona el sentido mismo de ese permanente discurrir ante el otro y los demás, públicamente, como pareja; le quita significado. Añade que es cierto que el legislador haya tenido temores o desconfianza por la pérdida de credibilidad de la prueba testimonial en los últimos tiempos, pero ello no puede condenar a los concubinos a documentar su relación para que sea admitida por el derecho (Vega, Ob. cit., pp. 35-73).

Si lo que se pretende es eliminar el exceso de ritual y que el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, que por otro lado, el juez de familia tenga amplias facultades tuitivas para hacer efectivos los derechos²¹⁶, la exigencia del principio de prueba escrita para el reconocimiento judicial impide que se cumplan estos buenos propósitos.

La jurisprudencia nacional consideró que, en la unión de hecho, las testimoniales resultaban insuficientes para acreditar la «posesión constante de estado», pues se requería del principio de prueba escrita, conforme lo exige el artículo 326 del Código Civil. Las partidas de nacimiento y de defunción solo probaban la relación de filiación, mas no acreditaban la unión de hecho.

En el Expediente N.º 4253-98-Lima, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento confirmó la sentencia apelada, sosteniendo que no se halla acreditada la sociedad de hecho, toda vez que las testimoniales presentadas en audiencia de pruebas resultaron insuficientes, si se tuvo en consideración que para acreditar la posesión constante de estado, se requiere el principio de prueba escrita conforme al segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil (**Ledesma, 2002, p. 118**).

En la Casación N.º 3547-2013 del Santa se reconoce cómo la Sala Superior realiza una valoración adecuada de los medios probatorios, tales como: fotografías,

²¹⁶ Tercer Pleno Casatorio de Familia.

certificado de ocurrencia policial, certificado de denuncia policial por retiro voluntario del hogar, declaraciones juradas, las cuales causan convicción para amparar la pretensión de reconocimiento de unión de hecho. Sin embargo, la propia Sala sostiene que la prueba testimonial no es medio probatorio suficiente para corroborar la existencia de la unión de hecho; por dicha razón, no se considera a los testigos de la recurrente, quienes meridianamente hacen referencia de la convivencia que mantuvo con el demandado, ni se valora la declaración de un testigo en la diligencia de constatación policial.

La ley peruana ha asumido la tesis restringida, al establecer el principio de prueba escrita como requisito para la probanza de la existencia de las uniones de hecho, lo que invalida el empleo exclusivo de las declaraciones testimoniales. El empleo de cualquier medio de prueba deberá tener carácter complementario.

Las partidas de nacimiento y de defunción no fueron consideradas como principio de prueba escrita porque no acreditaban la posesión constante de concubinos, lo único que demostraban era la relación de filiación²¹⁷. La Casación N.º 1086-02-Ica reiteró una vez más que las partidas de nacimiento de los hijos tenidos con el demandado no acreditaban la relación de convivencia.

El reconocimiento de un hijo en la partida de nacimiento fue considerado como un indicio de que, en efecto, las partes se conocían y mantuvieron una relación personal, ello no conllevaba ipso facto a considerar la existencia de la cohabitación o de la permanencia y estabilidad de la misma, independientemente de las obligaciones que como padre adquirió frente a la niña²¹⁸. Se sostenía que los hijos podían ser procreados como consecuencia de un noviazgo, un enamoramiento o de una relación esporádica de pareja. Y se creía que la partida de nacimiento de los hijos serviría para accionar por una pensión de alimentos para ellos; pero no para acreditar la existencia de la unión de hecho de sus padres.

A partir del año 2009, la jurisprudencia nacional ha venido flexibilizando lo relativo al principio de prueba escrita. Presentaremos tres casos que representan este cambio. La Consulta, Expediente 2-2010-CS-Lima absuelta por la Segunda Sala Especializada en Familia de Lima referida a la sentencia de fecha tres de noviembre del 2009, que declara fundada la demanda interpuesta por doña N.A.C.M., reconociendo la unión de hecho entre ella y don R.A.M.M, desde el mes de julio del año dos mil tres hasta el fallecimiento de aquel, sucedido el veintidós de enero de dos mil seis. Esta convivencia la acreditan con la declaración testimonial de la madre y el padre del causante, además de las fotografías, en las que se advierte a la actora con el causante muy afectuoso, exhibiéndose de manera pública y departiendo con la madre y familiares. De dicha relación de convivencia, procrearon a su menor hijo

²¹⁷ Casación N.º 4253-98-Lima del 16 de julio de 1998.

²¹⁸ Casación N.º 3650-2009 Piura.

que fue reconocido por el abuelo paterno porque al momento del deceso del progenitor, la demandante se encontraba gestando.

En la Casación N.º 5584-2009-Puno, la Corte Suprema ha considerado que al haberse verificado en las instancias anteriores, entre otros elementos de juicio, la fecha del nacimiento de los hijos habidos durante la convivencia según las partidas de nacimiento, así como los viajes realizados por la pareja al exterior y hacia el mismo destino se configuraba la existencia de una unión de hecho. Los juzgadores valoraron las partidas de nacimiento porque en ellas figuraban como padres tanto la demandante como el demandado y junto con los demás medios probatorios, y, especialmente, con la prueba de que la pareja viajó al exterior en varias ocasiones, se logró crear convicción de la existencia de la unión de hecho.

Nos parece interesante citar la Ley N.º 10/1998 de las Uniones Estables de Pareja de Cataluña, que permite la acreditación de las uniones de hecho por cualquiera de los medios probatorios enumerados con carácter general como: instrumentos, confesión, inspección personal del juez, peritos, testigos y presunciones, sin que estos medios probatorios tengan carácter de exclusivos ni excluyentes. También se presentará como prueba que la pareja de hecho se hubiera inscrito en alguno de los Registros Municipales de Uniones Civiles de Cataluña (**Hernández, Ob. cit., p. 5**).

f) EFECTOS RETROACTIVOS DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA UNIÓN DE HECHO.

El reconocimiento judicial de la unión de hecho reconoce el estado de familia siendo de carácter declarativo, porque no crea ni modifica ni extingue dicho estado, sino se limita a reconocer una convivencia preexistente al proceso judicial; por lo tanto, produce efectos retroactivos.

Vega Mere opina que «solo bajo esta probanza se podrán alegar y exigir los derechos que la ley contempla para los concubinos». Añade que «los efectos de la sentencia (o de la declaración del reconocimiento notarial) deben ser retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de los concubinos durante el plazo que han vivido juntos y adquirido bienes. No pueden regir únicamente para el futuro, deben ser necesariamente retroactivos» (Vega, Ob. cit., pp. 473-474).

La prueba definitiva de la existencia de la unión de hecho siempre será a posteriori a razón de que sus efectos se retrotraen hasta el posible inicio de la unión de hecho, esto para corroborar si existió una unión de hecho en sentido estricto; es decir, si se cumplió con el plazo de los dos años continuos de convivencia, así como los demás requisitos exigidos por la ley.

En nuestro sistema jurídico, la unión de hecho solo tendrá consecuencias jurídicas a partir de su reconocimiento; en tanto que, en el matrimonio será suficiente la partida de matrimonio.

Estas distintas consecuencias nos conducen necesariamente a tratar la diferencia entre título y posesión de estado de familia. Como sabemos, la partida de matrimonio es el título de estado de familia que constituye la prueba privilegiada que acredita la existencia del matrimonio.

La convivencia como tal, indica una posesión de estado de familia, siempre que la pareja tenga un estado matrimonial aparente y cumpla con los requisitos del artículo 326 del Código Civil; sin embargo, para el reconocimiento de su existencia y de la sociedad de gananciales es necesario que una de las partes entable una acción de estado de familia después de haberse extinguido la convivencia para obtener el título de estado de familia que, en este caso, es la sentencia de declaración de unión de hecho.

El período de convivencia estará comprendido desde la fecha que señala el reconocimiento judicial de la unión de hecho hasta el momento en que se produce su extinción. El establecimiento de la fecha de inicio y de término de la unión de hecho servirá de base para determinar la clase de bienes, esto es, si son propios o sociales.

Los efectos de la sentencia de reconocimiento de la unión de hecho son distintos para los convivientes que frente a los terceros.

En el primer caso, los efectos retroactivos de la sentencia de reconocimiento de unión de hecho entre los convivientes se dan tanto en sus relaciones personales como en las patrimoniales, pues solo declara lo que ya existía entre ellos.

Por ejemplo, para el otorgamiento de la pensión de sobrevivencia, solo se requiere la declaración de unión de hecho. El Tribunal Constitucional²¹⁹ estima que la viuda es acreedora a la pensión de sobrevivencia porque cuenta con la declaración jurisdiccional de unión de hecho y ha sido declarada única heredera y, por ello, ha adquirido todos los derechos que como cónyuge le corresponden.

En el segundo caso, solo se podría oponer los efectos del reconocimiento de la unión de hecho frente a terceros desde que se inscriba la sentencia en el Registro Personal de los Registros Públicos y en las partidas correspondientes a los bienes comunes. Citamos, como ejemplo, la Casación N.º 688-1995-Lambayeque que señala: «Para poder oponer la existencia del concubinato a terceros, este debe ser declarado judicialmente. El medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión es hacer que el juez ante quien han acreditado

²¹⁹ Expediente N.º 09708-2006-PA/TC del 11 de enero de 2007.

su unión notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, finalidad que también se consigue inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes».

3. RECONOCIMIENTO NOTARIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

a) LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO NOTARIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

Antes de la vigencia de la Ley N.º 29560²²⁰ solo existía la vía judicial para reconocer las uniones de hecho. Esta norma modificó el artículo 1 de la Ley N.º 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, incorporando el reconocimiento de unión de hecho como asunto no contencioso a ser tramitado ante el notario.

La mayor dificultad para reclamar derechos derivados de la unión de hecho, era precisamente la declaración judicial del reconocimiento de la unión de hecho, esto es, la declaración de concubinato, lo que implicaba un proceso judicial; ahora bien, la Ley 29560 que modifica la Ley 26662, otorga competencia a los notarios públicos, para intervenir en asuntos no contenciosos donde se solicite el reconocimiento de una unión de hecho; sin embargo, para su procedencia, se requiere que ambos concubinos muestren conformidad a ello, pues el trámite implica la presentación de una solicitud por ambos concubinos con las pruebas pertinentes para acreditar la comunidad de vida por más de dos años continuos. Extendida la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes, se remite partes al Registro Personal del lugar donde domicilian los solicitantes para su inscripción²²¹.

Es de observar que no se ha dejado de lado la vía judicial para la declaración de la unión de hecho, en tanto que ella procede en la medida que uno de los concubinos se niegue a iniciar la vía no contencioso notarial, o lo que es más frecuente, cuando en vida, los concubinos no lo han solicitado, y le sobreviene la muerte a uno de ellos; en esa circunstancia, para reclamarlos derechos derivados de los artículos 5 de la Constitución y 326 del Código Civil, hay que agotar esta vía judicial.

Un tema afín con la inscripción de las uniones de hecho tiene que ver con las exigencias del registro público para la procedencia de la inscripción, al solicitar al interesado o interesados, que el parte a inscribir, contenga no sólo la resolución

²²⁰ Promulgada el 15 de julio de 2010 y publicada el 16 de julio de 2010 en el diario oficial El Peruano.

²²¹ Benjamín Aguilar Llanos- Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional En: <http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA-PERSONA-Y-FAMILIA-2015>.

judicial, o acta notarial de reconocimiento de la unión de hecho, sino que deben consignarse los datos referentes al inicio de esta unión de hecho, pues si por omisión, o negligencia no consta este dato, el registro personal observa la inscripción; sobre el particular, entendemos el requerimiento de los registros, en tanto que la equiparidad de la sociedad de bienes que se genera en la unión de hecho, con la sociedad de gananciales, pasa por conocer cuándo se inició esta unión de hecho, a fin de calificar correctamente la calidad de bienes adquiridos dentro de esta unión de hecho, pues como lo hemos señalado líneas arriba, si los bienes fueron adquiridos antes del cumplimiento de los dos años de vida en común, esos bienes no tendrán la calidad de sociales, y pertenecerán a aquél que aparezca como titular.

El reconocimiento de la unión de hecho existente entre el varón y la mujer procede siempre que voluntariamente cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil.

El notario manda a publicar un extracto de la solicitud, transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición. El notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes. Posteriormente, el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes. En caso de oposición, se judicializa el caso. Y si los convivientes han puesto fin a su estado de convivencia, lo harán en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social.

b) REQUISITOS

- a) Nombre y firma.
- b) Reconocimiento expreso que viven dos años de manera continua.
- c) No tener impedimento matrimonial y que no vive con otro varón o mujer (declaración expresa).
- d) Certificado domiciliario.
- e) Certificado negativo de la unión de hecho.
- f) Dos testigos que acrediten el tiempo de convivencia continuos o más.
- g) Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por los menos dos años continuos.

En conclusión, la unión de hecho da lugar a la formación de una familia, y para su reconocimiento se requiere una comunidad de vida de más dos años continuos, y que no exista impedimento matrimonial entre los concubinos; si se cumplen con estas

exigencias entonces este hogar de hecho, debe ser protegido por el Estado, no sólo respetando la sociedad de bienes generadas en esa unión de hecho y por ende, aplicándoles las normas de la sociedad de gananciales, sino como lo hemos visto, concediendo, cuando fuere el caso, las pensiones de viudez a la concubina o concubino supérstite; sin embargo, quedan todavía, algunas inquietudes, que en algún momento, el Tribunal Constitucional deberá tomar posición respecto de otros derechos de los concubinos, reconocidos en otros países, pero no en el nuestro, como es el derecho de alimentos, patrimonio familiar, entre otros.²²²

Después de la aprobación de la Ley N.º 29560, el notario que reconoce la unión de hecho ordena su inscripción en el Registro Personal con la finalidad de publicitar ante terceros el reconocimiento de la unión de hecho y su sociedad de gananciales. Cosa similar no ocurría con el reconocimiento judicial de la unión de hecho porque el artículo 2030 del Código Civil ni ninguna ley autorizaba su inscripción en el Registro Personal como acto inscribible.

Apreciábamos, en este sentido, un trato discriminatorio que vulneraba los derechos de los convivientes que habían logrado reconocer su unión de hecho en sede judicial, con todo lo engorroso que esto significa. En otras palabras, los bienes sociales de la unión de hecho se encontraban en estado de indefensión frente a terceros. Pero recién con la Ley N.º 30007, ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de la unión de hecho, se modifica el artículo 2030 del Código Civil y se incluye, como acto inscribible, el reconocimiento judicial de la unión de hecho.

c) FECHA CIERTA

La fecha cierta es un tema que involucra tanto al reconocimiento judicial como notarial, porque la determinación exacta del inicio y fin de la relación convivencial van a definir si los bienes son sociales o propios y dependerá de si se adquirieron dentro del período convivencial.

En la sentencia expedida en el proceso de declaración judicial de convivencia, liquidación de sociedad de bienes, división y partición de bienes deben aparecer todos los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, lo que se demostrará con los medios probatorios idóneos y, además, que la fecha de la adquisición de los bienes coincida con la fecha de inicio y cese de la unión de hecho²²³.

Uno de los problemas para el reconocimiento notarial de la unión de hecho es el establecimiento de la fecha cierta. Desde cuándo se debe considerar la fecha cierta de inicio de comunidad de bienes, desde el inicio de la convivencia o después

²²² AGUILAR LLANOS, Benjamín; "Las uniones de hecho" - implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional.

²²³ Casación N.º 2623-98-Jaén.

de haber cumplido los dos años requeridos y, cuál es la fecha relevante frente a terceros, ¿la del otorgamiento de la escritura pública?

Después de haberse cumplido el plazo de los dos años, a la comunidad de bienes preexistente se le aplicará las reglas de la sociedad de gananciales, en lo que fuere aplicable. Es decir, solo se reconoce a la sociedad de gananciales algunas disposiciones, ya que como hemos analizado en capítulos anteriores no le corresponde, verbigracia: las facultades de disposición, representación y administración conjunta del matrimonio.

Por ejemplo, si la minuta de compraventa adjuntada no ha sido presentada ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas, no tiene la fecha cierta exigida por el artículo 245 inciso 3 del Código Procesal Civil. Cuando recién la minuta es elevada a escritura pública, adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica para un proceso judicial²²⁴.

Cuando ha existido vínculo matrimonial, la fecha cierta de la convivencia debe coincidir con el periodo de convivencia en el cual no existió impedimento matrimonial, sino de lo contrario se estaría amparando una unión de hecho impropia. Se presentó el caso de que los impugnantes denunciaron la infracción normativa del artículo 5 de la Constitución

Política del Estado porque se otorgó validez a documentos que fueron emitidos durante el período en que la demandante tenía vínculo matrimonial con otra persona, matrimonio que recién fue disuelto en el año dos mil cinco. La resolución recurrida consideró como válida la constancia policial de convivencia, pese a que esta se expidió en fecha en que la demandante mantenía vínculo matrimonial²²⁵.

Esto no significa que se trate de un mecanismo de conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales. Durante la vigencia de los dos años se aplicarán las disposiciones de la comunidad de bienes o de la copropiedad porque el Código Civil no regula ni la constitución ni desarrollo de las uniones de hecho, sino solamente su reconocimiento. «De lo señalado, se desprende que la comunidad de bienes surge desde el inicio de la convivencia, siéndole de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales una vez cumplidos los dos años señalados por el artículo 326 del Código Civil».²²⁶

Mediante la Resolución del Superintendente Adjunto de los Registros Públicos

N.º 088-2011-Sunarp, se aprobó la Directiva N.º 002-2011-Sunarp-SA que establece criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos

²²⁴ Casación N.º 3529-2013 San Martín.

²²⁵ Casación N.º 2716-2013 Lima.

²²⁶ Resolución N.º 351-2012-SUNARP-TR-L.

inscribibles directamente vinculados. Esta directiva establece que debe verificarse «que la escritura pública o documento público respectivo contenga la fecha del inicio de la comunidad o sociedad de bienes y, en su caso, la fecha del cese», ello implicaría que el notario deba determinar la fecha en la cual se han cumplido los dos años de convivencia como mínimo.

En otras palabras, al notario le corresponde determinar, tanto la fecha cierta de inicio como la fecha cierta de fin, pese a que este requisito no ha sido contemplado en la normativa que rige la actuación del notario en el procedimiento no contencioso, como se desprende del artículo 46 de la Ley N.º 26662, modificada por la Ley N.º 29560.

El Tribunal Registral ha establecido como precedente vinculante (aprobado por Resolución N.º 059-2012-Sunarp-PT, El Peruano, 10/03/2012) que no resulta necesario que el notario de manera expresa señale la fecha de iniciación de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, la que obra inserta en la escritura pública. Este precedente surge a raíz de la solicitud de la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho de Y.R.H. y E.S.H., presentándose para ello escritura pública del 4/10/2011, otorgada ante la notaria Ljubica Nada Sékula Delgado. La registradora observa la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho señalado porque no se ha establecido en la declaración notarial la fecha de inicio de la unión de hecho y el de la sociedad de gananciales. Sin embargo, el Tribunal Registral revoca la observación, señalando: «Que respecto a la fecha de inicio de la unión de hecho, si bien no se señala ello en la declaración notarial, este dato se desprende de la solicitud de los convivientes, en que señalan que comenzaron a convivir a partir de enero del año 2007, dato que se publicitó en las publicaciones que obran insertas en la escritura pública del 4/10/2011».

De este caso, se desprende el precedente vinculante mediante el cual se dispone que: «No resulta necesario que la fecha dé inicio de la unión de hecho, y por consiguiente de la sociedad de bienes, conste en la declaración del notario, bastando que conste en los demás documentos contenidos en la escritura pública, como puede ser en la solicitud presentada por los convivientes».

d) CRITERIOS REGISTRALES PARA LA INSCRIPCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO, SU CESE Y OTROS ACTOS INSCRIBIBLES DIRECTAMENTE VINCULADOS²²⁷.

El acceso al Registro Personal de las Uniones de Hecho y su cese tiene por finalidad la publicidad registral para que terceros tengan conocimiento del inicio y fin de estas comunidades de bienes, además de contribuir a proteger al conviviente frente a actos indebidos de apropiación del otro conviviente.

²²⁷ Resolución N.º 088-2011-SUNARP-SA.

Lo ideal sería que la convivencia también genere un estado civil al igual que el matrimonio, para que la protección legal entre los convivientes sea completa y, también, contribuiría a evitar las convivencias simultáneas o los compromisos afectivos paralelos.

A los terceros contratantes o acreedores, les interesa conocer cuáles son los bienes propios o bienes sociales de los convivientes, por ello es importante que el reconocimiento, tanto notarial como judicial, indiquen la fecha de inicio del régimen de la sociedad de gananciales, que es la fecha en la cual se cumplen los dos años de convivencia como mínimo, fecha que debe estar consignada en el documento notarial.

Los convivientes pueden dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia en la escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social, para este caso no se necesita hacer publicaciones.

No corresponde a las instancias registrales calificar los actos procedimentales realizados por el notario para el reconocimiento de unión de hecho ni el fondo o motivación de la declaración notarial²²⁸.

Para evitar las inscripciones contradictorias o incompatibles y que un conviviente inescrupuloso inscriba diferentes uniones de hecho en los Registros Personales llevados por las distintas oficinas registrales del país, se ha creado el Índice Nacional de Uniones de Hecho, que formará parte del Índice Nacional del Registro Personal.

e) ¿LA UNIÓN DE HECHO RECONOCIDA NOTARIAL O JUDICIALMENTE DEBE INSCRIBIRSE TANTO EN EL REGISTRO PERSONAL DEL DOMICILIO DE LOS CONVIVIENTES COMO EN EL REGISTRO PERSONAL DE LA OFICINA REGISTRAL EN DONDE SE ENCUENTRE LA PARTIDA REGISTRAL DE LOS BIENES INSCRITOS DE LOS CONVIVIENTES?

Vista la resolución del superintendente adjunto de los Registros Públicos N.º 088-2011-Sunarp- SA no es necesario que se repita dicha inscripción, es suficiente inscribirse en el Registro Personal del domicilio de los convivientes.

Presentaremos, a continuación, los criterios registrales que se aplican para la inscripción de las uniones de hecho:

²²⁸ Criterio adoptado en la Directiva N.º 013-2003-SUNARP-SN, aprobada por Resolución N.º 490-2003-Sunarp-SN del 9 de octubre de 2003.

Las inscripciones del reconocimiento de uniones de hecho, de su cese y demás actos inscribibles vinculados se efectúan en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes.

Se inscriben en el Registro Personal el reconocimiento de la unión de hecho, el cese de la unión de hecho y las medidas cautelares y sentencias ordenadas por la autoridad jurisdiccional relacionadas con la unión de hecho.

La inscripción del reconocimiento de la unión de hecho se realiza en mérito al parte notarial o judicial respectivo, en el que deberá indicarse el documento de identidad de los convivientes.

Si la unión de hecho cesó por muerte, muerte presunta o ausencia; se presentará la copia certificada de la partida de defunción, parte judicial que contenga la declaración de muerte presunta o que contenga la declaración de ausencia. En caso de estar ya inscrita en el Registro de Personas Naturales la declaración de ausencia, muerte presunta, sucesión intestada o testamentaria de los convivientes, el registrador no requerirá los documentos antes señalados.

Si la unión de hecho cesó por otras causas se presentará parte notarial de la escritura pública del reconocimiento de cese de la unión de hecho y, de ser el caso, de la liquidación del patrimonio social.

La fecha de inicio y la fecha de cese de la unión de hecho deben figurar en la escritura pública o en el documento público respectivo que contenga la declaración de los convivientes. Para acceder a la inscripción del cese de unión de hecho debe inscribirse previa o simultáneamente el reconocimiento de unión de hecho.

Para la inscripción o rectificación de la calidad de un bien o derecho correspondiente a una unión de hecho o su adjudicación por liquidación sobreviniente al cese de la convivencia, se requiere la previa inscripción del reconocimiento de unión de hecho o su cese en el Registro Personal del domicilio de los convivientes.

CAPITULO V

LOS PACTOS CONVIVENCIALES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA.

En España son las propias Autonomías las que rigen este tipo de uniones, de ahí la multiplicidad denominativa existente (parejas de hecho, parejas estables, parejas estables no casadas, uniones estables, uniones de hecho, uniones paramatrimoniales, convivencia more uxorio, etc.) puesto que la principal legislación es de índole autonómica, mencionaremos algunas de las normas existentes²²⁹:

- **Cataluña: Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia**²³⁰. La finalidad de la presente ley es aprobar el libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y construir otra de las partes del nuevo sistema jurídico privado que debe ir completando el Código general.

Desde que la Generalidad de Cataluña recuperó la competencia legislativa en materia civil, el Parlamento de Cataluña ha llevado a cabo una tarea remarcable en el ámbito del derecho de la persona y de familia. Inicialmente, la Ley 13/1984, de 20 de marzo, adaptó la Compilación a los principios constitucionales de igualdad jurídica de los cónyuges y de equiparación jurídica de los hijos dentro y fuera del matrimonio, a la vez que incorporaba el texto compilado al ordenamiento catalán. Poco después, se emprendió una etapa de adecuación del derecho civil a las nuevas realidades familiares, en la que se combinaron la técnica de las leyes especiales –las leyes 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones; 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela y las instituciones tutelares; 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre, y 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes– con la reforma de la Compilación, por medio de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. De esta forma fue perfilándose un cuerpo normativo muy completo en el ámbito del derecho civil que, siguiendo el camino marcado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, condujo a su codificación sectorial, con la aprobación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Pese a todo, por razones diversas, algunas

²²⁹ VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, Esther; *“Derecho Civil Comparado Aplicado a la Traducción Jurídica-Judicial”*, Editorial, Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pág. 152.

²³⁰ PINTO ANDRADE, C.; “Efectos Patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho”, disponible en: https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=312#231, citado por VALLEJO ORTIZ, Claudia; op. cit., pág. 57 a 59.

instituciones quedaron fuera del Código de familia: por ejemplo, *las uniones estables de pareja, reguladas por la Ley 10/1998, de 15 de julio*.

Por haber derogado la presente ley a la anterior Ley N° 10/1998, procederemos a mencionar las siguientes normas referentes a pactos entre uniones estables:

CAPÍTULO IV

Convivencia estable en parejas

Sección 1.ª Disposiciones generales

Artículo 234-1. Pareja estable. Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos.
- b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común.
- c) Si formalizan la relación en escritura pública.

Artículo 234-2. Requisitos personales. No pueden constituir una pareja estable las siguientes personas:

- a) Los menores de edad no emancipados.
- b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado.
- c) Las personas casadas y no separadas de hecho.
- d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona.

Artículo 234-3. Régimen durante la convivencia.

1. Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia.
2. En materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9.
3. Los convivientes en pareja estable pueden adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia. En este caso, se aplican los artículos 231-15 a 231-18, en materia de adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia.

Sección 2.ª Extinción de la pareja estable

Artículo 234-4. Causas de extinción.

1. La pareja estable se extingue por las siguientes causas:
 - a) Cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida.
 - b) Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes.
 - c) Matrimonio de cualquiera de los convivientes.
 - d) Común acuerdo de los convivientes formalizado en escritura pública.
 - e) Voluntad de uno de los convivientes notificada fehacientemente al otro.

2. La extinción de la pareja estable implica la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los convivientes haya otorgado a favor del otro.

Artículo 234-5. Pactos en previsión del cese de la convivencia.

En previsión del cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable. A estos pactos se les aplica el artículo 231-20.

Artículo 234-6. Acuerdos alcanzados tras el cese de la convivencia.

1. Tras el cese de la convivencia, los convivientes pueden acordar los efectos de la extinción de la pareja estable.
2. En el caso de acuerdos alcanzados tras el cese de la convivencia, los convivientes de común acuerdo o uno de los convivientes con el consentimiento del otro pueden someter a la aprobación de la autoridad judicial una propuesta de convenio que incluya todos los efectos que la extinción deba producir respecto a los hijos comunes y entre los convivientes. A los acuerdos incluidos en una propuesta de convenio se les aplica el artículo 233-3.
3. Si no existen hijos comunes que dependen de los convivientes, estos pueden regular los efectos de la extinción de la pareja estable por medio de un convenio formulado ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario.
4. Los acuerdos alcanzados fuera de convenio se rigen por el artículo 233-5. 5. Si no existe acuerdo entre los convivientes, se aplica lo establecido por el artículo 233-4.

TÍTULO IV Las relaciones convivenciales de ayuda mutua

Artículo 240-1. Régimen jurídico. Dos o más personas que conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, constituyen una relación de convivencia de ayuda mutua, que se rige por los acuerdos que hayan estipulado o, en su defecto, por lo establecido por el presente título.

Artículo 240-2. Requisitos personales.

1. Pueden constituir una relación convivencial de ayuda mutua las personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y las que tienen relaciones de simple amistad o compañerismo, siempre y cuando no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la que convivan.
2. El número máximo de convivientes, si no son parientes, es de cuatro.

Artículo 240-3. Constitución. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua pueden constituirse en escritura pública, a partir de la cual tienen plena efectividad, o por el transcurso de un período de dos años de convivencia.

Artículo 240-4. Acuerdos.

1. Los convivientes pueden regular válidamente, con libertad de forma, las relaciones personales y patrimoniales, y los respectivos derechos y deberes durante la convivencia, siempre y cuando estos acuerdos no perjudiquen a terceras personas. En particular, puede acordarse la contribución igual o desigual a los gastos comunes e, incluso, que el trabajo doméstico y la carga económica sea asumida íntegramente por alguno de los convivientes.
2. En previsión de una ruptura, los convivientes pueden pactar sobre los efectos de la extinción de la relación convivencial de ayuda mutua.

Artículo 240-5. Extinción de las relaciones de convivencia.

1. Las relaciones de convivencia se extinguen por las siguientes causas:
 - a) El acuerdo de todos los convivientes.
 - b) La voluntad unilateral de uno de los miembros.
 - c) El fallecimiento de uno de los convivientes.
 - d) Las pactadas por los convivientes.
2. Si la relación de convivencia se ha establecido entre más de dos personas, la voluntad unilateral, el matrimonio, la constitución de una pareja estable o el fallecimiento de cualquiera de los convivientes no extingue la relación si los demás continúan conviviendo, sin perjuicio de las modificaciones que se considere conveniente realizar en los pactos reguladores de la convivencia.
3. La extinción de la relación de convivencia deja sin efecto los poderes que uno de los convivientes haya otorgado a favor de cualquiera de los demás. Igualmente, quedan sin efecto los poderes que uno de los miembros haya otorgado a favor de cualquiera de los demás o tenga otorgados a su favor desde que se aparte de la convivencia.

Artículo 240-6. Efectos de la extinción de las relaciones de convivencia respecto a la vivienda.

1. Si la extinción de las relaciones de convivencia se produce en vida de todos los convivientes, los que no sean titulares de la vivienda deben abandonarla en el plazo de tres meses.
2. Si la extinción de las relaciones de convivencia se produce por defunción del propietario de la vivienda, los convivientes pueden continuar ocupándola durante seis meses, salvo que hayan pactado otra cosa.
3. Si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior. A tal fin, los convivientes deben notificarlo al arrendador, en el plazo de tres meses desde el fallecimiento del arrendatario.

Artículo 240-7. Pensión periódica en caso de defunción.

1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivan, que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto durante el año previo a la defunción y que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse, tienen derecho a una pensión alimentaria, a cargo de los herederos de aquel, por un período máximo de tres años.
2. Para establecer la cuantía y duración de la pensión periódica en caso de defunción de uno de los convivientes, deben tenerse en cuenta: a) El coste del mantenimiento. b) El tiempo en que el conviviente o convivientes supervivientes fueron mantenidos. c) El caudal relicto.
3. La capitalización de la pensión periódica en caso de defunción al interés legal del dinero no puede exceder de la mitad del valor del caudal relicto si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante. Si los herederos son menores de edad o discapacitados, el límite debe ser la quinta parte del valor de la herencia.
4. No corresponde derecho a pensión periódica en caso de defunción si se ha pactado así en la constitución del régimen de convivencia, y se pierde si durante el tiempo fijado el beneficiario se casa o pasa a vivir maritalmente con otra persona o ha obtenido alimentos de las personas obligadas a prestárselos.
5. El derecho a pensión periódica en caso de defunción debe reclamarse en el plazo de un año a contar de la extinción de la relación de convivencia.

- **Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables No Casadas (BOE de 21 de abril de 1999).**

* Regula esta materia en términos similares a la legislación catalana. Constituye un Registro administrativo de parejas de hecho.

* Conviene en todo caso resaltar que en virtud de las particularidades propias del derecho foral aragonés, los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún, otorgar pactos sucesorios en los términos previstos en la legislación sucesoria aragonesa y ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia. Como en Cataluña el derecho de adoptar conjuntamente sólo se concede a las parejas heterosexuales no casadas.

** Sobre la forma de los pactos, esta legislación establece que dichos pactos deben hacerse bajo escritura pública, cuyo contenido de los pactos, es a favor de la libertad de los pactos, no pudiéndose inscribir pactos contra derechos fundamentales o libertades públicas.*

- **Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables (BOE de septiembre de 6/2000).**

* Regula la materia en términos semejantes a la legislación catalana y aragonesa, más con las siguientes particularidades:

* El periodo exigido para la constitución de la pareja estable es sólo de un año de convivencia ininterrumpida.

* Parece extender el derecho de adopción conjunta a las parejas estables homosexuales por cuanto el art. 8 no distingue entre éstas y las heterosexuales.

** Sobre la forma de los pactos establece esta ley que debe celebrarse mediante documento público o privado, sobre el contenido de los pactos, podemos decir que se otorga libertad contractual a los convivientes. No cabe renuncia anticipada, derechos están reconocidos en la ley, tampoco se pueden inscribir pactos temporales o bajo condición.*

* En materia sucesoria, se equipara la situación del miembro sobreviviente a la del cónyuge viudo en determinados supuestos (Ley 253, Ley 304 y Ley 341).

- **Valencia: Ley 1/2002, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho,**

* La Ley resulta de aplicación a las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un periodo de tiempo ininterrumpido de doce meses.

La forma de los pactos, establece escritura pública, siendo el contenido de los pactos, el de la libertad contractual, no admitiéndose pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos o gravemente perjudiciales para uno de sus componentes.

- **Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid de (BOE de 5 de marzo del 2002).**

* La Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja de forma estable, libre, pública y notoria, al menos durante un periodo ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

* La Ley se refiere a parejas del mismo o de distinto sexo.

** Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren oportunos para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y posteriormente liquidarlas. Otorgando*

libertad de pactos a los concubinos y que no sean contrarios a la ley o a la igualdad de los derechos de los contrayentes.

- **Islas Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares (BOE del 10 de enero del 2002).**

* Considera como pareja estable las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que se hayan inscrito como pareja en el Registro llevado al efecto.

** Los miembros de la pareja pueden regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como sus derechos y obligaciones. Respecto a la forma del contrato se admite la escrita y oral, permitiendo que el contenido sea establecido por los contrayentes, según la libertad de pactos, además no se admiten la inscripción de pactos temporales o bajo la condición, tampoco no se podrán inscribir pactos contra derechos fundamentales o libertades públicas, no cabe renuncia anticipada.*

Asimismo, los concubinos tienen la obligación de prestarse alimentos y en el supuesto de ruptura de la convivencia pueden acordar lo oportuno respecto de la guarda y custodia de los hijos comunes.

* La inscripción en el Registro posee carácter constitutivo.

- **Asturias.Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables,**

* La Ley considera pareja estable la unión libre y pacífica, en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menos emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado.

* El periodo mínimo de convivencia ininterrumpida exigido legalmente para la constitución de la pareja estable es de un año, salvo que tuvieran descendencia, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o expresaran su voluntad de constituir pareja en documento público o con la inscripción en el Registro oportuno.

* Los miembros de la pareja estable podrán acoger a menores de edad de forma conjunta siempre que la modalidad de acogimiento sea simple o permanente.

** Esta ley establece que la forma de los pactos puede ser en documento público o privado y el contenido de los pactos se deja a la libertad de los concubinos, no pudiéndose inscribir pactos temporales o bajo condición.*

- **Andalucía: Ley 5/2002, de 5 de diciembre, de Parejas de Hecho (BOE de 13 de enero de 2003).**

* Define la pareja de hecho como la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo.

* Constituye un Registro administrativo de parejas de hecho.

* Otorga a los componentes de la unión legitimación para promover, de forma conjunta, procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes, sin que en ningún caso pueda ser utilizado como factor discriminatorio en dichos procedimientos, la opción o identidad sexual de los solicitantes.

** Establece el principio de libertad de pactos en las relaciones patrimoniales, no señala una forma de los pactos, como si lo hacen otras Comunidades Autónomas, es decir se puede otorgar por documento público o privado, sea oral o escrita; por lo que, en el contenido de los pactos prima la autonomía de la voluntad de las partes, no pudiéndose inscribir pactos contra derechos fundamentales o libertades públicas.*

* El artículo 22 dispone que las materias no reguladas en la Ley, las parejas de hecho quedarán equiparadas al matrimonio, constando expresamente dicha asimilación en intervención sanitaria, régimen tributario y fiscal autonómico y en función pública dependiente de la Comunidad Autónoma.

Al cierre de publicación de este trabajo se han publicado y promulgado la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Canarias²³¹.

- **País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho (BOE de 25 de noviembre de 2003)²³².**

La norma fundamental es la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco; además el Decreto 124 /2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Debe tenerse en cuenta a partir del **03 de octubre de 2015**, se produce en el Derecho Civil Vasco, la reforma de las disposiciones sobre parejas de hecho, mediante la Ley 5/2015, de 25 de junio.

²³¹ CADENA SERRANO, Fidel (Coponente); “*Las Relaciones Sentimentales More Uxorio en el Derecho Civil y en el Derecho Penal*”, En: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n000991_parejas%20de%20hecho.pdf, visitado el 15 de enero del 2017, Google.

²³² ADVOCATUM ABOGADOS; en: <http://www.advocatum.eus/las-parejas-de-hecho-en-la-nueva-regulacion-civil-vasca/>, visitado el 18 de enero del 2017.

Según la Ley 2/2003, de 7 de mayo, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre, que se inscriba en el Registro de Parejas de hecho, de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho (art 2 Ley 2/2003, de 7 de mayo).

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en vigor el 3 de octubre de 2015, modifica el art. 2 que queda así:

Primero. “A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho la resultante de la unión libre de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo sexual, sean del mismo o de distinto género. Asimismo ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho.

Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la ley.”

Por lo antes establecido no hay diferencia entre unión heterosexual y homosexual y deja de llamar: “personas del mismo sexo” por llamar “personas del mismo género” que parece más adecuado y engloba los roles de las personas transgénero.

Por tanto, y en sentido contrario las uniones de hecho no caben entre:

- Los menores de edad no emancipados.
- Las personas ligadas por vínculo matrimonial o por otra relación de pareja de hecho.
- Los parientes por consanguinidad o adopción en línea recta.
- Los parientes colaterales por consanguinidad dentro del segundo grado. Se precisa:
 - Que, al menos, un miembro de la pareja tenga vecindad civil vasca, sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad.
 - Que se inscriba en el Registro de parejas, de forma que la ley no se aplicará a quienes no se inscriban, porque no deseen les alcance.
 - Que no se pacte con carácter temporal ni se someta a condición.

Es decir no podemos inscribir por un periodo, les pongo un ejemplo; “Nos inscribimos como pareja de hecho hasta el 2018, después ya veremos...” “y tampoco cabe la condición es decir; “nos escribimos como pareja de hecho hasta que alguno de los dos se saque la lotería”. Son ejemplos muy básicos, pero sirven

para determinar la temporalidad y la condición y estas no se pueden pactar ante la inscripción.

Respecto a la equiparación entre matrimonio pareja de hecho: La nueva Ley contiene una verdadera **reformulación del Derecho Civil** aplicable en la Comunidad Autónoma Vasca, porque establece por vez primera en su historia una normativa jurídica civil común a todos los territorios, al tiempo que mantiene las especialidades vigentes en los territorios en los que tradicionalmente se aplicaban.

Igualdad entre matrimonio y pareja de hecho: Siguiendo la huella marcada por la legislación fiscal y la ley reguladora de las parejas de hecho de 2003, se equipara al matrimonio y a las parejas de hecho a efectos sucesorios, de forma que el superviviente de una pareja de hecho en caso de fallecimiento del otro conviviente, tendrá los mismos derechos en la herencia del difunto que el cónyuge viudo.

Esta Ley equipara a las parejas casadas y a las no casadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca.

Dicha equiparación, entre otras cuestiones, implica una igualdad de trato en materia fiscal, familiar (servicios de mediación, adopción y acogimiento, interlocución ante centros sanitarios etc.) de función pública, y en cuanto al régimen económico y sucesorio contenidos en el Derecho Civil Foral propio del País Vasco, en el caso de resultar este de aplicación.

En definitiva, la equiparación afecta a las materias cuya competencia este atribuida a la Comunidad Autónoma, garantizando un trato igual al del matrimonio frente a cualquiera de las Administraciones Públicas del País Vasco. En general, fuera del ámbito autonómico, al tratarse de un Registro dependiente de una administración pública, la inscripción en él acreditaría la existencia de dicha situación de hecho para los supuestos en que la normativa no autonómica, en su caso, reconozca algún efecto a la pareja de hecho (seguridad social, arrendamientos etc.).

Respecto a los pactos entre convivientes, dicha ley establece la forma de los pactos como documentos públicos o privados y el contenido de los pactos se deja a la libertad de los concubinos, no se aceptan pactos con carácter temporal ni sometidos a condición, tampoco a los patos que atenten contra os derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros.

- **Galicia:**

Según la normativa aplicable, tendrán la consideración de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal,

y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

En cuanto a la regulación normativa de *las parejas de hecho en Galicia*, nos encontramos con la siguiente:

- Ley 2/2006, del 14 de junio, de derecho civil de Galicia (BOE de 11 de agosto del 2006).
- Ley 10/2007, del 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.
- Decreto 248/2007, del 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia (DOG de 08 de enero del 2008).
- Decreto 146/2014, de 13 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.

Para considerar la existencia de **las parejas de hecho en Galicia**, hay que tener en cuenta una circunstancia importante, y es que la constitución de la pareja de hecho sólo se entenderá efectuada a partir de su inscripción en el **Registro de Parejas de Hecho** de Galicia. Por lo tanto dicha inscripción es de **carácter constitutivo**.

Sobre los **requisitos que han de cumplirse**, las inscripciones en el registro se realizarán previa solicitud de los miembros de la pareja de hecho, la cual deberá ir acompañada de la documentación acreditativa del cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Ser mayores de edad.
- b) No tener relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- c) Manifestar la voluntad de constitución de pareja de hecho.
- d) No estar ligados por matrimonio.
- e) No formar pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.
- f) No estar incapacitados judicialmente para regir su persona.
- g) Tener uno de los miembros de la pareja la vecindad civil gallega.
- h) Acreditar el empadronamiento de los miembros de la pareja en el mismo domicilio de algún municipio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Los casos por los cuales **no podrán existir las parejas de hecho en Galicia**, son los siguientes:

- Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.
- Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

Respecto a los Derechos y efectos del reconocimiento las parejas de hecho en Galicia, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.

Por lo tanto, los mismos derechos y efectos que se reconocen en la ley gallega para el matrimonio, se aplican también a las parejas de hecho.

Las solicitudes de inscripción se presentarán ante el Registro de Parejas de Hecho correspondiente al domicilio. Las solicitudes de inscripción, deberán estar debidamente firmadas por los dos miembros de la pareja, acompañándose los siguientes documentos:

- a) Fotocopia compulsada del documento nacional de identidad de ambos miembros de la pareja o, en caso de nacionalidad distinta a la española, del documento equivalente en su país.
- b) Certificado de empadronamiento de los miembros de la pareja en algún municipio de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- c) Acreditación del estado civil de ambos miembros de la pareja mediante certificación del Registro civil o equivalente en el caso de extranjeros.
- d) Declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho, bien mediante comparecencia personal de ambos miembros ante el encargado o encargada del registro, bien mediante otorgamiento de escritura pública o acta notarial.
- e) Declaración responsable de ambos de no tener constituida pareja de hecho con otra persona.
- f) En su caso, sentencia judicial de divorcio o nulidad, o certificado literal de matrimonio en el que conste alguno de estos extremos.
- g) Declaración responsable de no tener relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- h) Declaración responsable de no estar incapacitados a los efectos de prestar su consentimiento para constituir una pareja de hecho.
- i) Fotocopia compulsada del libro de familia, o equivalente, en los casos en los que hubiese hijos o hijas comunes o de cualquiera de los miembros de la pareja.

Cabe mencionar, y es una posibilidad que ofrece la ley, que las solicitudes de inscripción vayan acompañadas de un pacto regulador de las relaciones económicas y patrimoniales de la pareja, lo cual deberá establecerse en escritura pública, y aparecer indicado en la propia solicitud.

Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública, los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su

extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente, o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos. Es importante destacar que serán nulos los pactos que contravengan lo que acabamos de explicar.

- **Canarias:**

Se encuentra regulada los pactos entre convivientes mediante la Ley N° 5/2013 del 06 de marzo, de Canarias, de Parejas de Hecho. Estableciendo cualquier forma de pactos , ya sea oral o escrita. La previsión de compensación tras la ruptura deberá constar en escritura pública. Y sobre el contenido de los pactos, se deja a la libertad de la autonomía de la voluntad de los concubinos.

- **Cantabria:**

Los pactos entre convivientes se encuentran reguladas en la Ley 1/2005, del 16 de mayo, de Cantabria, reguladora de las Parejas de Hecho, siendo su forma de pactos bajo escritura pública, pudiendo ser el contenido fijado por los concubinos mediante la libertad de pactos, no admitiéndose pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos gravemente perjudiciales para uno de sus componentes.

2. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO FRANCÉS.

La Ley francesa, de 15 de noviembre de 1999, relativa al pacto civil de solidaridad²³³

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Existen en Francia tres formas jurídicas que permiten regular la vida familiar: **la unión libre o concubinato, el Pacto Civil de Solidaridad (PaCS) (unión civil registrada) y el matrimonio.** Tanto las parejas del mismo sexo cuanto las heterosexuales gozan prácticamente de los mismos derechos, excepto en lo que concierne a las técnicas de reproducción asistida. Las tres formas mencionadas se encuentran reguladas en el Código Civil. **El concubinato** es definido en el artículo 515-8 como “una unión de hecho, caracterizada por una comunidad de vida que tiene carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo que viven en pareja”²³⁴. El artículo 515-1 establece que el **PaCS** es un “contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad, de sexo diferente o

²³³ [DE VERDA Y BEAMONTE](#), José Ramón; Profesor Titular de derecho Civil y Magistrado Suplente de la AP de Valencia, num. 6, España, septiembre- diciembre, 2000.

²³⁴ El referido artículo pone fin a la situación discriminatoria de la jurisprudencia francesa que había excluido de la noción de concubinato a las parejas del mismo sexo.

del mismo sexo, para organizar su vida común”²³⁵. El *matrimonio*, reza el artículo 143: “es celebrado por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo”²³⁶.

Tanto el Preámbulo de la Constitución de 1946: “La Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8-1) protegen las tres formas mencionadas en tanto que derecho fundamental del individuo a la vida familiar: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Se benefician de dicho derecho tanto los nacionales como los extranjeros en situación regular. Aquellos provenientes de países que no sean miembros del Consejo de Europa y se encuentren en situación irregular no pueden, en principio, beneficiarse del derecho a la vida familiar²³⁷.

Los tres tipos de regulación de la vida familiar permiten escoger entre algunos derechos mínimos (unión libre) sin formalidad u obligación alguna, un reconocimiento jurídico parcial con formalidades reducidas y deberes limitados (PaCS) o el reconocimiento público pleno, propio al matrimonio, con más amplios derechos y deberes. Tanto la unión libre como el PaCS pueden extinguirse por la simple voluntad de una de las partes sin necesidad de intervención judicial como sucede con el matrimonio. La coexistencia de estos tres modelos no se corresponde con la voluntad originaria del legislador. En efecto, el Código de 1804 reconocía únicamente el matrimonio civil. La famosa frase de Napoleón: “*los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora*” resume perfectamente el espíritu de la época. Sin embargo a partir de los años 1960, las uniones libres dejan de ser un fenómeno marginal para representar una parte significativa de la población. Fueron los tribunales los que comenzaron a darle un estatuto jurídico sobre todo para proteger a la concubina abandonada o viuda y para garantizar las deudas respecto de terceros. Fue de manera anecdótica que el concubinato obtuvo un estatuto legal en el marco de la ley que ha creado el PaCS²³⁸. Respecto de este último, cabe recordar que fue el movimiento gay quien ha creado la movilización política que permitió la adopción

²³⁵ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS/CODE CIVIL, EDICIÓN BILINGÜE, Traducción de Álvaro Núñez Iglesias, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, pág. 302.

²³⁶ En la actualidad se encuentra derogados los artículos 133 al 143, mediante la Ley N° 77-1447, de 28 de diciembre de 1977 (art. 1), en: CÓDIGO CIVIL FRANCÉS/CODE CIVIL, EDICIÓN BILINGÜE, op. cit., pág. 105.

²³⁷ CEDH, 13-5-2003, N° 53102/99, “Chandra c/Países Bajos”; 31-7-2008, N° 265/07, “Darren Omoregie c/Noruega”. La existencia de uno o varios hijos nacidos en el territorio francés constituye un elemento que permite atenuar la ausencia de derecho de la vida familiar de los extranjeros irregulares en todo caso, respecto de los hijos, el derecho fundamental a la vida familiar tiene efecto pleno.

²³⁸ La mayoría conservadora en el senado propuso una definición del concubinato sin distinción de sexo con el propósito de reemplazar al PaCS pero cuando el proyecto de ley volvió a la cámara de diputados, ésta no sólo retomó el PaCS sino que agregó en la ley el concubinato, situación no prevista en la versión original.

de la ley aunque hoy día dicha forma de convivencia sea plebiscitada por la mayoría de las parejas heterosexuales. En Europa, el reconocimiento de las uniones convivenciales registradas es también fruto de la lucha de los homosexuales por la igualdad y aparece históricamente como un compromiso tendiente a otorgar algunos derechos conyugales sin afectar al matrimonio civil²³⁹. Resulta paradójico constatar que aquel instituto (la unión civil registrada) que fue creado para proteger al matrimonio clásico, aparezca hoy día como su principal competidor.

En consecuencia, en Francia se aprobó una regulación institucional de las uniones de hecho, que se contiene en la Ley núm. 99-944, de 15 de noviembre, relativa al Pacto Civil de Solidaridad. Los arts. 1 y 3 de dicha Ley han introducido un nuevo Título en el Libro Primero del Código Civil, el XII, el cual se divide en dos capítulos. El primero de ellos lleva por rúbrica, "Du pacte civil de solidarité", el segundo se denomina "Du concubinage".

Es de resaltar que las uniones de hecho han encontrado la más alta sanción legal. Su regulación no se aborda en una legislación especial, sino que se ubica en el *Code*, comúnmente considerado como la Constitución Civil de la República, y, más concretamente, en su Libro Primero, "Des Personnes". Examinaremos, a continuación, separadamente los dos capítulos del nuevo Título del Código Civil.

II. EL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD.

A. ASPECTOS GENERALES DEL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD²⁴⁰.

El PaCS es un contrato²⁴¹ *sui generis*. Su ubicación en el Libro I del Código Civil relativo a las personas muestra la dimensión no sólo patrimonial sino también personal del mismo. Desde el principio, la obligación de registro pone de manifiesto la dimensión social de dicho acto. Sin embargo, el PaCS no produce modificación alguna en materia de filiación ni respecto de la autoridad parental. Se trata únicamente de regular la vida de la pareja. El artículo 515-1 del Código Civil lo define como un "contrato entre dos personas físicas mayores (18 años) de sexo diferente o del mismo sexo destinado a organizar la vida común". Los menores, inclusive emancipados, no pueden celebrar un PaCS. Los mayores bajo tutela pueden acceder a dicho contrato con autorización del curador o del juez competente. Las

²³⁹ El primer Estado europeo en reconocer las uniones convivenciales registradas fue Dinamarca, en 1989.

²⁴⁰ BORRILLO, Daniel; "Uniones de Libres, Convivenciales y Conyugales en el Derecho Francés", Revista de derecho privado y comunitario, 2014, Uniones Convivenciales, archives-ouvertes, pág. 528 al 533. En <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01232004>, visto el 14 de agosto del 2017.

²⁴¹ A pesar de ser un contrato, la ley 2009-526 del 12-5-2009 ha hecho entrar en el campo del Derecho de Familia no sólo al PaCS sino también al concubinato a través de una modificación procesal que designa al juez de familia (y no al juez de los contratos) para dirimir los contenciosos económicos (art. L213-3, Código de la organización judicial). Ver LABBÉE, X., *La judiciarisation du PaCS et du concubinage*, en Recueil Dalloz, 2009, pág. 2053; citado por Daniel Borrillo, op. cit., pág. 528.

personas unidas por el matrimonio no pueden celebrar un PaCS, así como quien estuviese ya unido a otra persona por otro pacto civil de solidaridad.

El Consejo Constitucional ha interpretado la vida común como una noción que va más allá de la comunidad de intereses y la cohabitación. La vida común implica la existencia de relaciones sexuales, sin por ello considerar que la fidelidad sea una obligación propia del contrato. La prohibición de *pacsearse* entre miembros de la familia explica la dimensión sexual del contrato. En efecto, no pueden unirse por el PaCS los ascendientes y descendientes en línea directa, la familia política en línea directa y los colaterales hasta el tercer grado. Vale decir que entre tíos y sobrinos no se puede celebrar un PaCS, pero sí entre primos. Tampoco pueden contratar las personas casadas o quienes ya estén unidos por otro PaCS. En algunos casos son las reglas del matrimonio las que se aplican, y en otros son aquellas relativas a los contratos. Así, en materia de simulación o fraude, se utilizan las reglas del matrimonio de complacencia pudiendo pronunciarse la nulidad del PaCS por ausencia de *affectio matrimonialis*, pero respecto de los vicios se aplican las reglas generales del contrato de tal manera que el dolo puede acarrear la nulidad del PaCS, mientras que dicha nulidad no se produce respecto del matrimonio.

El PaCS es un contrato formal y puede, sin que sea obligatorio, realizarse por acto notarial. Dicha vía permite sustraerse a la burocracia jurisdiccional simplificando así el trámite. El notario que haya recibido el acto inicial es también competente para el registro de las modificaciones de dicho acto. Necesita para su validez que el acto sea registrado en el tribunal de instancia (*El tribunal de instancia es una especie de Juzgado de Paz que tiene varias competencias contenciosas menores y también administrativas como el registro del PaCS*) del lugar donde se haya declarado la residencia común de la pareja si no se ha hecho ante notario (art. 515-3), en tal caso el registro se efectúa en el estudio del notario, más precisamente en el “registro de las convenciones notariales de pacto civil de solidaridad”. El PaCS es un acto público de carácter limitado. Una vez registrado, el secretario del tribunal, el notario o el agente consular informa a las autoridades del Registro Civil quienes inscriben en la partida de nacimiento de cada una de las partes la identidad del otro miembro de la pareja unida por el PaCS (art. 515-3-1). Para los extranjeros que residan en Francia, existe un registro especial administrado por el tribunal de los contratos (*Tribunal de Grande Instance*).

En el extranjero, dicho contrato puede celebrarse en el consulado francés, a condición de que uno de los miembros de la pareja posea la nacionalidad francesa.

1. Efectos personales de los Pactos.

El PaCS “modifica” el estado civil de los contratantes quienes dejan de ser solteros al momento de la inscripción del contrato²⁴². Una vez efectuada la indicación

²⁴² Dicha modificación de facto del estado civil es novedosa en el Derecho francés ya que el PaCS no se registra en los registros de estado civil sino en un registro especial del Tribunal de Instancia o

en las partidas de nacimiento, el PaCS es oponible a terceros. Sin embargo, contrariamente al matrimonio, el PaCS no permite el uso del apellido del cónyuge ni crea vínculo alguno con la familia del otro miembro de la pareja. Los contratantes se comprometen a vivir juntos maritalmente²⁴³ y a apoyarse moral y materialmente en proporción a sus posibilidades financieras respectivas en caso de enfermedad o desempleo, por ejemplo. La obligación de asistencia material es de orden público y cualquier disposición contraria es, por ende, nula. El PaCS contraído entre un francés y un extranjero no otorga un derecho de residencia, se trata simplemente de un elemento que permite apreciar los vínculos personales y familiares del extranjero para la obtención de un permiso de residencia.

2. Efectos Patrimoniales.

La reforma de 2006 acercó considerablemente el PaCS al matrimonio a tal punto que un comentarista lo calificó de “matrimonio patrimonial²⁴⁴”. El régimen legal del PaCS es el de la separación de bienes (art. 515-5 del Cód. Civ.). Los contratantes pueden, sin embargo, escoger el régimen de la indivisión de bienes gananciales la cual deberá establecerse en la convención que acompaña la inscripción del PaCS o en una convención posterior que debe enviarse al tribunal de instancia o al notario que registró el acto inicial. Los bienes de los cuales no se pueda probar una propiedad exclusiva de alguno de los miembros de la pareja se presumen comunes.

Si uno de los *partenaires* es inquilino de la residencia común, el otro puede, en caso de muerte o abandono, subrogarse en el contrato de locación²⁴⁵. Asimismo, si el difunto era propietario de la residencia común principal, el otro puede durante un año gozar del uso de la misma y del mobiliario de forma gratuita.

Los miembros de la pareja se obligaban exclusivamente a una ayuda recíproca de naturaleza material (desde el año 2014, la ley introduce, como en el matrimonio, la noción de asistencia recíproca de naturaleza moral) que pueden definir en la convención que acompaña el acto principal. A falta de dicha convención,

en el registro notarial. Sin embargo, la mención de PaCS aparece en nota marginal de la partida de nacimiento.

²⁴³ La dimensión sexual de la unión civil fue confirmada indirectamente en una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un asunto concerniente a dos hermanas inglesas que vivían juntas y que pretendían deducciones fiscales equivalentes a las de las parejas casadas o unidas civilmente para pagar así menos impuestos sucesorios. Los jueces de Estrasburgo han determinado que la diferencia de tratamiento estaba justificada por la diferencia de situación en la que se encontraban las demandantes; dice el tribunal que “la ausencia de un acuerdo jurídico obligatorio entre las partes hace que su relación de convivencia, a pesar de su duración, es fundamentalmente difiere de aquella que existe entre dos cónyuges o dos *partenaires civiles*” (CEDH, 29-4-2008, “Burden c/Reino Unido (GC), N°13378/8/05.&60), citado por Daniel Borrillo; op. cit., pág. 530.

²⁴⁴ ROCHFELD, J., Réforme du PACS: Loi 2006-728 du 23 2006 portant régence des successions et des libéralités (JO 24 jun 2006, pág. 9513), RTD Civ. 2006, pág. 624, citado por Daniel Borrillo; op. cit., pág. 531.

²⁴⁵ A condición de que haya vivido con el difunto por más de un año (art. 5° de la ley 48-1360 del 1 septiembre de 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d’habitation ou á usage professionnel et instituant des allocations de logement).

la ayuda material es proporcional a la capacidad económica de cada una de las partes (art. 515-4).

En principio, cada contratante es responsable de sus deudas personales contraídas antes o durante el pacto. Existe una solidaridad por deudas respecto de los gastos relativos a las necesidades de la vida en común. Así, por ejemplo, aunque no sean cotitulares del contrato de locación, cada miembro de la pareja es deudor solidario del alquiler. Dicha solidaridad, sin embargo, no produce efecto tratándose de gastos manifiestamente excesivos.

El PaCS no otorga derechos sucesorios *ab intestato*. Es necesario pues un testamento o un seguro de vida para obtener cualquier beneficio *mortis causa*. Cada uno de los miembros de la pareja puede heredar del otro por vía testamentaria o recibir en donación hasta 80.724 euros sin carga impositiva alguna, a partir de dicha suma se debe pagar un impuesto proporcional a lo recibido (como sucede entre cónyuges). Del punto de vista fiscal, los miembros de la pareja que hayan celebrado un PaCS están obligados a declarar conjuntamente el impuesto a las ganancias, del cual son además solidarios.

3. Derechos Sociales.

Si uno de los miembros de la pareja no se encuentra cubierto por la seguridad social puede a través del PaCS beneficiarse del seguro del otro. En materia laboral, cada uno de los contratantes goza de dos días de licencia en caso de muerte de la pareja. También pueden solicitar vacaciones simultáneas si trabajan en la misma empresa. El empleado tiene cuatro días de licencia por celebración del PaCS y tres días en caso de enfermedad grave de la pareja. Tendrá igualmente derecho a dos días de licencia en caso de muerte de la pareja. Tratándose de funcionarios, la mutación de uno de ellos da derecho al otro para pedir un traslado próximo al de su pareja. El PaCS no otorga tampoco otros derechos *mortis causa* como la pensión de viudez o pensión de reversión, reservados exclusivamente al matrimonio.

La celebración del PaCS puede asimismo implicar la pérdida de ciertos derechos sociales como los subsidios para madres o padres solteros y otras ayudas de sostenimiento familiar si alguno de los miembros de la pareja se beneficiaba de dichas prerrogativas antes de celebrar el PaCS.

4. Disolución de los Pactos Sociales.

El PaCS puede extinguirse por la declaración común de las partes, por decisión unilateral de una de ellas, por matrimonio o muerte de una de las partes. En estos dos últimos casos, el fin del contrato se produce automáticamente siendo, sin embargo, necesario informar al tribunal de instancia (al notario o agente consular) que ha registrado el acto inicial. De todos modos, no es la información sino la fecha de la muerte o del matrimonio la que determina la extinción del PaCS.

La voluntad puede ser tanto unilateral cuanto común. En este último caso se envía (por carta recomendada con acuse de recibo) al tribunal de instancia (o al notario o al agente consular) una declaración conjunta. Unilateralmente, cada uno de los miembros de la pareja puede poner fin al contrato informando al otro (por ujier) y enviando una copia de dicha información al secretario del tribunal donde se registró el contrato (o al notario si la inscripción se ha hecho en estudio notarial). La ruptura produce efecto respecto a los miembros de la pareja desde el momento de la inscripción en el tribunal y respecto a terceros la ruptura produce efectos desde el momento en que se cumplan las formalidades de publicidad (inscripción en el registro civil y nota marginal en la partida de nacimiento).

El otro *partenaire* puede solicitar, como en cualquier contrato, una indemnización por los daños y perjuicios que la ruptura abusiva le haya provocado.

B. REGULACIÓN LEGAL DEL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD INTRODUCIDA POR LA LEY DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 1999.

El capítulo primero del Título XII del Código civil, comprende los siete primeros apartados del art. 515.

1. Constitución del pacto.

El pacto de civil de solidaridad se define como un "contrato" concluido por dos personas físicas mayores de edad, de igual o diverso sexo, para organizar su vida en común (art. 515.1 C.c.). No pueden celebrar tal "contrato" los parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado, ni los casados o ligados con otra persona por un pacto civil de solidaridad (art. 515.2 C.c.).

Se trata de un "contrato" formal, que requiere una declaración conjunta de las partes ante secretario judicial, y cuya oponibilidad a terceros se subordina a su inscripción en el Registro correspondiente (art. 515.3 C.c.).

2. Los efectos del pacto en el ámbito del Derecho Privado.

Las partes ligadas por tal "contrato" se aportan ayuda mutua y material, y responden solidariamente frente a terceros de las deudas contraídas por cualquiera de ellos para atender a las necesidades de la vida corriente y los gastos relativos a la vivienda común (art. 515.4 C.c.).

A falta de estipulación en contrario, se presume que los bienes, muebles o inmuebles, adquiridos por cualquiera de los convivientes con posterioridad a la conclusión del pacto civil de solidaridad, pertenecen a ambos, "pro indiviso" y por partes iguales (art. 515.5 C.c.).

3. Los efectos del pacto en el ámbito del Derecho Público.

La Ley establece, así mismo, una serie de ventajas muy diversas, para los estipulantes, de orden fiscal (arts. 4 a 6), relativas a la percepción de prestaciones de

la Seguridad Social (arts. 7 a 11), a la obtención del permiso de residencia (art. 12), etc.

4. Extinción del pacto.

El pacto se extingue por voluntad de ambas partes o de una de ellas, exteriorizada en declaración dirigida al secretario judicial, por el matrimonio de uno de los convivientes o por la muerte de cualquiera de ellos (art. 515-7 C.c.).

5. Valoración de la nueva regulación francesa.

La valoración que merece esta regulación “institucional” de las uniones de hecho puede ser discutida, en la medida en que en la práctica crea un “quasi-status” de conviviente, semejante al de casado.

Lo positivo sería que ese “quasi-status” sólo surge cuando existe una decisión negocial de los convivientes. Lo que no impide (y este extremo merece la pena subrayarlo) que aquéllos que no hayan suscrito el pacto civil de solidaridad, pero que formen una pareja de hecho en la que concurren las notas del “concubinage” definido en el art. 515.8 del Código civil, puedan acudir, en su caso, a remedios jurídicos generales de Derecho civil, tal y como desde antiguo admite la jurisprudencia francesa (principio general de enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, presunción de existencia entre los convivientes de una sociedad de hecho, pacto de “tontine”, etc.).

III. EL CONCUBINATO.

A. ASPECTOS GENERALES DEL CONCUBINATO²⁴⁶.

En estos inicios del siglo XXI, debemos realizar una constatación sociológica: la multiplicidad de formas de convivencia es un hecho que no podemos dejar de lado. Hoy en día, en Francia, si bien afortunadamente el matrimonio sigue existiendo, coexiste con otras nuevas formas de convivencia: la unión libre (pareja de hecho) que no se rige por ningún contrato, y el concubinato organizado, que se rige por un contrato: dicho contrato es el de Pacto Civil de Solidaridad (el P.A.C.S.)²⁴⁷. Buscando las uniones libres o concubinato las parejas que no desean casarse, ya sea por motivos ideológicos, religiosos, financieros o políticos; para algunas parejas, el concubinato es también, una especie de prueba que procede al matrimonio.

Como su nombre lo indica, la unión libre o concubinato no exige ningún tipo de formalidad para su concretización. La convivencia notoria es necesaria, pero no es suficiente. La dimensión sexual de la relación aparece también como una *conditio*

²⁴⁶ BORRILLO, Daniel; op. cit., pág. 525 al 528, visto el 14 de agosto del 2017.

²⁴⁷ CLAUDE GINISTY, Jean; “El Pacto Civil de Solidaridad o el Concubinato Organizado”, Revista 10 Opinión, Publicada el 11 de Diciembre del 2006, En: <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/2713-el-pacto-civil-de-solidaridad-o-el-concubinato-organizado-0-641191446819521>, visto el 18 del de agosto del 2017.

sine qua non para su determinación. Durante varios años, la Corte de Casación denegó la calidad de concubinos a las parejas del mismo sexo considerando que las nociones de “unión libre” o “vida marital” sólo pueden referirse a las parejas heterosexuales, inclusive a los efectos de la subrogación del contrato de alquiler para el supérstite de un hombre muerto de sida. Fue precisamente dicha interpretación restrictiva la que llevó al Poder Legislativo a buscar una solución, dando más tarde como resultado el PaCS.

Aunque no sea obligatorio, algunas municipalidades proveen certificados de concubinato para lo cual es necesario presentar los documentos de identidad de las partes y las pruebas que justifiquen el domicilio común (contrato de locación, factura de luz, factura telefónica...) y/o la vida común (testigos, por ejemplo). Si la municipalidad del domicilio de residencia de la pareja rechaza dicho certificado, el concubinato puede también comprobarse por una declaración de honor firmada por ambas partes y acompañada de todo tipo de pruebas (fotos, pasajes aéreos, testigos, apellidos de la pareja en el buzón del domicilio, tarjeta de crédito común...). Generalmente, la existencia del concubinato emerge en la vida jurídica, de manera principal o accesoria, en ocasión de una situación contenciosa. Asimismo, en muchos casos, el concubinato aparece en relación con una filiación natural o cuando se produce la muerte de uno de los miembros de la pareja y se necesita liquidar una situación (transferencia del contrato de alquiler al supérstite, o indemnización por muerte, por ejemplo). Tradicionalmente, la jurisprudencia ha utilizado las figuras de la sociedad de hecho, del enriquecimiento ilícito o del cuasicontrato para resolver este tipo de situaciones.

Si, desde 1985, la Corte de Casación considera la monogamia como un elemento constitutivo del concubinato, ninguna de las obligaciones inherentes al matrimonio se aplica a la unión libre: ni obligación de fidelidad, ni deber de asistencia, ni derechos sucesorios ni siquiera necesidad de compartir un domicilio. Los concubinos no están obligados a participar en las cargas domésticas ni tampoco existe una obligación solidaria por las deudas de la pareja. Los bienes son administrados por cada concubino separadamente, pero pueden, sin embargo, adquirirlos en indivisión, en tal caso la gestión es común.

En ausencia de cualquier obligación alimenticia entre concubinos, únicamente una ayuda espontánea permite asistir a quien se encuentre necesitado, dicho deber tiene el carácter de una mera obligación natural.

En todo momento, sin necesidad de invocar causa alguna, cualquiera de las partes puede poner fin a la vida común rompiendo así el concubinato. Tal libertad explica la precariedad de dicho estatuto. Sin embargo, la unión libre conlleva algunos derechos. En lo que concierne a la filiación, por ejemplo, la cual puede establecerse tanto respecto del padre cuanto de la madre (los hijos naturales tienen exactamente los mismos derechos que los nacidos en el seno del matrimonio). Del mismo modo,

los concubinos heterosexuales son asimilados a los cónyuges en lo que se refiere al acceso a las técnicas de reproducción asistida.

El concubinato produce también efectos respecto del contrato de alquiler y de la seguridad social. Si uno de los concubinos es titular del contrato de locación, el otro no tiene derecho a seguir permaneciendo en la vivienda alquilada si dicho titular decide romper la relación. En caso de abandono o muerte del titular la situación es diferente, el supérstite que haya vivido de manera notoria (regular y pública), por lo menos durante un año, puede pretender a la subrogación del contrato de alquiler. Si los dos concubinos son signatarios del contrato de locación, cada uno aparece como inquilino con los mismos derechos y obligaciones.

Respecto de la seguridad social, uno de los concubinos puede beneficiarse de las prestaciones del otro como derechohabiente cuando se encuentre totalmente a su cargo, efectiva y permanentemente. Ningún otro derecho fiscal, patrimonial o sucesorio es reconocido entre concubinos.

En caso de ruptura, el juez interviene únicamente cuando existe algún problema de tenencia, residencia o pensión alimentaria de los hijos menores o cuando la ruptura sea culposa, en tal caso una indemnización es posible en función de la longevidad de la vida común. Contrariamente al matrimonio (divorcio) o al PaCS (inscripción de la ruptura), la extinción de un concubinato, aunque más simple, resulta sin embargo más difícil de probar y necesita, en caso de conflicto, una intervención judicial.

B. REGULACIÓN LEGAL DEL CONCUBINATO INTRODUCIDA POR LA LEY DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 1999.

El capítulo segundo del Título XII del Código civil comprende el art. 515-8. El precepto define el “concubinato” como una unión de hecho, caracterizada por una vida común, la cual presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas “de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple”.

1. El concubinato homosexual.

La Ley ha venido a corregir la orientación prevalente en la jurisprudencia francesa, que había excluido de la noción de “concubinage” a las parejas homosexuales. Así, *Cass.civ.* (Sala tercera) 17 diciembre 1997 (*D.* 1998, p. 111) desestimó el derecho del conviviente homosexual a subrogarse en el arrendamiento del compañero premuerto: “Le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme”. Ello, a propósito del art. 14 de la Ley de 6 de julio de 1989, que prevé la subrogación en el arrendamiento del “concubino” premuerto en favor del supérstite, exigiendo que el “concubinage” sea notorio, existente al tiempo del fallecimiento, y tenga una antigüedad mínima de un año. *Cass.soc.* 11 julio 1989 (*Gaz. Pal.*, 1990, I, p. 217 ss.) denegó la aplicación a los convivientes homosexuales del art. 13 de la

Ley de 2 de enero de 1978, relativo a la generalización de las prestaciones médicas y de maternidad, de la Seguridad Social, en favor de la persona que conviva maritalmente con el asegurado “assuré social”, y que se encuentre a su cargo efectivo de manera total y permanente. Dice la Casación: “La femme qui vit maritalement avec une autre femme assurée sociale et qui se trouve à sa charge effective ne satisfait pas à la condition de vie maritale exigée par la loi”.

Superada la doctrina jurisprudencial francesa, que discriminaba a los convivientes, por razón de la orientación sexual, los “concubinos” homosexuales gozan ya de una serie de beneficios, que hasta ahora se reservaban a los heterosexuales, y que paso a exponer.

2. Los efectos jurídicos del concubinato en el Derecho Francés.

La legislación y la jurisprudencia galas han venido protegiendo a los concubinos a través de una serie de mecanismos muy variados.

2.1. La protección social de los concubinos.

Existe, así, una protección social de los convivientes “more uxorio”, que expresa el art. 13 de la Ley de 2 de enero de 1978, relativo a la generalización de las prestaciones médicas y de maternidad, de la Seguridad Social, en favor de la persona que conviva maritalmente con el asegurado “assuré social”, y que se encuentra a su cargo efectivo, de manera total y permanente.

2.2. La ruptura voluntaria del concubinato.

Hay, además, una serie de consecuencias ligadas a la ruptura voluntaria del “concubinage”, que son fruto del quehacer jurisprudencial. Frecuentemente, los tribunales aplican reglas del Derecho común con el fin de evitar injusticias manifiestas que la ruptura de la convivencia origina al conviviente abandonado (por lo general, la mujer).

a) La existencia de una sociedad de hecho.

Se considera, así, que ha existido entre los convivientes una sociedad de hecho, que, a su disolución, da lugar a una liquidación, atribuyéndose a cada uno de ellos una parte de las ganancias de la sociedad.

Cass.civ. (Sala Primera) 27 abril 1978 (*Gaz. Pal.* 1978, 2, *somm.*, p. 254) expone que la sola cohabitación, incluso prolongada, de personas no casadas, que en apariencia se han comportado como esposos, no es suficiente para dar lugar al nacimiento de una sociedad entre ellos; se requiere, la prueba de la existencia de aportaciones por parte de los convivientes y de su intención de asociarse y de participar en los beneficios y en las pérdidas.

Cass.civ. (Sala Primera) 19 abril 1961 (*Bull.civ.*, 1961, I, n° 216, p. 17) deduce la existencia de una sociedad de hecho de la circunstancia de que los

convivientes habían comprado inmuebles, compartiendo gastos, y habían realizado un reconocimiento conjunto de una deuda garantizada con hipoteca.

Cour d'appel Bourges 16 febrero 1987 (*JCP*, 1987, IV, p. 306) reconoce la existencia de una sociedad de hecho porque el conviviente varón había realizado aportaciones pecuniarias para la construcción de una vivienda en terreno perteneciente a su compañera.

Cour d'appel Limoges 24 enero 1994 (*Juris-Data*, nº 043774) admite la existencia de una sociedad de hecho, porque la “concubina” había participado en la adquisición del establecimiento comercial de su compañero y en el ejercicio de su actividad.

b) El enriquecimiento sin causa.

Otra solución frecuente es el recurso al enriquecimiento sin causa.

Cour d'appel Dijon 7 febrero 1928 (*DP*, 1928, 2, p. 169) afirma: los cuidados y servicios suministrados gratuitamente durante varios años, por una mujer al hombre al que se encuentra prometida (y del que es su concubina) procuran en el patrimonio de éste último un enriquecimiento que, al no obedecer a ninguna liberalidad, ni al cumplimiento de un contrato a título oneroso, está desprovisto de causa jurídica y da a la mujer derecho a ejercitar la *actio in rem verso* y a reclamar una indemnización en caso de ruptura.

Dice *Cass.civ.* (Sala Primera) 15 octubre 1996 (*Bull.civ.*, 1996, I, nº 357, p. 250): la colaboración, sin retribución, de la “concubina” en la explotación del establecimiento comercial del “concubino”, implica un enriquecimiento (injustificado) de éste y un empobrecimiento de aquélla.

c) La responsabilidad civil extracontractual por ruptura ilícita de la convivencia.

Tampoco se ha descartado ver un caso de responsabilidad extracontractual *ex art.* 1383 del *Code* en los supuestos de ruptura ilícita de la convivencia.

Cass.civ. (Sala Primera) 30 junio 1992 (*D.*, 1992, *IR*, 221) afirma que la ruptura del “concubinaje” no genera la obligación de indemnizar daños y perjuicios, más que si reviste un carácter culpable. Anula, así, por violación de los arts. 1382 y 1383 del *Code*, la sentencia recurrida, que había reconocido una indemnización a la concubina, a pesar de que el concubino se había comportado honorablemente al tiempo de la ruptura, por considerar que la ausencia de culpa no le exoneraba de reparar el daño causado por el ejercicio de su libre derecho.

Cass.civ. (Sala Primera) 29 noviembre 1977 (*Defrénois*, 1978, art. 31827, p. 1129) considera culpable, la conducta del concubino, que, inesperadamente, abandona a su concubina, tras haberle convencido para que se instalase en su misma

ciudad y cuidase de él, y de haberle prohibido trabajar, prometiéndole, además, que atendería a sus necesidades.

Cass.civ. (Sala Primera) 7 abril 1998 (*JCP*, 1998, *bref*, p. 921) estima constitutivo de culpa la conducta del concubino que, después de que exige a su concubina que deje su trabajo para cuidar de su hogar y de los hijos, la abandona inesperadamente, tras once años de vida en común, sin atender a su sustento.

2.3. La ruptura involuntaria del concubinato.

La jurisprudencia también ha contemplado la ruptura involuntaria del “concubinage” por muerte de uno de los convivientes.

a) La indemnización por causa de muerte del concubino.

Los tribunales franceses, después de algunas vacilaciones, han admitido plenamente el derecho de indemnización en favor del “concubino” supérstite, en caso de muerte de su compañero, requiriendo, en todo caso, la nota de estabilidad del “concubinage”.

Afirma *Cass.* (Sala Mixta) 27 febrero 1970 (*D.*, 1970, I, p. 200): “L'article 1382 c.civ. n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation”.

Trib.gr.inst. Belfort 25 julio 1995 (*JCP*, 1996, II, 22724) ha admitido el derecho de indemnización en un caso de “concubinage”, que no era heterosexual. Dice el Tribunal que la ruptura de una unión, tan estable seria y fiel (se trataba de dos mujeres que habían mantenido relaciones y convivido durante 20 años) entraña un daño moral para la sobreviviente, así como un daño económico, dada la total comunidad de vida existente entre los “concubinos”.

b) El pacto de “tontine”.

Especial mención merece el pacto de “tontine” o cláusula de “accroissement”. Se trata de una cláusula estipulada en un contrato de compraventa de un inmueble, adquirido en común por dos personas, en cuya virtud se pacta que la entera propiedad del bien pertenecerá a quien de ellas sobreviva, entendiéndose que la premuerta nunca habrá sido propietaria del mismo.

Expone *Cass.civ.* (Sala Primera) 27 mayo 1986 (*Bull.*, 1986, I, n° 140, pp. 140-141): “La clause stipulée [...] dans l'acte d'achat d'un immeuble acquis en commun par deux personnes aux termes de laquelle “le premier mourant sera considéré comme n'ayant jamais eu la propriété de l'immeuble, laquelle sera censée avoir toujours reposé sur la tête du survivant” est licite”. Por ello, el sobreviviente no deberá indemnizar a los herederos del premuerto.

El pacto de “tontine” tiene, sin embargo, un grave inconveniente para el caso de que surjan discrepancias entre los concubinos, que lleven a la ruptura de la

convivencia, ya que la jurisprudencia niega a las partes el derecho a pedir la división en vida de ambos. Tal es la solución que sanciona *Cass.civ.* (Sala Primera) 27 mayo 1986 (*Bull.*, 1986, I, n° 140, pp. 140-141), argumentando que sólo el sobreviviente es el titular del inmueble desde la fecha de adquisición: "Il s'ensuit donc une absence d'indivision excluant le droit au partage". En el mismo sentido, más recientemente, *Cass.civ.* (Sala Primera) 18 noviembre 1997 (*Deffrénois*, 1998, art. 36761 p. 377).

No obstante, hay que tener en cuenta que las ventajas fiscales del pacto de "tontine" son menores en la actualidad, ya que el art. 754 del *Code* general de los impuestos sujeta el acrecimiento que se opera en favor del supérstite al tratamiento fiscal propio de las transmisiones a título gratuito. Excepcionalmente, se aplica el régimen fiscal de las transmisiones a título oneroso (con la consiguiente reducción del tipo), cuando el pacto se ha celebrado entre "concubinos". Pero han de cumplirse cuatro condiciones: la adquisición ha de haberse realizado por dos personas; el bien adquirido ha de ser un inmueble; dicho inmueble debe tener como principal destino la vivienda principal de los dos adquirentes al tiempo del fallecimiento del premuerto; el inmueble no debe tener un valor superior a los 500.000 francos.

3. EL CONCUBINATO EN ARGENTINA.

El nuevo Código Civil y Comercial de Argentina fue redactado por una Comisión de Juristas designada por Decreto 191/2011. El texto final fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la Ley N° 26994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. Dicho Código regula esta institución jurídica en el Libro Segundo, Relaciones de Familia – Título III, denominado: Uniones Convivenciales, nombre con el que se conoce al concubinato en este país.

Argentina reconoce los derechos de las parejas que comparten un proyecto de vida en común sin contraer matrimonio. *Acepta los pactos de convivencia y protege especialmente la vivienda familiar.* Está prevista una compensación económica en caso de que al cesar la convivencia se provoque un desequilibrio económico manifiesto.

Artículo 509 señala sobre el ámbito de aplicación de las uniones convivenciales que: "*Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo*".

Una de las principales novedades del Código Civil y Comercial en materia de relaciones de familia se refiere a la regulación integral de otra forma de organización familiar, alternativa y diferencial a la figura matrimonial, a la que el legislador nombra "unión convivencial". "Unión", en tanto refleja la idea de proyecto de vida compartido en el marco de una relación de pareja signada por el afecto;

“convivencial” como denotación de uno de los rasgos distintivos y estructurales de este tipo familiar no formal o “sin papeles”: la convivencia. De este modo, la legislación civil y comercial se distancia de la postura abstencionista originaria del CC, ya que reconoce ciertos efectos jurídicos a las relaciones afectivas de pareja, pero las diferencia de la regulación prevista para el matrimonio, con respecto al derecho de las personas a casarse y a no casarse (art. 19 CN). Se trata de un reconocimiento que se produce siempre que se cumplan las características enunciadas, a modo de definición, en el artículo en comentario “singular, pública, notoria, estable y permanente” más los requisitos constitutivos establecidos en el artículo siguiente, art. 510 Código Civil y Comercial, con especial atención al mínimo temporal impuesto de dos años de convivencia como modo de evitar la indeterminación e inseguridad jurídica que genera no saber desde cuándo se tienen o se pueden reclamar los deberes-derechos que se prevén en este Título III²⁴⁸.

La posición abstencionista originaria fue variando con el tiempo por fuerza de la realidad. De esta forma, sucesivas reformas parciales al CC (leyes 17.711, 23.264, 20.798 y 23.515) y la sanción de distintas leyes especiales de claro cariz asistencial (leyes 20.744, 23.091, 24.193, 24.417, entre otras) abrieron paso a un modelo regulatorio caracterizado por un proteccionismo mínimo y parcial basado, fundamentalmente, en el reconocimiento de derechos de los convivientes frente a terceros (el empleador, la aseguradora de trabajo, el Estado a través de su organismo de Seguridad Social, el locador de la vivienda, etc.).

En este contexto se inserta la regulación integral de **otra forma de vivir en familia** del Código Civil y Comercial, la que suma las uniones Convivenciales al abanico de opciones de vida familiar protegidas por el derecho infra constitucional, convencional (art. 14 bis CN).

Las razones de esta incorporación son varias y responden a los bastiones axiológicos en los que se asienta el Código Civil y Comercial:

- a) *Principio de realidad;*
- b) *Derecho privado constitucionalizado -principalmente, el principio de igualdad y no discriminación, en el marco de una sociedad plural o multicultural-;*
- c) *Seguridad jurídica en protección de los más vulnerables.*

Así, en los “*Fundamentos del Anteproyecto...*”, que dieron lugar al Código Civil y Comercial se expresa: “*El progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial constituye una constante en todos los sectores sociales y ámbitos geográficos*”, agregándose: “*Desde la obligada perspectiva de Derechos Humanos,*

²⁴⁸ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 2da. Edición, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 193 y 194, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

*encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias de pareja, constituye una manda que el anteproyecto debe cumplir*²⁴⁹.

De esta manera se dilucida la existencia de otra forma de vivir en familia teniendo en cuenta la convivencia y el proyecto de vida en común como los primeros elementos tipificantes de estas uniones. Se trata de elementos que diferencian a este tipo de organización familiar de otras relaciones afectivas, por ejemplo, relaciones de pareja pasajeras efímeras (noviazgos), relaciones de amistad o parentesco (amigos que comparten vivienda mientras se van a estudiar a otra provincia, hermanos que conviven siendo adultos, etc.) que no cumplen con el requisito de la convivencia, o que, si bien pueden cumplir con éste requisito, no reflejan un proyecto de vida en común - en otras palabras, no son pareja-.

Artículo 510. Requisitos:

El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

- a) Los dos integrantes sean mayores de edad;*
- b) No estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;*
- c) No estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;*
- d) No tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;*
- e) Mantengan la convivencia durante un periodo no inferior a dos años.*

Una vez definido los caracteres de la unión convivencial; unión estable, pública, notoria y permanente de dos personas de igual o distinto sexo que conviven y comparten un proyecto de vida en común basado en el afecto (art. 509), el Código Civil y Comercial introduce cinco requisitos constitutivos de esta forma de organización familiar alternativa al matrimonio. Se trata de requisitos que deben ser cumplidos para que proceda el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos previstos en los Capítulos III y IV del Título III, y que pueden sintetizarse en: ser mayor de edad; no estar unidos por vínculos de parentesco; no estar casados o en otra unión convivencial; y mantener la convivencia por un mínimo de dos años. Cobra especial interés el último de los requisitos mencionados, sobre todo teniendo en cuenta que, en pos de no dejar nuevamente fuera del derecho a un grupo amplio de personas - fundamentalmente, a aquellas más vulnerables -, no exige la registración de la unión

²⁴⁹ "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", pág. 84, en sitio web: http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf.

como modo de constitución. Es decir, la registración es posible y se prevé, pero solo a los fines de facilitar la prueba de la unión...²⁵⁰.

Artículo 511.- Registración.

La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.

No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes.

El Código Civil y Comercial prevé la registración de las uniones convivenciales solo con fines probatorios, más no como exigencia para su configuración, esto es, como elemento indispensable para reconocer los efectos jurídicos. La razón de esta política legislativa es clara: no dejar nuevamente fuera del derecho a un grupo extenso de personas, sobre todo a aquellas más vulnerables que, por diversos motivos socioculturales, no quieren o no pueden acceder a la registración de sus convivencias. De este modo, se evita crear nuevas categorías o tipos de familias por fuera del derecho.

Cabe recordar las elocuentes palabras de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso “**ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE**”, “el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”²⁵¹. Con la finalidad asegurar estos lazos familiares de hecho, y en consonancia con la protección familiar que surge de haber asumido un proyecto de vida en común y la atención particular que la nueva legislación brinda a los sectores de la población más vulnerables, el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales se otorga con prescindencia de formalidad alguna, es decir, estén las parejas registradas o no.

Artículo 512. Prueba de la unión convivencial

La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

El Código Civil y Comercial establece el principio de amplitud probatoria en materia de acreditación de existencia de la unión convivencial. Se destaca la facilidad

²⁵⁰ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., pág. 196.

²⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO “**ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE**” Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas); En: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

probatoria que favorece a las uniones registradas, pues su sola registración es prueba suficiente de su constitución. Asimismo, en consonancia con el principio establecido en el art. 511 El Código Civil y Comercial, en tanto la registración no es un elemento *ad solemnitatem* sino solo *ad probationem*, la sola registración de la unión es prueba suficiente de su existencia y no requiere de otros medios probatorios para su acreditación²⁵².

Artículo 513. Autonomía de la voluntad de los convivientes

Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522.

El Código Civil y Comercial instituye, como principio rector de regulación en el marco de una unión convivencial, **la autonomía de la voluntad**. De este modo, durante y/o después del cese de la convivencia, priman las reglas que los integrantes de la unión se *autoimpongan de común acuerdo* mediante los pactos que deben celebrar por escrito. Ante falta de pacto, como régimen supletorio, se aplican las disposiciones del Título III.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial prevé ciertas *limitaciones* a esta posibilidad de autocomposición a través de pactos, restricciones fundadas en la obligada mirada de *derechos humanos* y en resguardo de *la solidaridad o responsabilidad familiar*. De esta manera, conforme lo establece el art. 515 Código Civil y Comercial, los pactos *no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial*. Asimismo, no pueden violentar lo dispuesto en los arts. 519²⁵³, 520 y 521 Código Civil y Comercial, para el caso de uniones registradas y no registradas, ni lo previsto en el art. 522 Código Civil y Comercial, aplicable solo a las uniones registradas. Estas normativas - arts. 519 a 522 Código Civil y Comercial - conforman el piso mínimo obligatorio insoslayable, haya o no haya pacto, o incluso contra pacto²⁵⁴.

Artículo 514. Contenido del pacto de convivencia

Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:

- a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;*
- b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;*
- c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.*

²⁵² HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., págs. 197 y 198, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

²⁵³ Artículo 519. Asistencia; “Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia”.

²⁵⁴ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., pág. 198, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

El Código Civil y Comercial, enuncia posibles temas a incluir como contenido de los pactos entre convivientes. Se trata de contenidos que dan solución a hipotéticos conflictos que pueden surgir tanto durante la unión como en ocasión de su cese. En vigencia de la unión podrán, entre otras cuestiones, disponer el modo en que ambos contribuirán con las cargas del hogar durante la vida en común. Una vez cesada la unión, podrán fijar de antemano a quién atribuir el hogar común o cómo se dividirán los bienes que se hayan obtenido por el esfuerzo común durante la vigencia de la unión.

Uno de los temas que se enuncia es el relativo al modo de contribuir en una de las obligaciones inderogables por acuerdo entre los convivientes: las cargas del hogar. Como hace referencia el art. 520 Código Civil y Comercial²⁵⁵, si bien las cargas del hogar conforman el piso mínimo obligatorio insoslayable, el Código prevé la posibilidad de acordar entre convivientes la forma en que cada uno dará cumplimiento a esta obligación común. En este sentido, el pacto no podrá incluir, válidamente, una cláusula que estipule que estará en cabeza de uno de los miembros de la pareja la responsabilidad de solventar todas las cargas del hogar, pero sí podrá, válidamente, establecer el modo de contribución de cada uno.

De esta manera, el Código Civil y Comercial, conforme el principio de realidad, enuncia dos de los conflictos más usuales en materia del cese de la convivencia: la posibilidad de acordar mediante pacto a quién se le atribuirá el hogar común una vez acaecida la ruptura y cómo se resolverán los conflictos que puedan surgir respecto de la división de los bienes obtenidos durante la vigencia de la unión por el esfuerzo común de los convivientes. Ahora bien, los contenidos enunciados y los no enunciados pero incluidos por acuerdo entre convivientes están sujetos a un doble límite impuesto expresamente por el Código Civil y Comercial: no pueden desatender el piso mínimo obligatorio estudiado en el artículo 513 Código Civil y Comercial²⁵⁶, ni ser contrarios al orden público, al principio de igualdad entre convivientes y a los derechos fundamentales de sus miembros.

Artículo 515. Límites

²⁵⁵ Artículo 520. Contribución a los gastos del hogar; *“Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455”. Artículo 455, Deberes de contribución; “Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”.*

²⁵⁶ Artículo 513. Autonomía de la voluntad de los convivientes
“Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522”.

Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

El Código Civil y Comercial establece ciertos límites a la autonomía de la voluntad contenidas en los pactos de las uniones convivenciales, límites que se encuentran fundados en el principio de solidaridad familiar reflejado en el establecimiento de un piso mínimo inderogable de orden público y en la protección de los derechos humanos de los integrantes de la pareja. En particular, los pactos no pueden violentar el principio de igualdad.

El primer límite genérico en materia de pactos que enuncia el artículo en comentario es el orden público. El art. 12 Código Civil y Comercial define qué debe entenderse o cuál es el alcance del término “orden público”: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. Un claro ejemplo de esta aplicación imperativa es la obligación impuesta en el art. 513 Código Civil y Comercial respecto al piso mínimo obligatorio (arts. 519 a 522 Código Civil y Comercial) para todas las uniones convivenciales -con la salvedad ya expresada respecto de la protección de la vivienda que solo rige en caso de que la unión esté registrada-. Por razón de orden público, de existir un acuerdo entre convivientes que contradiga el cumplimiento del piso mínimo, la convención particular será dejada sin efecto tornándose imperativo lo normado en el art. 513 Código Civil y Comercial. Asimismo, para reforzar esta línea directiva, el art. 13 Código Civil y Comercial prohíbe la renuncia general a las leyes y agrega que “Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”; prohibición expresa en el art. 513 Código Civil y Comercial: “Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522”²⁵⁷.

Además, la norma en análisis establece como limitante de la autonomía de los integrantes de una unión convivencial -es decir, de su libertad para pactar como mejor lo consideren sus relaciones personales y patrimoniales -, el respeto del principio de igualdad entre sus miembros y el respeto de sus derechos fundamentales.

²⁵⁷ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., pág. 200 y 201, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

En consonancia con el sistema de fuentes que el Código Civil y Comercial recepta en su Artículo 1²⁵⁸ expresa: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*”, la validez y eficacia del contenido de los pactos estará intrínsecamente ligada al respeto de los derechos fundamentales de los involucrados, consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.

Por otra parte, la normativa en análisis, en tanto limita la posibilidad de pactar, se vincula con la prohibición genérica del ejercicio abusivo de los derechos establecida en el art. 10 Código Civil y Comercial²⁵⁹ -“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” -y con lo establecido en el art. 344 Código Civil y Comercial (en especial, en su último párrafo) respecto de las condiciones prohibidas de los actos jurídicos: “Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil”²⁶⁰.

Artículo 516. Modificación, rescisión y extinción

Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.

El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro.

El amplio margen a la autonomía de la voluntad que se recepta en la regulación de las uniones convivenciales se refleja también en la posibilidad de modificar o rescindir los acuerdos entre convivientes pactados con anterioridad. Por razones diversas, que hacen al contexto socioeconómico de cada pareja, lo dispuesto en determinadas circunstancias puede no ser lo más conveniente en otras,

²⁵⁸ ARTÍCULO 1°. Fuentes y aplicación

“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

²⁵⁹ ARTÍCULO 10. Abuso del derecho

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

²⁶⁰ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., pág. 201, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

permitiendo la norma modificar o incluso rescindir el o los pactos celebrados con anterioridad. Ahora bien, esta posibilidad de mutación de las condiciones pactadas encuentra un límite: la obligación de contar con el acuerdo de ambos integrantes de la pareja. De este modo, la norma prohíbe, en el caso de pactos entre convivientes, la rescisión o modificación por declaración de una sola de las partes (art. 1077 Código Civil y Comercial²⁶¹), exigiendo la bilateralidad. Esta modificación o rescisión, excepto estipulación en contrario de los convivientes, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros, conforme se colige de lo normado por el art. 1076 Código Civil y Comercial²⁶² -incluido en el Título II referido a contratos en general del Libro III del Código Civil y Comercial -y de lo estatuido en el artículo siguiente al aquí comentado- art. 517 Código Civil y Comercial, en relación a la exigibilidad de inscripción en el registro de la modificación o rescisión de los pactos para su oponibilidad frente a terceros²⁶³.

Por último, el mismo artículo prevé la extinción de los pactos a futuro en caso de ocurrencia de algunas de las causales de cese de la convivencia previstas en el art. 523 Código Civil y Comercial. Una extinción que opera de pleno derecho entre convivientes, pues la eficacia de los pactos -estipulación, modificación, rescisión o extinción- frente a terceros se regula en el siguiente artículo.

Modificación del pacto.

Como adelantamos, distintas circunstancias -cambios de escenarios cotidianos y/o extraordinarios que hacen a la intimidad de cada pareja- pueden empujar a los convivientes a tomar la decisión de modificar lo pactado con anterioridad. En otras palabras, el Código Civil y Comercial prevé la posibilidad de que los convivientes puedan rever sus decisiones anteriores plasmadas en un pacto por escrito de común acuerdo, modificando alguna/as de sus cláusulas e imprimiendo nuevas reglas a la vida en común y/o a los efectos post cese de la unión. Para que estas modificaciones tengan validez entre partes -uniones convivenciales-, tienen que ser expresadas por escrito, contar con el acuerdo de ambos y no violentar el piso mínimo inderogable -conforme lo establecido en el art. 513 y 515 del Código Civil y Comercial ya analizados con anterioridad²⁶⁴.

Rescisión del pacto.

²⁶¹ ARTÍCULO 1077. Extinción por declaración de una de las partes

“El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad”.

²⁶² ARTÍCULO 1076. Rescisión bilateral

“El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros”.

²⁶³ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., pág. 202, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

²⁶⁴ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., pág. 203, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

También puede ocurrir que los convivientes no deseen modificar alguna o algunas de las cláusulas del pacto celebrado con anterioridad, sino directamente rescindirlo en su totalidad. En este caso, cabe preguntarse cuáles serían las normas aplicables a futuro, una vez rescindido el pacto. La respuesta la encontramos en el texto del art. 513 Código Civil y Comercial: “Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes”. Es decir que, en principio, los pactos prevalecen sobre las normas previstas en el Título III, pero a falta de pacto o ante su rescisión, estas se tornan operativas. Nuevamente, al igual que en el caso de la modificación, para que la rescisión tenga eficacia y sea válida entre partes – convivientes-, tiene que contar con el acuerdo de ambos y realizarse por escrito, no existiendo la posibilidad de una rescisión tácita²⁶⁵.

Extinción del pacto por cese de la convivencia

A diferencia de los supuestos analizados en los anteriores párrafos -modificación y rescisión del pacto-, donde la voluntad expresa de los convivientes se torna necesaria para su operatividad y validez, el último párrafo del artículo en comentario prevé un caso de extinción del pacto, ya no por acuerdo de partes sino por la existencia de un hecho: el cese de la convivencia.

El cese de la convivencia, cualquiera sea su causal -muerte de uno de los convivientes, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes, matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros, matrimonio de los convivientes, mutuo acuerdo, voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro o cese de la convivencia mantenida con los alcances que prevé el art. 523, inc. g, Código Civil y Comercial -, extingue de pleno derecho los pactos hacia el futuro.

Al igual que en los casos de rescisión y/o modificación, la extinción de los pactos es oponible a terceros solo desde la inscripción del cese de la unión en el registro respectivo de la jurisdicción. Es decir, la operatividad de pleno derecho fijada por la norma en comentario rige únicamente entre partes —convivientes—, en tanto el Código Civil y Comercial destina el último artículo del Capítulo 2 del Título III, art. 517 a reglar lo relativo a la eficacia de los pactos frente a terceros.

En síntesis, el artículo en comentario establece reglas diferenciales respecto de la eficacia y validez de los pactos, sus modificaciones, rescisiones o extinciones, en la relación interna de los convivientes, destinando el artículo siguiente a reglar los mismos tópicos, pero respecto de las relaciones externas -uno o ambos convivientes frente a terceros.

Artículo 517. Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros

²⁶⁵ HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián; CAMELO, Gustavo; op. cit., pág. 203, en sitio web: <http://www.saij.gob.ar/>, visitado el 18 de marzo del 2017, google.

Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos. Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

El ejercicio de la autonomía particular de los convivientes no puede perjudicar los derechos de terceros. Los pactos -incluida su modificación o rescisión- son oponibles a personas ajenas a la relación recién luego de ser inscriptos en el registro local de uniones convivenciales previsto en el art. 511 Código Civil y Comercial²⁶⁶. Así, en caso de que los pactos incluyan alguna/s cláusulas referidas a bienes que exigen registración -cosas registrables- solo serán oponibles a terceros a partir de su inscripción en el registro especial exigido por el bien en cuestión, más su inscripción en el registro de uniones convivenciales. Asimismo, el último párrafo del art. 517 Código Civil y Comercial, establece “*Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura*”, en tanto réplica el último párrafo del artículo anterior, establece que cualquiera sea la causal del cese de la unión convivencial, su efecto extintivo respecto de los pactos a futuro es oponible a terceros solo desde la inscripción del cese de la unión en los registros que correspondan.

Modificación y rescisión frente a terceros

Como vimos en el comentario del artículo anterior, entre convivientes los pactos y sus vicisitudes —modificación o rescisión— son operativos desde el momento de su celebración, no necesitando registración alguna para tornar exigible el cumplimiento entre partes. Ahora bien, como estos pactos pueden incluir disposiciones respecto a efectos patrimoniales de la vida en pareja —y sus efectos, repercutir en las relaciones económicas que las partes establezcan con terceros—, el CC yC establece como requisito de publicidad de los pactos y sus vicisitudes —en resguardo de los intereses de esos terceros— a la registración; una registración que puede significar una única o doble obligación, conforme la calidad del bien que se vea afectado por alguna/s de las disposiciones del pacto:

- a) bienes no registrables;
- b) bienes registrables.

²⁶⁶ Artículo 511.- Registración.

“La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.

No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes”.

En el primer supuesto, la norma en comentario exige como condición de oponibilidad del pacto frente a terceros -lo mismo para el caso de su modificación o rescisión- la inscripción en el registro de uniones convivenciales previsto en el art. 511 CC yC. En cambio, en la segunda hipótesis -bienes registrables-, se requiere además la inscripción en los registros que correspondan a los bienes incluidos en los pactos (Registro de la Propiedad Automotor, Registro de la Propiedad Inmueble, entre otros).

Extinción por cese de la convivencia frente a tercero

Como vimos, uno de los efectos del cese de la convivencia, cualquiera sea su causal, es la extinción de los pactos o acuerdos celebrados por los miembros de la unión convivencial a futuro.

En el caso de las relaciones internas, entre convivientes, el cese hace extintivo los pactos a futuro de pleno derecho. En cambio, para que el efecto extintivo sea oponible a terceros ajenos a la pareja, la norma exige la inscripción en los registros respectivos (el de uniones y el de bienes, en caso de proceder) de cualquier instrumento que deje constancia de la ruptura —es decir, del cese de la convivencia—.

El artículo en comentario no impone una forma específica para dejar sentado en los registros la ruptura de la unión convivencial, por lo tanto, siguiendo el principio de libertad de forma establecido en el art. 284 CC yC, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente.

4. UNIONES ESTABLES EN BRASIL.

La República Federal del Brasil se compone de 26 Estados y un distrito Federal. La legislación federal se aplica a todo el territorio. La Constitución Brasileña de 1998, punto de partida de la regulación actual, reconoce – como ya señalamos – a la unión de pareja estable heterosexual. Su artículo 226 n° 3 señala “En razón de la protección por el Estado, *es reconocida* la unión estable entre un hombre y una mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar conversión en matrimonio”. El nuevo Código Civil (2003) dota a la unión estable de amplios efectos. Su Título III relativo a la “*Unión Estable*” de pareja, la configura como “entidad familiar estable entre el hombre y la mujer, basada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constituir una familia” artículo 1723. Dicha unión estable, puede convertirse en matrimonio, mediante solicitud de los compañeros al juez y posterior inscripción en el Registro Civil artículo 1726.

A la unión estable, *salvo contrato escrito entre los compañeros*, se le aplica, en cuanto a las relaciones patrimoniales, y en lo que cabe, el régimen legal de comunidad parcial de los bienes (art. 1725). Los compañeros reciben derechos sucesorios. Cada uno participa de la sucesión del otro, en lo que concierne a los adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en las condiciones

siguientes: 1) si concurre con hijos comunes, tendrá derecho a una cuota equivalente a la que por ley fuese atribuida al hijo; 2) si concurre con descendientes que sólo son del causante de la herencia, le corresponderá la mitad de lo que corresponda a cada uno de aquellos; 3) si concurre con otros parientes, tendrá derecho a un tercio de la herencia, y 4) no habiendo parientes, tendrá derecho a la totalidad de la herencia (art. 1790).

La unión estable se distingue del concubinato, definido en el artículo 1727 sobre la base de la existencia de impedimentos matrimoniales: relaciones no eventuales entre el hombre y la mujer impedidos para el matrimonio.

El Nuevo Código (vigente desde el año 2003) contiene, también, en su Ley de introducción, las disposiciones de Derecho internacional privado. Entre éste el artículo 7 n° 1 prevé que: “Celebrándose el matrimonio en el Brasil, será aplicada la ley brasileña en cuanto a los impedimentos dirimentes y a las formalidades de celebración” la *lex fori (matrimonii o auctoris)* regula las cuestiones calificadas como de “fondo” del matrimonio tales como los impedimentos dirimentes, que hacen el matrimonio nulo e inválido (incapacidades personales absolutas o relativas)²⁶⁷.

5. EL CONCUBINATO EN CHILE.

El concubinato admite un tipo de concubinato completo y se admite otro que se diferencia de la anterior en que falta la comunidad de vida y que por la misma razón constituye una situación clandestina, existe relaciones sexuales estables, pero cada parte conserva su propia habitación. Otra clasificación que se hace del concubinato es la que distingue, entre concubinato directo e indirecto. Directo es aquel en que la voluntad de los concubinos es lisa y llanamente en mantener relaciones sexuales con visos de estabilidad e indirecto es aquel en que la intención inicial no es la de construir tal estado, sino de tenerse como marido y mujer, pero que viene a resultar concubinato por haber faltado algún requisito de existencia de matrimonio. La razón fundamental de que exista una regulación legislativa de la unión de hecho en gran parte en los países hispanoamericanos se debe sobre todo a que las condiciones sociales y económicas en las que vive gran parte de su población dificultan en la mayoría los casos la celebración del matrimonio. La forma de dar protección varía de un país a otro en algunos casos, se hace en forma tímida, sin más pretensión que evitar situaciones de evidente injusticia, en otros se trata de regular en forma sistemática los efectos de estas uniones, permitiendo que sean los propios interesados, los que en primer lugar puedan adoptar los acuerdos que se acomoden a sus intereses y solo a falta de ellos, otorgar soluciones legislativas y que busquen conciliarlos dos valores fundamentales que están en juego; la libertad personal de los integrantes de la pareja, y la solidaridad para que ninguno quede desprotegido.

²⁶⁷ QUIÑONES ESCAMEZ, Ana; “*Uniones Conyugales o de Pareja: Formación, Reconocimiento y Eficacia Internacional*”, Editorial, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 64.

6. EL CONCUBINATO EN COLOMBIA.

El Art .1° de la Ley 54 de 1990 la define diciendo que se denomina unión marital de hecho la formada entre un hombre y una mujer que sin ser casado hacen una comunidad de vida permanente y singular .La expresión más utilizada a lo largo del tiempo ha sido la de concubinato para referirse a la relación existente entre un hombre y una mujer que sin estar casados conviven en forma permanente como si fueran marido y mujer .El legislador colombiano guardó silencio sobre la figura del concubinato y que la ley 84 del 26 de Mayo de 1873 y que el código fue tomado del que regía en el Estado soberano de Santander; el que en su turno se basó en el código civil chileno .Y el estatuto influenciado por Código de Napoleón, la iglesia católica ha ejercido una gran influencia en sus doctrinas sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial se condena las relaciones sexuales fuera del matrimonio lo que permitieron que el concubinato no fuese visto con agrado por las sociedades y Estados influenciados y entre los que se incluía Colombia .El problema era muy grave por el constante aumento de las uniones al margen de la ley y que en muchos casos se presenta porque el hombre o la mujer o ambos no podían contraer matrimonio por estar vigente un vínculo civil o católico puesto que la legislación vigente no permitía la disolución del mismo y porque los concubinos no querían contraer matrimonio. Se argumentaba que las relaciones personales entre los concubinos adolecían de objeto ilícito razón por la cual no se reconocía ningún derecho ni personal ni patrimonial.

Sin duda, algunas de las causas de este problema son a) el control que de la jurisdicción matrimonial venía ejerciendo la Iglesia, ya que, conforme al Concordato de 1887, todo bautizado debía casarse por lo católico (normas del Código de Derecho Canónico); la jurisdicción civil solo estaba al alcance de los infieles; b) como natural consecuencia, la misma indisolubilidad del matrimonio, pues la Iglesia, desde el Concilio de Trento, no tolera el divorcio. De ahí que todos los matrimonios católicos que por una u otra razón fracasaban, daban lugar a una separación de cuerpos, y al no poder los separados casarse de nuevo, se veían forzados a establecer una relación de amancebamiento o de concubinato.

Para Colombia, en el año de 1957 las estadísticas, más o menos confiables, dieron como resultado que el 5.5% de personas celebran matrimonio; en 1964 solo el 5%. En la actualidad, según estudios de las investigadoras Lucero Zamudio y Norma Rubiano, la tercera parte de las familias se constituye por unión marital y el 63% de las nuevas familias se une de esa manera. (Más detalles sobre el régimen jurídico de las uniones maritales.

7. EL CONCUBINATO EN BOLIVIA.-

El Código de Familia de Bolivia del año de 1973 regula en los artículos 158 a 172 *las uniones conyugales libres o de hecho*. Se define la unión conyugal libre como aquella en que el varón y la mujer constituyen en forma voluntaria hogar y hacen vida en forma estable y singular. Se exige que entre los convivientes no exista

impedimento matrimonial. Por el artículo 159 se establece que las uniones conyugales libre so de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. De esta manera el concubinato o unión libre se asimila en un todo al matrimonio²⁶⁸.

8. EL CONCUBINATO EN MÉXICO.

La actitud que debe el derecho en relación con el concubinato constituye a no dudarlo el problema moral más importante del derecho de familia. El derecho puede asumir diferentes actitudes en relación con el concubinato y serían los siguientes :Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato de tal manera que éste permanezca al margen de la ley ,tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar, ni en forma civil ni penal ,dicha unión sino existe adulterio Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato ,pero en relación con los hijos sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre concubinos. Prohibir y sancionarlo desde el punto de vistacivil o penal permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos .Reconocer al concubinato y regularlo jurídicamente para crear una unión de grado inferior a la matrimonial ,concediendo derechos y obligaciones a las partes principalmente a lo facultado otorgada a la concubina para exigir a alimentos heredar en la sucesión legítima o equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones con el matrimonio ,para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial en cada caso un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges.

9. EL CONCUBINATO EN GUATEMALA.

En Guatemala también llamado uniones libres o estados de concubinatos sobrepasaban las uniones matrimoniales, por ese motivo, el Código Civil de 1964 (arts. 88, párrafo 3, y 187) se vio obligado a establecer que los concubinatos que reúnan ciertas condiciones, producen los mismos efectos que el matrimonio.

10. EL CONCUBINATO EN CUBA.

El nuevo Código de Familia de Cuba, aprobado el 8 de marzo de 1975, elevó a la categoría de matrimonio las uniones libres que reúnan los requisitos de singularidad y estabilidad (art. 18). Dichas uniones libres (concubinato) podrán obtener ante el tribunal competente el reconocimiento de unión matrimonial la que retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión libre (art. 19). Este tipo de matrimonio por comportamiento o matrimonio por sentencia judicial, es la única solución para un país en donde gran número de personas se rebelan contra la institución matrimonial²⁶⁹.

²⁶⁸ VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro; "Derecho Civil", Tomo V -Derecho de Familia-, 7ma. edición, Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, pág. 20.

²⁶⁹ VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro; op. cit., pág. 20.

11. EL CONCUBINATO EN PANAMÁ.

La República de Panamá reglamentó el matrimonio de hecho por ley del 6 de diciembre de 1956, cuyo artículo 1 estatuye: “La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante diez años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio”.

CAPITULO VI: POSIBILIDAD DE CAMBIO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES DE HECHO.

1. SOBRE EL ESTADO DE FAMILIA Y SU RELACIÓN CON LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCUBINATO.

El estado de familia deriva del emplazamiento de un sujeto en una familia determinada. Como dice BELLUSCIO, “está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras, o bien por la ausencia de tales vínculos (por ejemplo, ausencia de vínculos conyugales, estado de soltero; ausencia de vínculo paternofilial establecido, estado de hijo de padres desconocidos)”²⁷⁰.

Se trata de un emplazamiento basado en la apariencia del título de estado. Puede, sin embargo, existir el vínculo jurídico familiar biológico, que no ha sido elevado a categoría jurídica; es decir, no se ha constituido el título respectivo, por lo cual se carece del emplazamiento que resulta oponible. Para resolver esa situación, y lograr la condena entre el vínculo biológico y el vínculo jurídico familiar, se dispone de las acciones de estado²⁷¹.

Pero a diferencia del estado de familia a que hemos aludido, *es posible advertir la existencia de un estado aparente de familia*; el caso en que la posesión de un estado determinado de familia, que se da en los hechos, no descansa en un vínculo biológico real, ni en la previa celebración del matrimonio. En este último supuesto, se incluye el caso del concubinato. La significación jurídica de la apariencia de estado matrimonial que el concubinato implica, es una manifestación específica de la trascendencia que se reconoce, en ciertas circunstancias, y sobre determinados presupuestos, al *derecho aparente*.

Más allá de la validez de un acto, en razón de la presencia de los elementos que deben integrarlo, se encuentra un campo en el que los actos de los hombres pueden alcanzar validez jurídica, aun no habiendo reunido dichos elementos, en virtud de la apariencia que aparentan, y que llevan a suponer, en términos de buena fe, que los elementos y requisitos indispensables al acto se hallaban reunidos. De ese modo se desarrolla la *noción de derecho aparente*²⁷².

Se cita, en los orígenes romanos de esta noción, la historia contada por ULPIANO, de un esclavo, BARBARIUS PHILIPUS, que no sólo se hizo pasar por ciudadano libre, sino que -por el error de los demás- llegó a ser elegido pretor; y como tal, emitió decretos e intervino en distintas actuaciones oficiales. Al

²⁷⁰ BOSSERT, Gustavo A; op., cit., pág., 52.

²⁷¹ BOSSERT, Gustavo A; op., cit., pág., 53.

²⁷² BOSSERT, Gustavo A; op., cit., pág., 53.

descubrirse el error, se planteó la duda de si debían anularse todos los actos en que aquél había intervenido; *pero por la seguridad jurídica*, la opinión prevaleciente fue la *de mantener la validez de tales actuaciones*²⁷³.

Fueron los glosadores quienes formularon la máxima de que “el error común hace derecho” (*error communis facit ius*), afirmando que la habían hallado en el Digesto, Libro 1, Título 14, Ley 3. De ese modo, tras una larga evolución, se ha perfilado esta *teoría de la apariencia*, en virtud de la cual, cuando existe de buena fe la creencia en la existencia de un derecho o una situación jurídica, se reconocen efectos como si ese derecho existiera, o fuera cierta la situación jurídica aparente²⁷⁴.

En tal sentido, De los Mozos ha dicho: “La multiplicación y extensión de las actividades humanas, favorecida por la velocidad de las comunicaciones, la concentración de los negocios en los grandes núcleos urbanos, la economía de tiempo y actividad, la prisa en fin, que es signo desgraciado de estos días, son todos ellos factores que han determinado la aparición, en el derecho, fiel instrumento de la realidad, de la interesante teoría de la apariencia”. Y luego, el mismo autor agrega: “El hecho es que en el derecho moderno, se ha extendido profusamente *la utilización de la apariencia en interés del tráfico jurídico*, del rigor y de la certeza de los derechos, lo que confiere al *ordenamiento un dinamismo* del que antes carecía”²⁷⁵.

La apariencia implica un error que debe haber sido común. “Desde luego, no cabe exigir que todo el mundo se hubiera engañado efectivamente: basta con que cada cual se hubiera podido engañar”, siendo “imposible o en todo caso muy difícil, no engañarse, dada la situación de hecho”. De manera que aplicando estas nociones generales concernientes al derecho aparente al tema concreto que estudiamos, la unión extraconyugal, mientras sea notoria y estable, *provoca una apariencia de estado matrimonial* que, por implicar en sí misma un valor jurídico, incidirá en ciertos aspectos, sobre las negociaciones de los concubinos con los terceros, acarreando efectos similares a los que provocaría la existencia de la situación jurídica (matrimonio) de la que sólo hay apariencia.

Este estado aparente de familia, o concubinato, ha sido *explicado por diferentes teorías para determinar su naturaleza jurídica*, ;sin embargo, es pertinente mencionarlas, como base doctrinaria para la validez de los pactos sobre el cambio de régimen patrimonial de los bienes comunes de los concubinos. Así pues, por ejemplo, la *teoría contractualista*, dice que las uniones de hecho son la respuesta a la libre voluntad de los concubinos, quienes establecen relaciones jurídicas contractuales entre ellos (dicha teoría no es la más adecuada, pues todo contrato hace referencia a una relación jurídica de orden patrimonial, no teniendo exclusivamente

²⁷³ BOSSERT, Gustavo A; op., cit., pág., 53.

²⁷⁴ BOSSERT, Gustavo A; op., cit., pág., 54.

²⁷⁵ BOSSERT, Gustavo A; op., cit., pág., 54.

esta característica las uniones de hecho, ya que establecen *relaciones familiares*, con contenido personal entre los convivientes y entre éstos con sus descendientes y además de relaciones patrimoniales).

De igual modo, como lo hemos mencionado, existe la teoría de la apariencia, derivado del estado aparente de familia, aplicada por los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional, fundada en el art. 9 de la Constitución Política de 1979, y extendida al art. 326 del Código Civil, habiendo interpretado, que las uniones de hecho no generaban familia, siendo productora de puros efectos patrimoniales, por lo que se adoptaba la ***teoría de la apariencia del estado matrimonial***, (véase por ejemplo la STC N° 03605-2005-AA); así también, la Resolución del Tribunal Registral de Registros Públicos N° 343-98-ORLC/TR del 30/09/1999²⁷⁶, en la que se precisó que: de la revisión del ordenamiento jurídico no se ha identificado la unión de hecho con el matrimonio (tesis de la equiparación al estado matrimonial), sino que frente a los datos de la realidad, el legislador no ha querido desconocer tal situación, regulándola de la manera excepcional en cuanto a sus efectos patrimoniales, señalando que aquellas uniones de hecho generan una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales “en cuanto le fuere aplicable”; es decir, *la unión de hecho solo genera una comunidad o sociedad de bienes*, que se rige, -en principio- por las reglas de la copropiedad y luego de cumplidos los requisitos correspondientes, resultan aplicables además las reglas de la sociedad de gananciales; en resumen, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es forzoso y único, es uno de comunidad de bienes con las características señaladas; en ese orden de ideas, “la unión estable” requiere ser calificada como tal en sede judicial, siendo que aun cuando ello hubiese sucedido o suceda, tampoco podría variarse el régimen de comunidad de bienes por el de separación de patrimonios²⁷⁷, dado que por mandato de la ley y las reglas aplicables son las de la sociedad de gananciales que resulten compatibles con su naturaleza, ello en

²⁷⁶ “Que en relación a la existencia de inscripciones de caos similares como en la Ficha N° 21904 del Registro Personal de Personas Naturales de esta oficina, debe decirse que, de conformidad con la autonomía en el ejercicio funcional reconocida a los Registradores Públicos, en el art. 3 de la Ley N° 26366 (“Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos”), el referido funcionario público tiene la facultad –bajo su responsabilidad- de inscribir u observar el título según lo encuentre o no arreglado a derecho; la inscripción efectuada por un registrador público en el ejercicio de sus funciones no vincula a los demás registradores, salvo se trate de precedentes vinculantes aprobados por el Tribunal Registral”.

²⁷⁷ Separación de Patrimonios. Se trata de una separación convencional, la misma que en ocasiones puede ser judicial o legal, y que consiste en que los cónyuges pactan que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales. Tal convenio puede celebrarse antes del matrimonio o durante el mismo para remplazar al régimen de gananciales. El efecto principal de este convenio -que en rigor es un contrato- consiste en que cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes (artículo 327 del Código Civil); no existiendo por lo tanto, ningún impedimento para que los cónyuges que adoptaron este régimen celebren todo tipo de contratos.

concordancia con la “Teoría de la apariencia al estado matrimonial” recogida en nuestro Código sustantivo²⁷⁸.

Sin embargo, *en la actualidad* el ordenamiento legal peruano ha otorgado de manera paulatina derechos matrimoniales a los convivientes. Se empezó por el reconocimiento de la sociedad de gananciales, el reconocimiento notarial y, finalmente, los derechos sucesorios para el conviviente, como si fuera cónyuge. De esta manera, en el Perú se viene inclinando nuestro Derecho de Familia a la ***teoría de la equiparación al estado matrimonial o también llamada teoría del equilibrio, teoría de la proporción o teoría de la sensatez***²⁷⁹, siendo prueba de ello, el reconocimiento de derechos sucesorios o la pensión de viudez al conviviente supérstite.

Esta teoría de la equiparación propone que al ser las uniones de hecho fuente de relaciones familiares y consecuentemente de relaciones jurídicas, se producen efectos patrimoniales y personales similares al matrimonio; por tanto, se ha producido una evolución en el tratamiento jurídico de la unión de hecho, entre las Constituciones de 1979 y 1993, porque se ha pasado de la teoría de la apariencia al estado matrimonial a la teoría de la equiparación al matrimonio; pues en la Constitución Política del Perú de 1979 las uniones de hecho no generaban familia, siendo productora de puros efectos patrimoniales, adoptándose la ***teoría de la apariencia del estado matrimonial***, (véase por ejemplo la STC N° 03605-2005-AA); mientras que en la ***Constitución Política del Perú de 1993***, por el contrario, las uniones de hecho son productoras tanto de efectos personales como patrimoniales, desde que se admite que genera familia; ***siguiéndose ahora la teoría de la equiparación al matrimonio***, conforme se puede apreciar en la STC N° 09708-2006-PA de fecha 11 de enero del 2007, referente a la vulneración del derecho a la seguridad social y a obtener una pensión por la negativa de otorgar una pensión de “viudez” a favor de una conviviente supérstite dentro de los alcances del D. Ley N° 20530, norma legal, que únicamente reconocían tal pensión a favor del cónyuge supérstite.

Siendo esto así, es cuestión pacífica entre la doctrina actual, que el concepto de familia contemplado en nuestra carta magna de 1993, (artículo 5) abarca a las parejas extramatrimoniales, independientemente de cuál haya sido la causa o razón que motive su situación. Tanto el Tribunal Constitucional Peruano como en otros tribunales supremos a nivel europeo, ya sea en la sentencia de 02 de febrero de 1977 del Tribunal Supremo Italiano, establecen la protección judicial a los convivientes de las uniones de hecho, y también conocidas en Italia como “*familia di fatto*”, como entidad social que ejerce unas funciones en la educación y mantenimiento de sus

²⁷⁸ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.; op.cit. pág. 427 y 428.

²⁷⁹ CALDERON BELTRAN, Javier Edmundo; op. cit., pág. 38.

miembros, y que debe ser protegida a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Italiana²⁸⁰.

2. EL CONCUBINATO GENERADOR DE FAMILIA EN EL PERÚ.

Como hemos referido, el concubinato al igual que el matrimonio, es una institución que genera familia como bien lo reconoce la STC 09708-2006-PA del Tribunal Constitucional Peruano, cuando destaca que, en atención a lo previsto en el artículo 5 de la Constitución de 1993, *la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, lo que vale decir que de la unión de hecho surge una familia que merece protección como la que surge de un matrimonio*. Esta sentencia declaro fundada la demanda de acción de amparo, por considerar que la pensión de viudez también puede ser reconocida al *conviviente supérstite, ya que las pensiones son bienes sociales -que integran la sociedad de gananciales- porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión* (fundamento jurídico 6).

En este sentido, la razón de porqué el constituyente de 1993 desvinculó familia de matrimonio, es necesario considerar los tratados internacionales de derechos humanos²⁸¹ que el constituyente tuvo a la vista, además de los citados

²⁸⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA, promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1 de enero de 1948; Artículo. 2.- La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social. En <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>

²⁸¹ Referente a los tratados internacionales de derechos humanos donde existe una especial vinculación entre familia y matrimonio, y por ende se acogen a la teoría de la apariencia al matrimonio, serían:

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 1948 La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. **En su artículo 16 dice:**

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS de 16 de diciembre de 1966.

Artículo: 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio,

por el Tribunal Constitucional en la sentencia STC N° 03605-2005-AA, el Perú había ratificado en 1988 el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador). En su artículo 15.1 precisa que: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”. El **Principio de Interpretación Dinámica de los Derechos Humanos** advierte de la evolución que asistimos: de considerar de que solo por contraer matrimonio se funda una familia, se pasa a apreciar que esta puede ser fundada no solo por contraer matrimonio. Esta disposición de rango constitucional es, pues, la que sustenta contemplar en la Constitución de 1993 la desvinculación de familia y matrimonio. Por ello, hoy ya no se puede razonar desde la perspectiva de la Constitución de 1979 y, por lo mismo, las disposiciones del Código Civil de 1984 deben ser releídas desde la perspectiva de la Constitución de 1993²⁸², toda vez que según su propio artículo 5, las uniones de hecho son productoras de efectos personales y patrimoniales.

Siendo necesario mencionar, que la concordancia entre los principios de protección de familia, promoción del matrimonio y de reconocimiento integral a las uniones de hecho, contenidos en la Constitución de 1993, se podría determinar de la siguiente manera²⁸³:

- a) La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión de hecho. Existe, pues, pluralismo familiar. En este sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que responsan al mandato de protección.
- b) El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.

durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES de 16 de diciembre de 1966.

Artículo 10.- Los Estados Partes en el Presente Pacto Reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

Artículo 6. Derecho a la constitución y a la protección de la familia.- Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección necesaria para ella.

²⁸² PLÁCIDO VICACHAGUA, Alex F.; op. cit., pág. 401.

²⁸³ PLÁCIDO VICACHAGUA, Alex F.; op. cit., pág. 402.

- c) La unión de hecho por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.
- d) Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho, dentro de la jerarquía de valores constitucionales. A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos que se prevean en la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional de la familia.

Este último punto, es de interés para nuestra investigación, pues si bien es cierto la comunidad de bienes del concubinato es diferente a la sociedad de gananciales del matrimonio, su diferencia la encontramos ***en los mecanismos de acceso previstos en la ley a favor de los sujetos involucrados*** (convivientes o cónyuges); y por ello se aplicara en cuanto fuera pertinente por *analogía* la sociedad de gananciales. Así por ejemplo, en el derecho a la herencia, el derecho sucesorio tiene como uno de sus fundamentos la protección de la familia. Pues, si ello es así, debe reconocerse derecho a heredar entre sí tanto a los cónyuges como a los convivientes, pero la manera de acceder a este derecho no puede ser el mismo. Así, si hoy contraigo matrimonio y mañana muere mi cónyuge, por el hecho de ser tal y con la simple prueba de la partida de matrimonio tengo mi vocación hereditaria y accedo inmediatamente a ese derecho. En cambio, si hoy inicio una convivencia y mañana muere mi conviviente, no podré acceder al derecho a la herencia porque la Constitución exige que la unión de hecho sea estable; esto supone que por lo menos debe haber durado 2 años continuos, además de contar con los medios probatorios que permitan el reconocimiento de su existencia²⁸⁴.

En la actualidad, el concubinato es una realidad cultural y sociológica existente desde el derecho precolonial hasta nuestros días, es un fenómeno constante y en aumento, conforme lo corrobora los censos realizados por el INEI. Así en el Censo de 1981 arrojó que el 12 % de la población vivía en concubinato; en el Censo de 1993 subió al 16.3 %, y el último censo registrado en nuestro país, el 2007 nos dio 18.16 %, empero el Plan Nacional de apoyo a la familia 2004-2011, arrojó que el 25 % de la población vivía en concubinato. Estos datos censales fríamente arrojan cifras, las que son proporcionadas por los censados, a quienes no se les solicita acreditar las condiciones de casados, cuando dicen que lo son, entonces las cifras pueden estar escondiendo un número mayor de uniones de hecho, que por diversos motivos no dicen claramente su situación, y solo contestan con la respuesta de estar casados²⁸⁵.

²⁸⁴ PLÁCIDO VICACHAGUA, Alex F.; op. cit., pág. 402.

²⁸⁵ AGUILAR LLANOS, Benjamín; “*Matrimonio y Filiación*”, Aspectos Patrimoniales; editorial el Búho E.I.R.L. primera edición, septiembre 2017, Lima, pág. 83.

De otro lado, las normas jurídicas del Derecho de Familia consisten en prohibiciones de hacer algo y otras de autorización de hacer algo, ambas al servicio del grupo social familiar. De esta manera, la expresión Derecho de familia tiene una doble acepción. En sentido subjetivo, significa, aquella serie de facultades jurídicas que pertenecen a la familia como tal; pero, en sentido objetivo, comprende, aquel conjunto de normas jurídicas que regulan la institución familiar, siendo este el sentido, que se ha de seguir.

En consecuencia, en el presente trabajo se propone aplicar el régimen patrimonial de separación de patrimonios a través de pactos en el concubinato, acorde con el *principio de protección familiar* que imperan en sus normas, pues el derecho familiar para regular y tutelar las relaciones familiares no puede prescindir de su finalidad tuitiva, que *proclama la defensa y protección de la familia*, con sus peculiaridades geográficas, sociales, económicas, culturales y políticas en que el grupo doméstico vive y se desarrolla. Lo contrario, significaría, legislar o dar leyes a espaldas de la realidad.

En ese sentido, reconocemos la prevalencia de las normas de orden público donde la mayoría de las relaciones y actos jurídicos familiares se gobiernan principalmente por dichos preceptos, superiores a la autonomía de la voluntad individual de cada miembro de la familia, o en todo caso, dicha voluntad tiene un campo demasiado restringido; pero, ello no significa que la autonomía de la voluntad quede suprimida totalmente, ya que, si es tomada en cuenta en casos limitados, como por ejemplo *sobre la iniciativa para celebrar matrimonio o concubinato, en la decisión para optar por uno u otro régimen patrimonial en el matrimonio, en la determinación para solicitar el divorcio, etc.*, desde luego sujeta a las restricciones establecidas en la ley²⁸⁶.

3. BIENES QUE INTEGRAN LA COMUNIDAD DE BIENES DEL CONCUBINATO.

3.1. BIENES PROPIOS²⁸⁷.

El Código Civil ha establecido una enumeración taxativa respecto de qué bienes se deben considerar como bienes propios, tal y como se regula en su artículo 302, y que por aplicación de la analogía legis del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales se aplica a las uniones de hecho.

Tratándose de uniones de hecho propias, el elemento temporal es imprescindible a efecto de establecerse la calidad social o propia de los bienes adquiridos durante la vigencia de la convivencia. Para determinarse si un bien es social o propio, es

²⁸⁶ PERALTA ANDÍA Javier Rolando; op., cit., pág. 43.

²⁸⁷ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; op. cit., pág. 114, 115 y 116.

necesario tener en cuenta algunos factores tales como la fecha de adquisición del bien (el elemento temporal), la forma de adquisición (si es gratuito u onerosa) y el origen de los fondos empleados para la adquisición, siguiendo esta fórmula:

- a) Serán propios todos aquellos bienes adquiridos por los concubinos unilateralmente y a título oneroso, antes de cumplidos los dos años de convivencia, en otras palabras, antes de cumplidos los dos años de convivencia, el bien pertenece al adquirente.
- b) Serán propios todos aquellos bienes adquiridos unilateralmente por los concubinos a título gratuito (donación, herencia, legados), antes o después de cumplidos los dos años de convivencia, siendo en este caso irrelevante el elemento temporal.
- c) Serán propios los bienes adquiridos unilateralmente a título oneroso por los concubinos, aún después de cumplidos los dos años de convivencia, cuando para la adquisición se hayan empleado dinero o fondos propios, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla. El profesor ALEX PLÁCIDO de forma muy ilustrativa nos hace conocer los supuestos en los que el acto jurídico generador de la adquisición sea anterior, tales como el de los bienes habidos bajo condición suspensiva, que se cumple durante el matrimonio (en nuestro caso durante la convivencia), el de los reivindicados por acción iniciada antes o durante el casamiento (convivencia); el que vuelven a uno de los cónyuges (concubinos) por nulidad o resolución del contrato; el de los adquiridos por usucapión, cuando la posesión sea anterior al matrimonio (convivencia).

Asimismo son bienes propios siguiendo la enumeración de artículo 302 del Código Civil, la indemnización por accidentes o seguros de vida, teniendo en cuenta el carácter personalísimo de éstos; los derechos de autor y de inventor, que siguen ese mismo carácter; los libros, instrumentos y útiles en el ejercicio de la profesión o trabajo, es decir, todos aquellos bienes utilizados por los concubinos para laborar; las acciones y participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social cuando esas acciones o participaciones sean bienes propios; la renta vitalicia personal, los diplomas y las condecoraciones.

3.2.BIENES SOCIALES.

Como se ha dicho, la comunidad de bienes puede estar integrada por bienes propios de cada concubino y bienes sociales (artículo 301 del Código Civil). Compone esta comunidad de bienes, todas aquellas adquisiciones efectuadas por los concubinos a título oneroso, luego de haberse cumplido dos años de convivencia, tanto las adquiridas por los dos convivientes, como las adquiridas por uno sólo de los convivientes, así como el producto y los frutos de los bienes propios y el producto y los frutos de los bienes sociales, excluyéndose los bienes propios normados en el artículo 302 del Código Civil.

A diferencia del régimen patrimonial de sociedad de gananciales que establece una presunción “*iuris tantum*” en el numeral 1 del artículo 311 del Código Civil, al citar que: “Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario”, el concubinato no admite dicha presunción, siendo necesario para efecto de otorgarse la categoría de bienes sociales, que se acredite su adquisición onerosa luego de transcurridos dos años de convivencia y que se acredite la vigencia de la convivencia durante el periodo de adquisición.

El artículo 310 del Código Civil de 1984 establece que debe entenderse por bienes sociales, así a diferencia del Código Civil de 1936, que establecía una clasificación de bienes sociales, el vigente Código Civil simplemente señala que serán bienes sociales todos aquellos bienes no comprendidos en el artículo 302 del Código Civil. Es decir, que son bienes sociales, todos aquellos que no han sido considerados por la ley como bienes propios, además de aquellos bienes adquiridos por los concubinos por su trabajo, industria o profesión; así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. Respecto de esta norma, decía CORNEJO CHÁVEZ HÉCTOR que la abrumadora mayoría de hogares, funda sus posibilidades de sustento material en la fuerza del trabajo, las cargas sociales se hacen efectivas sobre el producto de dicha actividad, y en ello hay causa bastante para que la ley reconozca la naturaleza de comunes a los bienes rendidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges. Contribuye a darles ese carácter la circunstancia, no por indefinible menos cierta, de que cada cónyuge presta al otro, normalmente, una cooperación activa o pasiva en la adquisición de bienes materiales. Este mismo autor, manifestaba en referencia a las rentas de los derechos de autor y de inventor, que esos derechos constituyen en sí mismo bienes propios, pero las rentas que producen son sociales, como ocurre con todos los bienes propios.

La norma también clasifica como bienes sociales, 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. Para el maestro HÉCTOR CORNEJO CHÁVEZ, es regla de la doctrina jurídica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no a la inversa; y como, según la regla de la dependencia, el edificio depende del suelo y no éste de aquel, se seguiría que, el cónyuge propietario del suelo debiera hacer suyo el edificio pagando su valor. Concurrentemente, parece que se podría argüir que el precepto del artículo 310 del Código Civil no guarda armonía con el criterio en que se inspiran los artículos 941, 943 y 944, de los que fluye que lo principal es el suelo y el edificio lo accesorio. Dos son, sin embargo, las razones que justifican la disposición que estudiamos (artículo 310 del Código Civil): la que conviene estimular la edificación; y la de que es mucho más fácil que el dueño del edificio pague el valor del suelo, que no a la inversa, si se tiene en cuenta que

ordinariamente las obras de edificación cuestan mucho más que el terreno en que se hacen²⁸⁸.

4. POSICIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL CAMBIO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL.

La negativa de concederles a las uniones de hecho la elección de un régimen económico se basaba en que tales uniones de hecho no tenían registro y por lo tanto un posible cambio de régimen, iba a generar inseguridad e incertidumbre, sobre todo con los terceros que contraten con la unión de hecho, sin embargo hoy existe registro de uniones de hecho, en consecuencia creemos que la posibilidad estaría abierta para la elección de un régimen económico como el de separación de patrimonios, pero solo para los registrados. Esta posición puede ser discutida a la luz de la normativa vigente, empero si las uniones de hecho forman familia, y si ella está protegida por el Estado, dable es que exista igualdad de oportunidades entre familias sin hacer distingos sobre sus orígenes²⁸⁹.

En tal sentido, resultaría superada la posición clásica de diferentes autores nacionales de derecho de familia como MAX ARIAS SCHREIBER PEZET, ALEX PLÁCIDO, BIGGIO CHREM, referente a que solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen patrimonial, pues en el régimen patrimonial del matrimonio las convenciones matrimoniales (acuerdos celebrados entre los contrayentes o por los cónyuges), se admiten debido a que se encuentran estipuladas en la ley, argumentan estos autores, que las normas del derecho de familia son de orden público por estar referidas a la organización de familia y del matrimonio, y que por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente restringida en este campo del derecho civil, asumiendo, entonces, relevancia jurídica solo al momento de la creación de los actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de estos por el orden público familiar de manera indisponible. No obstante ello, paradójicamente en cuanto a los efectos personales, no importa que la autonomía privada si pueda regular el contenido del vínculo jurídico familiar; vale decir, determinar cómo se van a cumplir los derechos y deberes que derivan de este estado de familia. Así por ejemplo, el artículo 288 del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia; cuestión que, en sentido material, se traduce en los alimentos. Empero, la ley no señala cómo se cumplirá este deber conyugal; de qué manera se atenderá las necesidades alimentarias de los cónyuges con los ingresos percibidos por ellos. Esto corresponde a la autonomía privada; lo que, de hecho, resulta imperceptible por ser una cuestión ordinaria, que es de todos los días²⁹⁰.

No hay que olvidar que estas opiniones son de autores que se adhieren a la teoría de la apariencia al estado matrimonial, donde se proponía que en los efectos

²⁸⁸ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit., pág. 297.

²⁸⁹ AGUILAR LLANOS, Benjamín; op. cit., pág. 87.

²⁹⁰ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex f.; op. cit., pág., 30.

personales de las uniones de hecho, era donde esta tesis demostraba su real aplicación, es decir, se parte en considerar, que en el concubinato la vida se desarrolla de modo similar de lo que sucede en el matrimonio, con algunas diferencias en cuanto a los efectos; sin olvidar de que en la actualidad la tesis en el Perú es de la equiparación al del matrimonio, por generar familia el concubinato con efectos personales y patrimoniales.

En suma, es de verse que en el matrimonio el régimen patrimonial está librado en principio, a la libertad de los cónyuges, mediante acuerdos celebrados entre ellos, configurándose las *convenciones matrimoniales*, y además, se admite en virtud del principio general ***de lo que no está prohibido está permitido***, la posibilidad de que junto a tal estipulación principal (cambio del régimen patrimonial) figuren otros pactos que se relacionan con la órbita patrimonial de los cónyuges, como por ejemplo la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, el otorgamiento de un poder amplio para que un cónyuge se encargue de la administración total o parcial de los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el conferir facultades especiales para que un cónyuge pueda realizar actos de disposición o de constitución de gravámenes sobre los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el convenir la contribución de cada uno para atender al sostenimiento del hogar, etc. Teniendo, la introducción de estos pactos adicionales como límites el orden público y las buenas costumbres a partir de los cuales será nula toda estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge²⁹¹.

Siendo esto así, concordamos con YURI VEGA MERE, al partir de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente ***la norma se aplica supletoria en ausencia de pacto específico*** y solo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes²⁹². Los pactos patrimoniales entre concubinos que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia resultarían ser válidos, nada nos indicaría que sean nulos o inválidos, máxime si las normas jurídicas del derecho de familia están destinadas a satisfacer el interés familiar, que consiste en la realización de los fines esenciales de la organización de la familia, evidenciándose que la autonomía privada también puede precisar cómo obtener su satisfacción, acorde al orden público y las buenas costumbres, a sabiendas de que estas, siempre son cambiantes o movibles y se desplazan acompañando las vicisitudes de la vida familiar con diferente intensidad.

²⁹¹ PLACIDO, Alex; op. cit., pág., 137

²⁹² VEGA MERE, YURI; op. cit., Pág., 189

5. PACTOS EN LAS UNIONES DE HECHO.

5.1. Concepto.

Los pactos entre convivientes son los acuerdos celebrados entre un hombre y una mujer que conforman una unión de hecho libre de impedimentos legales, y que en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, consten en un documento (*escritura pública e inscrita en los registros personales*) determinados aspectos patrimoniales durante la convivencia o efectos derivados de su ruptura.

A los convenios patrimoniales de los convivientes se los denomina “contratos de ménage” o “contratos de convivencia”; en países de habla inglesa se los llama *cohabitation contracts*; en países franceses *contracts de ménage*; en Italia, *contratti di convivenza*. Se dice que en España tienen sus antecedentes históricos en las cartas de mancebía o compañera de los siglos XII y XIV²⁹³.

Actualmente, es unánime la jurisprudencia y la doctrina comparada que admite los pactos realizados entre convivientes como válidos para la regulación de los efectos que surgen tras la constitución de una unión de hecho, ya sea durante la convivencia o una vez que se haya puesto fin a la vida en común de los convivientes, siempre que no sean contrarios al orden público, buenas costumbres y que se encuentren amparados bajo el principio de la autonomía de la voluntad.

Es así, que en aquellos países donde no existe una regulación específica sobre las uniones de hecho las partes han comenzado a realizar contratos para regular los derechos y obligaciones *durante* la convivencia en sus aspectos económicos, previendo las atribuciones y compensaciones que se realizaran al *momento de la disolución*. También se realiza convenios cuando la unión *finaliza* para solucionar la liquidación patrimonial.

Por lo tanto, ante la escasez de la regulación jurídica sobre las uniones de hecho en el Perú, (Constitución Política del Perú en su artículo 5 y el Código Civil en su artículo 326) los convivientes se ven privados de la elección del régimen patrimonial, así como el cambio del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios; facultad que es monopolio de los cónyuges, quedándole solamente a los concubinos la alternativa forzosa de acceder a dicho cambio de régimen patrimonial solo por medio del matrimonio, configurándose así, un régimen de protección legal imperativo.

Paradójicamente esta circunstancia, es contraria al reconocimiento legal de la institución jurídica de las uniones de hecho, que se basa en la autonomía de la voluntad de dos personas de diferente sexo que, siendo capaces y mayores de edad

²⁹³ MEDINA GRACIELA; “*Uniones de Hecho Homosexuales*” Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2001, pág. 197.

deciden comenzar una convivencia en aparente matrimonio, debiéndose también permitírseles regular determinados efectos patrimoniales de dicha unión, con las limitaciones que establezca el orden público, las buenas costumbres y la ley.

Entonces, nadie mejor que los propios interesados para establecer los derechos y deberes a los que deciden someterse cuando conviven en aparente matrimonio, y para determinar las posibles soluciones a las controversias que puedan presentarse²⁹⁴.

5.2. Historia de los Pactos – Referencia al Derecho Español.

Respecto a la aceptabilidad de los pactos entre convivientes y de su licitud, ha sido tratado en el derecho comparado, pudiendo encontrar ejemplos sobre la existencia y regulación de la convivencia a través de estos pactos en el derecho histórico español, como es el caso de los contratos de mancebía durante los siglos X y XI en Cataluña y la Carta de Ávila en el año 1361 que con el título de “*carta de mancebía o compañería*”, constituye un convenio entre el señor y la barragana, en el cual se le conceden a esta última los derechos a percibir rentas de su señor y a compartir con él, la mesa, el cuchillo y el pan²⁹⁵.

No obstante lo anterior, en una primera época (ya en el siglo XX) la jurisprudencia española, apoyándose en la teoría de la causa ilícita, ha venido reconociendo la nulidad e ilicitud de los convenios reguladores de las parejas no casadas. Corresponden a esta primera orientación una sentencia del Tribunal Supremo del 08 de marzo de 1918, que declaró la ilicitud de un convenio que tuvo por objeto restablecer un estado de mancebía interrumpido, por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres. Y la Sentencia del tribunal Supremo Español del 02 de abril de 1941, en la que se debatió sobre la validez de un contrato privado entre amantes, sosteniéndose la “limitación del principio de autonomía de la voluntad, por imperativos éticos, para evitar que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales y antisociales”²⁹⁶. Así el tribunal Supremo con estas y otras sentencias, dejó clara su concepción respecto a las relaciones sexuales fuera del matrimonio, considerándolas contrarias a la moral, por ilicitud de la causa del contrato, que lo identificaba con los móviles que llevaban a las partes a la celebración del mismos, satisfaciendo a la doctrina más conservadora que era partidaria de no regular, y silenciar a las uniones de hecho. Todos estos planteamiento, estaban muy alejados de la realidad social española al considerar la unión libre contraria a esos principios de la moral, orden público y buenas costumbres. Por eso, se empezó a

²⁹⁴ AZPIRI, Jorge O; op. cit., pág. 258.

²⁹⁵ RAMÓN-LIIN MARTÍNEZ, Ángels; “*Los Pactos Económicos en las Uniones de Hecho*”, Tesis Doctoral, Programa de Doctorat en Dret, Ciència Política i Criminologia, Facultat de Dret, Universitat De Valencia, mayo, 2016, pág. 244.

²⁹⁶ BUSTOS DÍAZ, María Magdalena; “*Análisis Crítico de los Efectos Jurídicos de las Uniones de Hecho en Chile. Una Propuesta de Regulación Orgánica Patrimonial*”, memoria para optar el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile- Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2007, pág. 69.

examinar el concepto de causa que debía prevalecer en el ordenamiento jurídico español y cuando esta debe ser considerada ilícita.

En una segunda fase, la posición de la jurisprudencia española admitió la validez de los acuerdos reguladores de las uniones extramatrimoniales, en base fundamentalmente al principio de la libertad de pacto. Responden a esta segunda fase, una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986, en la que se sostiene la licitud y eficacia del convenio celebrado por una pareja sometándose al régimen legal de gananciales como si de matrimonio se tratara²⁹⁷. Como se puede observar se “obliga” al Poder Judicial a erigirse en integrador de normas que el legislador no ha querido o podido crear, posibilitando que la jurisprudencia lleve a cabo una labor ingente de integración, aplicando justicia para evitar situaciones flagrantes de injusticia material que de lo contrario se hubiera seguido produciendo. Dicha labor jurisprudencial comparada, también puede servir de inspiración para que nuestros tribunales peruanos puedan declarar la validez de los pactos, primando el interés particular de los convivientes acorde al orden público dinámico.

De otro lado, la validez de los pactos en el derecho europeo, viene avalada por la *Recomendación número R(88) 3* adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de marzo de 1988, durante la 415 reunión de los Delegados de los Ministros, denominada: “*Del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la validez de los contratos celebrados entre personas que viven juntas en calidad de pareja no casada y de sus disposiciones testamentarias*”, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que adopten las medidas necesarias, para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o en que se regulan las relaciones patrimoniales entre las mismas, aunque sea por el período ulterior a su cesación, no pueden tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones de hecho²⁹⁸.

Y a tenor de este reconocimiento, las sucesivas leyes autonómicas reguladoras de las uniones de hecho abundan en esta idea, al señalar todas ellas la libertad de pactar entre los convivientes de hecho los aspectos personales y patrimoniales, tanto para que rijan durante la convivencia como en previsión de la futura ruptura.

El origen de esta Recomendación viene dado por la creciente importancia y el aumento de las uniones extra-matrimoniales en el ámbito europeo, que llevó al

²⁹⁷ BUSTOS DÍAZ, María Magdalena; op. cit., pág. 69.

²⁹⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA; “*Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica*”, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1992, pág. 540 y 541. En https://books.google.com.pe/books?id=C8mU-2HKLyMC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Consejo de Europa a organizar en 1981, en Mesina, el XI Coloquio de Derecho Europeo para analizar los problemas jurídicos que iban surgiendo de la forma de convivencia “*more uxorio*”. La intención de esta institución, no era indudablemente ni ignorar, ni penalizar la unión libre, sino regularla de algún modo para concederle ciertos efectos jurídicos, ya que se venía observando en distintos países de nuestro entorno, que generaba un vínculo familiar, que debía ser tenido en cuenta.

Esta Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, no es un hecho aislado, sino un eslabón más en la cadena de acciones en diferentes foros, que lógicamente pretendían otorgarle efectos jurídicos a las uniones de hecho. Así, además de en Europa, a nivel internacional se ha apoyado la regulación jurídica de los efectos de las uniones de hecho, con importantes acciones como:

- El Congreso internacional sobre “la familia di fatto”, celebrado en Pontremoli en 1976.
- El Congreso jurídico de la Asociación Internacional del Derecho de la Familia, celebrado en Upsala en 1979.
- El Colegio de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, celebrado en Berkeley en 1980.
- El 11º Coloquio sobre Derecho Europeo convocado por el Consejo de Europa en Messina en 1981 (que hemos mencionado).
- La sesión anual del Centro Internacional de Estudios Jurídicos y de Derecho comparado, en Luxemburgo en 1982.

Todos estos movimientos y otros muchos que han ido surgiendo con posterioridad, defendían una postura positiva hacia las uniones de hecho, señalando como necesario en los ordenamientos jurídicos nacionales, la regulación de las uniones de hecho, otorgándoles consecuencias jurídicas.

Por tanto, en el Derecho español, en la actualidad, los pactos no pueden ser ilícitos, salvo que se acordara como condición para iniciar o continuar esas relaciones extramatrimoniales, como indica DE LA CAMARA ÁLVAREZ²⁹⁹. Además está esta afirmación se ve corroborada con los límites establecidos en el artículo 1255 del Código Civil Español que recoge esa autonomía de la voluntad, y que son las leyes, la moral y el orden público, que a la letra dice:

*“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*³⁰⁰.

²⁹⁹ RAMÓN-LIIN MARTÍNEZ, Àngels; op. cit., pág. 247.

³⁰⁰ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (Coordinador); “*Comentarios al Código Civil*”, Editorial Thomson Aranzandi, S.A., Navarra, 2006, pág. 1497.

6. CARACTERÍSTICAS.

Los pactos convivenciales mencionados, son admitidos expresamente en legislación comparada, como por ejemplo en la francesa y en la de algunas Comunidades Autónomas de España, y de otros países europeos que incluso guardan menos afinidad con nuestra legislación e idiosincrasia peruana.

Por lo que, según el profesor español PÉREZ MARTÍN³⁰¹, que acepta la admisión de los pactos en las uniones de hecho, señala cuáles son las características más importantes de este tipo de pactos:

- No son contrarios a la ley, ya que no existe prohibición alguna en el art. 1814 del Código Civil Español³⁰². Incluso ni en materia de alimentos futuros ya que esta limitación se refiere exclusivamente a los alimentos debidos por ley, pero no a los que surjan por pacto.
- No son contrarios al orden público, entendido éste como las reglas centrales y básicas de organización de la comunidad, aunque lógicamente no tendrán validez aquellos pactos que lesionen libertades o derechos fundamentales.
- No son contrarios a la moral ya que afortunadamente se ha superado una concepción de la sociedad en la que se declaraba la nulidad de los contratos celebrados entre concubinas por la inmoralidad causal de una convivencia extramatrimonial.
- Al ser lícita la causa del contrato (esto es, regular las consecuencias del cese de la convivencia) tampoco les afecta el contenido del artículo 1275 del Código Civil Español³⁰³.

7. TIPOS DE PACTOS.

La legislación peruana no regula los pactos convivenciales, ni tampoco la posibilidad del cambio del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, pero la doctrina sí reconoce de un modo general y unánime que los pactos entre convivientes deben considerarse válidos y eficaces. Esa unanimidad doctrinal la recoge PINTO ANDRADE³⁰⁴, en cuyo libro destaca a los

³⁰¹ PÉREZ MARTÍN, AJ.; *“Problemas procesales más frecuentes en la jurisprudencia de las audiencias provinciales”*, en Cuadernos de Derecho Judicial, N° 1, 2003, págs.. 243 – 268. Citado por VALLEJO ORTIZ, Claudia; *“Pactos entre Convivientes: Libre Desarrollo de la Personalidad”*, trabajo fin de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, publicado por la Universidad de la Rioja, España, 2015 – 2016, pág., 17.

³⁰² Artículo 1814.- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre los alimentos futuros. En RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (Coordinador); op. cit., pág. 2100.

³⁰³ Artículo 1275.- Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. En RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (Coordinador); op. cit., pág. 1527.

³⁰⁴ PINTO ANDRADE, Cristóbal; *“Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, pág. 49. Citado por: RAMÓN-LlIN MARTÍNEZ, Àngels; *“Los Pactos Económicos en las Uniones de Hecho”*, Tesis Doctoral, Programa de Doctorat en Dret, Ciència Política i Criminologia, Facultat de Dret, Universitat De Valencia, mayo, 2016, pág. 272.

siguientes autores como partidarios de reconocer esos pactos, LACRUZ BERDEJO, ESTRADA ALONSO, GITRAMA GONZÁLEZ, ESPIN CÁNOVAS, ERCOVITZ, FOSAR BENLLOCH, TORRES LANA, entre otros. Así una pareja de hecho puede establecer pactos preconvivenciales, pactos que ordenan su convivencia y pactos en caso de ruptura:

La doctrina y la jurisprudencia comparada, no solo reconocen la licitud de estos pactos, sino que afirman que los convivientes pueden realizar una serie de pactos que regulan sus relaciones patrimoniales y sus consecuencias *durante* la convivencia y también podría ser en caso de *ruptura* de las uniones de hecho, siendo muy positivos, adecuados y clarificadores, teniendo como base el ***principio de igualdad de los convivientes***. Y como no son modelos concretos, existe libertad para poder pactar contenidos, según el interés de los convivientes, es decir, se ejerce ***el principio de la autonomía de la voluntad***, y con los únicos límites que establecen las leyes, el orden público y las buenas costumbres.

Siendo así, una pareja de hecho puede establecer pactos preconvivenciales, pactos que ordenan su convivencia y pactos en caso de ruptura:

A. Los pactos pre-convivenciales o pactos previos, son una previsión que pretende regular la relación de hecho que va a iniciarse. Sería a modo de unas capitulaciones matrimoniales³⁰⁵ previas al matrimonio, pero para las uniones de hecho.

Su origen se encuentran en los *prenuptial agreements* norteamericano, conocidos como pactos prenupciales, que constituyen la gran novedad, su finalidad es prevenir la judicialización de las crisis convivenciales y anticipar (conocer y aceptar) los efectos de una futura ruptura de antemano, que en nuestro código civil peruano se produce por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.

Es necesario que se otorguen antes de que se produzca la crisis convivencial, de modo que son acuerdos *pro futuro* o de carácter prospectivo, es decir provisorios de los efectos del futuro cese de la convivencia, ya proceda del mutuo acuerdo o de la imposición unilateral de uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, en función de una u otra causa, pueden acordarse efectos diferentes. En todo caso,

³⁰⁵ **CAPITULACIONES MATRIMONIALES:** Constituye una especie de negocio o acto jurídico en el derecho de familia, que permite a los cónyuges (o a los futuros cónyuges si lo hacen antes de contraer matrimonio) establecer o modificar las reglas relativas al régimen patrimonial de su matrimonio; mientras este tenga vigencia. Como se puede apreciar, estas capitulaciones matrimoniales se pueden otorgar antes o después de celebrado el matrimonio, teniendo los cónyuges libertad en función de sus intereses de regular su régimen económico matrimonial, también pueden modificar cuando lo deseen esas condiciones económicas de su matrimonio, teniendo en cuenta los derechos de terceros.

su eficacia se encuentra condicionada a que se produzca el cese de la convivencia de forma efectiva³⁰⁶.

En este sentido, estos pactos o contratos previos, pueden producir efectos respecto de los bienes adquiridos tras su firma, excluyendo los bienes existentes con anterioridad a la firma. La previsión de las partes, mediante acuerdos entre ellos, permite ante la situación de ruptura de la pareja de hecho, solucionar los problemas de forma amistosa, respetando los pactos y evitando así tener que acudir a los tribunales para resolver sus controversias. Si los convivientes regularon al iniciar la relación temas de pensión alimenticia o indemnizatoria en favor de cualquiera de ellos, mediante pactos, dado su validez la parte interesada podrá exigir su cumplimiento³⁰⁷.

En nuestro país, estos pactos no se encuentran regulados para las uniones de hecho, pero si las capitulaciones matrimoniales en nuestro Código Civil, las cuales también se deberían aplicar por extensión analógica a la convivencia, encontrándolas en el *artículo 295 del C.C.* sobre la ***elección y formalidades*** del régimen patrimonial del matrimonio, que está determinado por la autonomía de la libertad de los cónyuges, mediante *acuerdos* celebrados entre los futuros cónyuges (antes de la celebración del matrimonio) y de los cónyuges (durante el matrimonio). Asimismo, el *artículo 296 del C.C.* establece la posibilidad de ***sustituir un régimen por el otro, mediante convenio***, siendo requisito para la validez el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal de Registros Públicos.

Desde el punto de vista del derecho comparado, por ejemplo en España, no regulan los pactos en su Código Civil³⁰⁸, sin embargo en las comunidades

³⁰⁶ HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; “Acuerdos suscritos para ordenar la convivencia de pareja de prruptura y postruptura. Perspectivas desde el Derecho Español”, En TLA- MELAU, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, año 9, N° 38, abril/ septiembre, 2015, pág. 103.

³⁰⁷ RAMÓN-LIIN MARTÍNEZ, Àngels; “Los Pactos Económicos en las Uniones de Hecho”, Tesis Doctoral, Programa de Doctorat en Dret, Ciència Política I Criminologia, Facultat de Dret, Vniversitat De Valencia, mayo, 2016, pág. 276. En: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/57087/TESIS%20DOCTORAL%20PDF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

³⁰⁸ Ni la [Constitución Española](#), que recoge entre sus principios la protección de la familia, ni tampoco nuestro [Código Civil](#), hacen alusión alguna a las mismas, siendo ello fiel reflejo del carácter reciente de este fenómeno. Han sido precisamente las Autonomías las que, en los últimos años, se han encargado de dictar Normas al respecto, recogiendo aspectos como los requisitos para su inscripción en el Registro gestionado al efecto por el Ministerio de Justicia, el establecimiento de pactos de convivencia entre sus miembros o su equiparación respecto de los matrimonios en algunos ámbitos.

Son precisamente aquellos textos dictados por Comunidades Autónomas con potestad para desarrollar Normativa civil, en virtud del art. 149.1.8º de la Constitución, los que abordan su régimen de forma más extensiva. Así, por ejemplo, la Ley relativa a Parejas Estables No casadas aragonesa, de 1999; o la Ley sobre Uniones Estables de Pareja catalana, de 1998; recogen aspectos tales como los derechos de los convivientes en caso de fallecimiento, representación,

autonómicas que si las regulan³⁰⁹, podrán aplicar su propia legislación o en su defecto los principios generales del derecho; así el legislador Catalán determinan la operatividad en parejas casadas como no casadas, e impone los mismos límites para ambas convivencias.

B. Los pactos que ordenan su convivencia, son los pactos que nuestro trabajo propone, con un *contenido expreso*, bajo una formalidad de escritura pública e inscritos en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes, a diferencia de la legislación comparada que también admite los pactos tácitos que podrán deducirse de evidencias o comportamientos claros que demuestren la existencia de la voluntad de las partes.

C. Los pactos en caso de ruptura, son sumamente útiles y prácticos para los convivientes, por cuanto son los que resuelven los problemas en situación de crisis y de extinción de la unión de hecho. En esos momentos es cuando los convivientes (que no han querido casarse, y por tanto no se han acogido a las leyes) piden ayuda a la justicia. Por eso, es del todo beneficioso, tener pactado todo lo relativo a las consecuencias patrimoniales o económicas de la ruptura.

En el caso de estos pactos, si son injustos o discriminatorios hacia el otro conviviente, consideramos al igual que la legislación comparada, que pueden ser impugnados por el que sufre esa injusticia o discriminación, y el juez puede revisarlos o modificarlos si considera esas premisas.

Para la elaboración del régimen jurídico de este tipo de pactos, se ha acudido a la técnica de remisión al régimen jurídico propio de las parejas casadas, articulándose una autentica unificación del régimen jurídico para ambas formas de convivencia³¹⁰, y como se ha referido de generación de familia en concordancia con la tesis de la equiparación del matrimonio del Tribunal Constitucional.

tutela, alimentos o efectos patrimoniales e incluso hereditarios. En: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4584-el-marco-juridico-de-las-uniones-de-hecho-en-espana/>

³⁰⁹ La unión de hecho no tiene una regulación expresa en el ordenamiento jurídico estatal, pero sí que goza de un reconocimiento general, lo que comporta problemas que hay que resolver. En este mismo sentido, podemos afirmar que nuestro Código Civil no regula de un modo específico las uniones de hecho, atribuyéndoles un estatuto jurídico concreto, como si se ha hecho en otros ordenamientos, sobre todo en países sudamericanos, y de forma muy clara, en la legislación sueca. Lo que sí es bien cierto, es que esa mayor aceptación y comprensión hacia la unión de hecho entendida como una realidad sociológica ha hecho que nuestro legislador sí que recoja alusiones concretas referidas a estas situaciones específicas, equiparándolas, a veces, a las uniones matrimoniales, aunque existen posturas confrontadas en esta materia. En **RAMÓN-LIIN MARTÍNEZ**, Àngels; op. cit., pág. 276.

³¹⁰ HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; op. cit., pág. 97.

Como ya hemos expresado, en España, el legislador Catalán ha sido quien ha dedicado mayores esfuerzos a la configuración de sus distintas modalidades a través del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, del 29 de julio, relativo a la persona y familia. De esta manera, en las legislaciones de las Comunidades Autónomas de España los convivientes pueden establecer también pactos sucesorios, que se deben realizar en escritura pública, y que permiten a los convivientes realizar atribuciones de forma gratuita o actos de liberalidad intervivos que repercutan en el aspecto patrimonial de la unión “*more uxorio*” cuando se produzca el fallecimiento de uno de los dos miembros de la pareja. Sin embargo, en el Perú, no sería admisible, porque si existe la posibilidad de que el concubino superviviente herede, previo reconocimiento, claro está, de las uniones de hecho notarial o judicial, no pudiendo tener eficacia jurídica estos pactos, pues los efectos sucesorios son similares a los del matrimonio, y se aplicarían al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge, de conformidad con el último párrafo del artículo 326 del Código Civil.

Como hemos referido, en la doctrina y legislación comparada -por ejemplo la española- se admiten los pactos convivenciales antes, durante y después de la unión de hecho, acordándose aspectos patrimoniales; pero también los personales. Respecto al término de las uniones de hecho, nuestro Código Civil en el artículo 326, menciona cuatro supuestos: muerte, ausencia, mutuo acuerdo y decisión unilateral. En este último caso, el Juez puede conceder a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Apreciándose de que el legislador peruano *si utiliza el principio de autonomía de la voluntad*, cuando después de la ruptura convivencial, faculta al abandonado a elegir que acción le conviene a sus intereses y sigue aplicando por analogía la sociedad de gananciales -*los derechos que le correspondan*-, reafirmando la teoría de la equiparación del matrimonio.

8. SITUACIÓN PATRIMONIAL DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA CONVIVENCIA COMO PROBLEMA JURÍDICO EN EL DERECHO COMPARADO.

De la investigación en las legislaciones comparadas como España, Argentina, Chile, Costa Rica, Francia, etc., se puede establecer un problema patrimonial común a todos ellos, el cual tiene su origen en los bienes adquiridos durante la convivencia, siendo el de mayor relevancia frente a otros problemas patrimoniales como pudieran ser: la situación de las deudas adquiridas durante la vigencia de la unión de hecho la eventualidad de recibir compensaciones económicas al término de la unión de hecho, el destino de los bienes adquiridos en común luego del fallecimiento de uno de los convivientes, la posibilidad de ser beneficiario uno de los convivientes de la pensión de viudez y demás prestaciones de seguridad social, la validez de las compraventas realizadas entre los convivientes y sus donaciones efectuadas, y de la situación en la

que se encuentran el bien inmueble que sirvió como domicilio convivencial de la familia derivada de la unión extra matrimonial.

8.1.MODELOS DE REGULACIÓN DE LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES³¹¹.

En el derecho comparado son varios los modelos de regulación que se refieren a la situación patrimonial de los bienes adquiridos durante la convivencia. En primer lugar, el modelo Latinoamericano, que contempla la presunción de un determinado régimen patrimonial, una vez que las uniones de hecho cumplen con determinadas características; y en segundo lugar, el modelo Europeo, que otorga a los convivientes la posibilidad de regular sus relaciones patrimoniales mediante pactos, como el caso Francés.

A. PRIMER MODELO: PRESUNCIÓN DE UN DETERMINADO RÉGIMEN PATRIMONIAL.

En este primer grupo, destacan como expositores Perú, Paraguay y Venezuela, que otorgan protección a las uniones de hecho mediante la presunción de un determinado régimen patrimonial, una vez que las uniones convivenciales revistan determinadas características o cumplan determinados requisitos (se refiere a los requisitos propios de las uniones de hecho, susceptibles de producir efectos jurídicos). Este régimen patrimonial que les afecta por el *solo ministerio de la ley*, sin necesidad de reconocimiento de la unión por autoridad o persona alguna, y sin más requisitos o formalidades que los requeridos por la ley para la existencia de una unión convivencial. Veamos:

- Presunción de sociedad de gananciales. Perú:

El artículo 326 del Código Civil de Perú, señala que: “La unión estable de un varón y de una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una *sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales, en cuanto le fuere aplicable*, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”. Además, el mismo Artículo contempla a la *actio in rem verso* como mecanismo subsidiario, en caso de no poder configurarse los requisitos necesarios que impone la ley para una unión de hecho. Así, el inciso final de este artículo dispone: “...Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas es este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso la acción de enriquecimiento indebido”.

- Presunción de sociedad de hecho. Paraguay:

El artículo 220 del Código Civil de Paraguay señala que: “La unión concubinaria, cualquiera sea el tiempo de su duración, podrá dar lugar a la existencia de una *sociedad de hecho*, siempre que concurren los requisitos previstos por este Código para la existencia de esta clase de sociedad. Salvo prueba en contrario, se presumirá

³¹¹ BUSTOS DÍAZ, María Magdalena; op. cit., pág. 65 a 67.

que existe sociedad toda vez que las relaciones concubinarias hayan durado más de cinco años”. Por su parte, el artículo 221 de este mismo Código dispone que: “La sociedad de hecho formada entre concubinos *se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones que regulan la comunidad de bienes matrimoniales*. El carácter de comunes que revistan los bienes que aparezcan registrados como pertenecientes a uno solo de los concubinos, no podrá ser opuesto en perjuicio de terceros acreedores”. El artículo 224 prescribe que: “La unión de hecho que reúna los requisitos de este capítulo dará derechos a la liquidación de los bienes comunes”.

- Presunción de comunidad. Venezuela:

El artículo 767 del Código Civil de Venezuela, establece una presunción simplemente legal en favor de los convivientes, respecto de la situación en la que se encuentran los bienes adquiridos durante la unión. El artículo señala lo siguiente: “*Se presume la comunidad*, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado”.

B. SEGUNDO MODELO: REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE BIENES MEDIANTE PACTOS.

En el segundo de los modelos de regulación para el conflicto patrimonial que se origina tras la adquisición de bienes durante la convivencia, está el caso del derecho Francés, que por medio de la ley de 15 de noviembre de 1999, introduce en el Código Civil un título denominado “Del pacto civil de solidaridad y del concubinato”, en virtud del cual, se autoriza a dos personas físicas mayores, de diferente o igual sexo pactar un contrato para organizar su vida en común (PACS), que dota de un estado de indivisión a los bienes adquiridos por las partes durante la unión, salvo voluntad manifiesta en contrario.

Dentro de este mismo modelo, se encuentra el artículo 7 de la propuesta de regulación de las uniones de hecho, elaborada por un grupo de Notarios Españoles, bajo la dirección del Valenciano Rafael Gómez Ferrer, que permite a los propios convivientes regular su situación patrimonial mediante pacto, al disponer que: “*El régimen económico de la unión de hecho será el que los convivientes estipulen mediante convenio. En defecto de convenio, ninguno de los miembros de la pareja acreditará derecho alguno sobre los bienes del otro, cualquiera sea el momento y título de su adquisición, ni sobre sus frutos o productos, salvo lo establecido en esta*

*ley. El régimen económico de la unión de hecho podrá ser sustituidos por otro mediante nuevo convenio*³¹². ”

De los ejemplos expuestos pertenecientes a cada modelo de regulación, se distingue entonces, aquellos que presentan un régimen patrimonial **aplicable por presunción a las uniones de hecho** (Perú, Paraguay y Venezuela), de aquellos que presentan la opción para que sean los **propios convivientes quienes determinen la procedencia o no de un determinado régimen de bienes** (Francia y España).

Ahora, si bien Perú, Paraguay y Venezuela resuelven el tema principal que es la determinación del régimen patrimonial de las uniones de hecho, al establecer cuál es el régimen aplicable a los bienes adquiridos durante la unión, presentan la grave desventaja de anular a los convivientes la posibilidad de pactar el régimen patrimonial de bienes que le sea conveniente a sus intereses, tal como sucede para los cónyuges en la normativa económico - matrimonial presente en nuestro derecho de familia actual.

En efecto, nuestra normativa económica - matrimonial peruana, pese a que se basa en la presencia de un régimen general subsidiario, que en nuestro país es la sociedad de gananciales, permite a las parejas matrimoniales optar por la forma de elección del régimen patrimonial, pudiendo ser la de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios. Entonces, no vemos por qué negar la alternativa de pactar la forma por la cual quieren resolver su situación patrimonial, a las parejas unidas de hecho, más aun teniendo en cuenta que al ser ésta una unión no formal (en el sentido de la celebración del matrimonio), ***la presencia de una presunción que determine un cierto régimen patrimonial, les impondría una carga mayor que a las uniones formalmente constituidas, las que sí podrían elegir el régimen patrimonial aplicable.***

9. ÁMBITO DE REGULACIÓN DE LOS PACTOS EN EL PERÚ.

Como hemos visto las uniones de hecho generalmente nacen por el amor recíproco de dos personas, ajenas a toda reglamentación y durante los años que dure, creándose intereses patrimoniales y personales; como también sucede con la convivencia derivada del matrimonio, a diferencia de que en este caso, hay una regulación legal más extensa (arts. 295 al 325 del Código Civil Peruano, sobre sociedad de gananciales y arts. 327 al 331, sobre separación de patrimonios) que en el caso de la unión *more uxorio*, que se encuentra regulada en un sólo artículo tanto

³¹² Respecto de la posibilidad de pactar un régimen de bienes, el proyecto otorga amplia libertad a los convivientes, estableciendo que podrá ser cualquiera de los regímenes previstos para el matrimonio, o las normas que éstos estimen, ya sea comunidad, sociedad, etc. Agüero De Juan, Alberto, “El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho”, in *Parejas de Hecho, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería*, Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 1996, p. 33. Citado por: BUSTOS DÍAZ, María Magdalena; op. cit., pág. 67.

en el art. 5 de la Constitución Política como en el art. 326 del Código Civil; por lo tanto, ante este vacío legislativo resultaría necesario la aplicación de los pactos convivenciales para que resuelvan los problemas que surjan de las relaciones jurídicas patrimoniales entre los convivientes y terceros, extendiéndose a los efectos personales.

La legislación y la doctrina comparada se ocupa de estos pactos, considerándolos válidos y eficaces y como no son modelos estándares, por depender de la autonomía de la voluntad de los concubinos, existe libertad para realizarlos, acordando contenidos, según los intereses de los convivientes, siempre en base a la autonomía de la voluntad (art. 1354 del CC.) y con los límites que establecen las leyes como son el orden público y las buenas costumbres (art. V del Título Preliminar del Código Civil).

Si bien es cierto, los referidos pactos suscritos por los miembros de una pareja concubinaria, dan cobertura jurídica, en algunos países a los efectos personales y patrimoniales, nuestro trabajo da prioridad estos últimos. Además existen ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en las Comunidades Autónomas de España que regulan los pactos *antes, durante y después* de la convivencia, su fundamento reside en la necesidad de ordenar la convivencia o su ruptura a las circunstancias personales, familiares y patrimoniales concretas de la pareja, así como a la necesidad de proteger al patrimonio que pertenece a cada conviviente³¹³.

Hay que decir, también que en España, su Código Civil Español no regula los pactos, sino que han sido los distintos derechos civiles territoriales, los que han regulado estos acuerdos con mayor detenimiento. Siendo el legislador Catalán, quien ha dedicado mayores esfuerzos a la configuración de sus distintas modalidades a través del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, del 29 de Julio, relativo a la Persona y a la Familia. Para la elaboración del régimen jurídico de este tipo de pactos, se ha acudido a la *técnica de la remisión al régimen jurídico propio de las parejas casadas*, y se ha *articulado una autentica unificación del régimen jurídico para ambas formas de convivencia*³¹⁴.

En el Perú, con la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 09708-2006-PA se adopta *la teoría de la equiparación al matrimonio* del concubinato, destacándose que en aplicación del artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión de hecho es productora de efectos tanto *personales, como patrimoniales*, consolidando el *principio del pluralismo familiar*. Entonces, si bien, el artículo 4 de la Constitución Política establece que el Estado promueve al matrimonio, su aplicación e interpretación debería ser sistemática y orgánica, ya que no podría contradecir al valor constitucional superior que es, el que el Estado y la comunidad protegen a la

³¹³ HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; op., cit., pág., 96

³¹⁴ HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar; op., cit., pág., 97.

familia, originada tanto del matrimonio como de la unión de hecho, consolidándose así, el principio del pluralismo familiar. En consecuencia, en la actualidad nuestros tribunales jurisdiccionales ya deberían regular de manera igualitaria, los efectos personales y patrimoniales del concubinato al matrimonio, acordes a la nueva interpretación del Tribunal Constitucional; sin perjuicio, de proponer una modificación *lege ferenda* del artículo 326 del Código Civil, y del artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1993, estableciendo la validez de los pactos para cambiar el régimen patrimonial de las uniones de hecho.

De otro lado, del estudio de la doctrina nacional, que comenta el régimen patrimonial de las uniones de hecho, *se ha podido descubrir*, que se aplica la *analogía legis*, del régimen patrimonial de sociedad de gananciales del matrimonio al de la comunidad de bienes del concubinato; siendo *su límite* (que a su vez, contradice la definición de la analogía, como mecanismo integrador del ordenamiento jurídico) la frase “*en cuanto le fuere aplicable*”.

Es de verse, que dicha frase, no genera una aplicación automática de las disposiciones de la sociedad de gananciales al concubinato, sino que serán, sólo aquellas que resulten pertinentes, las cuales no pueden ser generalizadas a todos los casos por igual, debiéndose analizar caso por caso; por tanto, si resultara comprobada la impertinencia de la aplicación de las normas de sociedad de gananciales, serán en estos casos, las disposiciones de la copropiedad las pertinentes. De acuerdo con este supuesto, podemos percibir de que si en la importación de las normas del régimen patrimonial del matrimonio al concubinato existiera una restricción a los derechos de los concubinos, no se aplicarían, lo cual se condice con los límites de la analogía³¹⁵ dada por el Derecho Civil, que en su artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, señala que: “*la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía*”. Ello implica entonces, que existe una presunción legal, donde la voluntad de la ley se impone a los concubinos, obligándolos a adoptar solo uno de los dos regímenes patrimoniales del matrimonio, cuando generalmente la voluntad de estos, es no llegar al matrimonio; sin embargo, esto va en contra del reconocimiento de la equiparación del matrimonio al concubinato establecido por el Tribunal Constitucional, que acepta que ambos institutos generan relaciones personales y patrimoniales y por ende familia, por tanto, ante la luz de este nuevo criterio jurisprudencial no se restringiría ningún derecho de los concubinos al consolidarse el principio de pluralismo familiar.

Siendo esto así, también resulta paradójico, que el legislador adopte el régimen de la *copropiedad* propio de los derechos reales *donde va a primar la libertad contractual y autonomía de la voluntad de los convivientes*, siempre que el bien fuera adquirido a título oneroso por ambos convivientes antes de los dos años;

³¹⁵ La analogía.- La cual se recurre como un mecanismo de integración del derecho ante la ausencia o deficiencia de una ley.

toda vez, que cualquiera de ellos puede usar, disfrutar, disponer y reivindicar³¹⁶ su cuota ideal (porcentaje) sobre dicho bien común a terceros, pudiendo acordar sobre la administración del bien, el uso y disfrute por ambos del bien común y consensuar sobre el fenecimiento de la copropiedad, salvo que exista entre ellos un pacto de indivisión. Por tanto, como apreciamos en las uniones de hecho si se admiten la creación de pactos patrimoniales convivenciales, sobre el régimen patrimonial de la copropiedad, durante los primeros dos años.

Pero el régimen de copropiedad no se agota allí, pues puede estar presente aún después de transcurridos los dos años de convivencia, cuando ambos convivientes reciban un bien de un tercero a título gratuito, por ejemplo a través de la donación o de un legado, la gratuidad excluiría este bien de la comunidad de bienes y al ser ambos beneficiarios del acto de donación, es que operaría para ellos el régimen de copropiedad³¹⁷.

En consecuencia, no tendría ya fundamento la posición de autores peruanos como ALEX PLACIDO VILCACHAGUA, EVELIA FÁTIMA CASTRO AVILÉS, sobre de que el cambio del régimen patrimonial de los concubinos no se podría dar por ser de carácter único y forzoso, esto debido a que es un tema constitucional, pues señalan que la unión de hecho “da lugar a una comunidad de bienes”, previsto en el artículo 5 de la Constitución, sin mencionar que en el mismo artículo se sigue utilizando la figura jurídica de la *analogía*, estableciendo que se “sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”, al igual que en el artículo 326 del Código Civil. De acuerdo a lo expuesto, aplicando la concepción de la analogía de forma integral, se podría decir, (y ninguna norma lo prohíbe, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), *que las capitulaciones matrimoniales también se aplicarían a los convivientes*, las cuales comprenden la posibilidad de cambio del régimen patrimonial de los bienes sociales.

Si se quiere ver, de otro modo, en la aplicación de la *analogía* a una institución jurídica del derecho de familia, como es el *régimen patrimonial* de las uniones de hecho, no sigue el procedimiento de integración del Derecho legislado, sobre las relaciones jurídicas de los convivientes en sus bienes comunes, pues las normas de la sociedad de gananciales rigen “en cuanto le fuera aplicable”, denotándose que se atenta contra la naturaleza de la *analogía*³¹⁸, pues si los

³¹⁶ El copropietario ejerce los poderes o facultades de un propietario, así en el artículo 927 del Código Civil.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

³¹⁷ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; op. cit., pág. 117.

³¹⁸ La analogía es un procedimiento de integración del Derecho legislado, cuando este no contempla un caso específico, pero sí regula otro semejante, en los que existe identidad de razón y, por consiguiente, idéntica tiene que ser la regla que se les aplique, **salvo que se trate de leyes que establecen excepciones o restrinjan derechos, la mismas que no pueden aplicarse por analogía.**

convivientes quisieran hacer pactos para regular sus bienes comunes en el régimen de separación de patrimonios desde el inicio de la convivencia o cambiarlo a este, durante la convivencia, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, dice que no se podría; de este modo, se está *restringiendo los derechos de los convivientes*, limitando su autonomía de la voluntad e infiriendo que la calidad de su voluntad es diferente a la de los cónyuges, circunstancia donde no está permitida la analogía, según el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

No hay que olvidar que se hace mención a la analogía porque el régimen patrimonial de la uniones de hecho, que es el de *comunidad de bienes* no está desarrollado por el legislador peruano, mediante una expresa declaración legislativa, por lo tanto, falta una disposición legal -*voluntas legis*-, y ante ello, se utilizara otra norma que regule un caso semejante (como es el de la sociedad de gananciales), pero que tenga identidad de razón, *entonces le corresponderá la misma solución jurídica*, es decir, ***idéntica tiene que ser la regla que se les aplique***, salvo que se trate de leyes que establecen excepciones o restringen derechos, las mismas que no pueden aplicarse por analogía, lo cual sucede en la actualidad, en las uniones de hecho.

De esta manera, nos encontramos ante una seuda aplicación de la analogía, pues esta, consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista por la ley), ***las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto***. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste consecuencias que produciría la realización del caso previsto, habiendo entre uno y otro una identidad parcial³¹⁹.

En consecuencia, la posición de los órganos jurisdiccionales de no admitir los pactos convivenciales sobre sus bienes comunes, constituyen una aplicación indebida de la analogía, pues convierten a las normas de la sociedad de gananciales en normas limitativas de la capacidad de la personas o de los derechos subjetivos de los convivientes, debiendo considerarse disposiciones odiosas y por consiguiente ser entendidas de modo restrictivo. Mayor aun, cuando la diferencia entre comunidad de bienes y sociedad de gananciales no ha sido explicada por la jurisprudencia o la doctrina, constituyendo denominaciones confusas, con tendencia a que en la práctica se pueden percibir como sinónimos. Por tanto, se debería dar validez a los pactos convivenciales dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres, cuya naturaleza si bien es cierto son de normas imperativas, pero sujetas a cambios que realidad social impone, es decir un orden público dinámico.

En TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *“Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho”*, Editorial Temis S.A., Bogotá- Colombia, 2001, pág. 614.

³¹⁹ DU PASQUIER. Claude; *“Introducción al Derecho”*, Editorial jurídica Portocarrero, 5ta edición, Lima, 1994. p. 165.

Así pues, compartimos la opinión de Calderón Beltrán de que a pesar de utilizarse dos denominaciones distintas, el tratamiento jurídico que se le brinda al régimen patrimonial del concubinato según el propio texto de ambas leyes, es el de la “*Sociedad de Gananciales Matrimonial en cuanto sea aplicable*”. Dogmáticamente la norma ha brindado a la comunidad de bienes convivencial, la misma naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales matrimonial³²⁰.

En este sentido, de no encontrar un pronunciamiento favorable sobre la validez de los pactos convivenciales, por los órganos jurisdiccionales, que cumplen una labor de integración del derecho a través de la jurisprudencia, planteamos la derogatoria de las frases “...sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto sea aplicable” del artículo 5 de la Constitución Política y “...que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable...” del artículo 326 del Código Civil, mediante una modificación *lege ferenda*³²¹, para que sea válido cualquier acto jurídico que realicen los convivientes sobre el uso, disfrute, disposición y reivindicación de sus bienes propios o sociales, adquiridos antes o durante el tiempo del concubinato; dejándose a salvo el derecho al libre desarrollo de la personalidad y al principio de la autonomía de la voluntad, ya que los convivientes son los que tienen el mayor interés y conocimiento sobre la forma de regular su organización económica de las relaciones en pareja, autorregulándose así, sus intereses económicos. Ello permite mantener la naturaleza de las uniones de hecho, en base a la voluntad de elección de los concubinos, pues nadie puede obligar a casarse a los conciudadanos, a pesar de que la Constitución promociona al matrimonio, esta última afirmación obliga a buscar un punto de equilibrio a través de una interpretación sistemática y orgánica de las normas constitucionales y las que la desarrolla, determinando la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho, ambas contenidas en la Constitución de 1993.

Por consiguiente, se trata de que, con dichos pactos, se posibilite a los convivientes resolver sus intereses económicos reales de pareja, dentro de las limitaciones del orden público y las buenas costumbres, previniendo de una manera pacífica la solución de sus conflictos y de ser el caso, después de la ruptura, evitar generar procesos judiciales con jurisprudencia muy disímil; reconociendo que el contenido de los pactos son muy diversos; ***por lo que, proponemos que los pactos sean realizados mediante escritura pública, bajo sanción de nulidad e inscritos en el registro personal de Registros Públicos, y después de haber cumplido los dos años, previo reconocimiento notarial o judicial***; toda vez, que antes de los dos años

³²⁰ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; op. cit., pág. 99.

³²¹ **LEGE FERENDA.**- Es una locución latina que significa “Para una futura reforma de la ley” o “con motivo de proponer una ley”. En consecuencia, se trata de una recomendación de debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa. Se contrapone al aforismo ***lege data***, que hace alusión al Derecho Existente.

en el Perú rige el régimen de la *copropiedad*, donde prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Habiendo ya advertido que, en nuestra legislación pueden paradójicamente existir en las uniones de hecho, pactos convivenciales válidos, porque han sido celebrados por los concubinos en los dos primeros años de convivencia bajo el régimen de la copropiedad, los cuales mantendrían su validez, a pesar de que haya transcurrido dicho plazo, donde se inicia el régimen patrimonial de comunidad de bienes (artículos 326 del Código Civil y 5 de la Constitución) asimilable a la sociedad de gananciales en cuanto le fuera pertinente. Hay que recordar que la copropiedad es una de las clases de propiedad, regulada en el libro V de los Derechos Reales, artículos 968 a 992 de Código Civil, institución jurídica que ha sido adaptada al derecho familiar, donde se da importancia al principio de autonomía de la voluntad para efectos de su disposición, administración o disolución, y sólo si las partes no se encontraran en consentimiento uniforme sobre la cuota o porcentaje que le correspondieren, ingresara subsidiariamente la voluntad del Estado, a través de su representante que es el órgano jurisdiccional, mediante el proceso de división y partición.

De esta manera, podemos apreciar que nuestro ordenamiento jurídico es ambiguo al aceptar la autonomía de la voluntad de las partes plasmado en los pactos que origina un derecho real de copropiedad, justo cuando se inicia la unión de hecho basada en la *affectio maritalis* como fundamento de la vida en común y el bienestar familiar, durante todo el tiempo que dure la convivencia; a pesar de que, cuando se quisiera reconocer las unión de hecho, mediante notario o juez, la naturaleza de sus instrumentos públicos tengan efectos retroactivos (escritura pública o sentencia declarativa). Concretándose la paradoja pues se admite en un primer momento el acceso al derecho real y luego el acceso al derecho familiar, en contra de una protección *orgánica de la familia que el Estado debe proteger*.

Como ya se ha dicho, en el Código Civil Peruano el régimen patrimonial de las uniones de hecho, -sociedad de bienes, sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable-; está regulado en el artículo 326, perteneciente al Capítulo II denominado “Sociedad de Gananciales”, el cual, a su vez, debe ser interpretado de manera coherente y sistemática con el capítulo I sobre “Disposiciones Generales” (artículo 295 al 300), donde si se admite la sustitución del régimen patrimonial, antes y durante la celebración del matrimonio, más no se refiere a los concubinos, por lo que, *proponemos que la institución jurídica de las uniones de hecho debe ser regulada en un capítulo propio para evitar falsas interpretaciones*.

Además, proponemos que los pactos sean expresos, elevados a escritura pública e inscritos en el Registro de Uniones de Hecho, apartándonos de la creación de los pactos tácitos previstos en la legislación comparada, para evitar posibles

conflictos de interpretación sobre su contenido, debiéndose ejecutar de forma pacífica *-inter partes-* o de lo contrario, por vía judicial.

10. NORMAS JURÍDICAS QUE PERMITIRÁN LA ADMISIÓN DE PACTOS CONVIVENCIALES.

10.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

La Constitución Política del Perú de 1993, al considerar a la *familia una sola*, ya sea que se origine del matrimonio o de una unión de hecho, contiene principios del Derecho de Familia que fundamentan la posibilidad de establecer pactos patrimoniales en las uniones de hecho, como es *el Principio de Protección de la Familia*, regulado en su artículo 4, al establecer que: “*la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, también protegen a la familia y promueven el matrimonio*”. Por lo que, se reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad, sin importar que sea matrimonial o extramatrimonial.

Respecto a la importancia de los principios, seguimos a ALEX PLACIDO VILCACHAGUA al señalar que los principios constitucionales son el conjunto de normas orientadoras que constituyen la base del sistema jurídico familiar, siendo de dos tipos³²²:

- 1. Programáticos.-** cuando proponen un postulado sin desarrollarlo, requiriéndose una ley que lo desarrolle, por ejemplo: el caso de las normas sobre las causas de separación y disolución del matrimonio, establecidas en el último párrafo del artículo 4 de la Constitución, que remite expresamente a una ley (el Código Civil), la regulación de las mismas.
- 2. Autónomos.-** cuando no requieren de una ley que desarrolle el postulado que proponen, se puede aplicar inmediatamente, por ejemplo: el principio de igualdad de categorías de filiación (todos los hijos tienen iguales derechos y deberes junto a sus padres), establecido en el tercer párrafo del artículo 6 de la Constitución Política.

Estos principios constitucionales de la familia tienen dos funciones, que son:

- a) Función legisladora.-** Permiten desarrollar las normas de menor grado dentro de los alcances que propone cada principio constitucional.
- b) Función interpretadora.-** Que permiten encontrar el verdadero sentido de las normas de menor grado e integrar el sistema jurídico en caso de defecto o deficiencia de la ley.

³²² PLACIDO VILCACHAGUA, Alex; op. cit., pág. 24.

En tal sentido, la Constitución Política del Perú contiene los principios que inspiran el derecho familiar peruano, los cuales están regulados en el artículo 233 del Código Civil, al establecer que: “*la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú*”.

De esta manera, es preciso diferenciar que en la actualidad con la Constitución Política de 1993³²³, los dos institutos del matrimonio y familia están desvinculados, por lo que la familia que se protege es aquella que nace principalmente de un matrimonio, *aunque no es la única fuente*, encontrándonos así, en que la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales desde que de ella nace una familia; por lo que *ahora se sigue el criterio de la equiparación al matrimonio*. mientras que en la Constitución Política de 1979³²⁴, matrimonio y familia aparecían vinculados; siendo claro que la familia que se protegía era la de origen matrimonial, esto quiere decir que, la unión de hecho no era fuente generadora de una familia, por ello en el artículo 9 regula la *tesis de la apariencia al estado matrimonial*, admitida también por el artículo 326 del Código Civil de 1984, cuando señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”. La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente a la unión de hecho, sino de elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, por su estabilidad y singularidad. Por lo que, bajo el criterio de la apariencia, la regulación jurídica de la unión de hecho debía tener por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndolo menos atractivo; lo que virtualmente fomentará el matrimonio.

Dentro de este contexto, es de subrayar que la *ratio* del artículo 4 (que reconoce los principios de protección de la familia y de protección al matrimonio) y el artículo 5 (que admite el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial) es sobre todo positiva: proteger a la única familia que la Constitución considera tal, sin considerar su origen legal o de hecho con lo cual, se comprueba que *en el principio de protección de la familia, subyace el principio de pluralismo familiar*; surgiendo de la unión de hecho una

³²³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993; Artículo 4°.-** La comunidad y el Estado [...] protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad [...].

Artículo 5.- “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

³²⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979; Artículo 5.-** El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación [...].

Artículo 9.- “La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

familia, esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución³²⁵.

Estas premisas son fundamentales tenerlas presente más aún si se recuerda que el Código Civil de 1984 se sustenta en los postulados en la Constitución de 1979 y, por ello, toda su normatividad está formulada sobre la idea de familia de origen matrimonial. Por esa razón, al tema de la unión de hecho solo se le dedica un único artículo: el artículo 326 que la regula en su aspecto patrimonial³²⁶.

Sobre la concordancia entre los principios de promoción del matrimonio y del reconocimiento integral de las uniones de hecho, contenidas en la Constitución de 1993, resulta útil mencionar a dos Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano: STC N° 03605-2005-AA y N° 09708-2006-PA, ambas están referidas a la vulneración del derecho a la seguridad social y a obtener una pensión por la negativa de otorgar una pensión de “viudez” a favor de una conviviente supérstite dentro de los alcances del Decreto Ley N° 20530, norma legal que únicamente reconoce tal pensión a favor del cónyuge supérstite, e interpretadas acorde a la Constitución de 1993. **La primera sentencia**, se declara infundada la demanda de amparo pues solo el cónyuge supérstite tiene derecho a pensión de viudez, destaca que el artículo 5 solo reconoce efectos de naturaleza patrimonial a los concubinos, al asemejárselo al régimen de sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no incluye efectos personales, como son el derecho alimentario, el pensionario durante la vigencia de la relación y el hereditario entre concubinos; por lo que, aquí se adopta la **teoría de la apariencia matrimonial**, debiéndose tratar de manera desigual a los concubinos respecto a los cónyuges; ya que, no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Mientras que en la **segunda sentencia**, se declara fundada la demanda por considerar que la pensión de viudez también tiene derecho el conviviente supérstite, interpreta el artículo 326 del Código Civil como norma de desarrollo que hace operativa la Constitución, determinando que la unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; es decir, los convivientes entre ellos tienen consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales, obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años. Por lo que, en concordancia con el artículo 5 de la Constitución las parejas concubinas se comportan como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, además de que el reconocimiento a las uniones de hecho da lugar a una comunidad de bienes sujeta a la sociedad de gananciales. Ello implica que, la pensión de viudez tiene la calidad de bienes que integra la sociedad

³²⁵ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando; “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pág. 24 y 25.

³²⁶ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.; op. cit., pág. 398.

de gananciales porque sirven para el sustento de la familia y al fallecimiento del causante se reconoce a la viuda una pensión. En consecuencia, en esta sentencia se adopta *la teoría de la equiparación al matrimonio*.

Por consiguiente, ante la actual posición del Tribunal Constitucional, estamos proponiendo que se modifique el artículo 5 de la Constitución Política del Perú, para que no haya duda de la validez de los pactos convivenciales, y vinculen obligatoriamente a los órganos jurisdiccionales, en los siguientes términos:

Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto sea aplicable, *pudiendo optar el cambio de régimen patrimonial por el de separación de patrimonios mediante pactos expresos*.

10.2. EL CÓDIGO CIVIL.

La interpretación del artículo 326 del Código Civil, debe estar acorde con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional con la STC N° 09708-2006-PA, que incorpora la *teoría de la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio*, sobre todo cuando destaca que según el artículo 5 de la Constitución Política, las uniones de hecho son productoras de efectos personales y patrimoniales; es decir, de la convivencia surge también familia, al igual que el matrimonio. Por tanto, se consolida el principio protector de las uniones de hecho estables, singulares y con la finalidad de generar familia.

Como hemos señalado, en la Constitución de 1993, de la unión estable surge una familia que merece protección Constitucional, por lo que, una vez que se haya cumplido el plazo señalado de dos años continuos, y previo reconocimiento judicial o notarial, -eficacia retroactiva-, a la comunidad de bienes se le aplicarán las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto fuere pertinente; lo que no importa, una conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales³²⁷. Esto es, que los efectos patrimoniales sujetos a la sociedad de gananciales, sólo se producirán desde que se cumplen los dos años continuos de convivencia, mientras que en el matrimonio los efectos patrimoniales y personales se producen desde la celebración de las nupcias.

Asimismo, los mecanismos que prevé la ley para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional de la familia, entre el matrimonio y el concubinato son diferentes, por ejemplo: el derecho a la herencia, que si bien es cierto se le reconoce ahora, por igual a los convivientes y cónyuges, es diferente el acceso a este derecho, pues en el matrimonio se da desde el momento que se celebra, así, si hoy contraigo matrimonio

³²⁷ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.; op. cit., pág. 429.

y mañana muere mi cónyuge, por el hecho de ser tal y con la partida de matrimonio tengo vocación hereditaria y accedo inmediatamente a este derecho. En cambio, si hoy inicio una convivencia y mañana muere mi conviviente, no podré acceder al derecho a la herencia porque la Constitución exige que la unión sea estable -dure por lo menos dos años- además de contar con los medios probatorios que permitan el reconocimiento de su existencia. Esté criterio queda comprobado con la Ley N° 30007, en su artículo 2 dice que: *“para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros”*. Agrega en su artículo 3, que *“para los efectos de la presente ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o reconocidas por la vía judicial. Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior”*³²⁸.

De esta manera, hasta que no se dé el acto jurídico de reconocimiento notarial o judicial de las uniones de hecho, no podrán realizarse los pactos patrimoniales propuestos, por lo que para que tengan plena validez y se inicien los efectos patrimoniales entre los convivientes y/o terceros, se deberá transcurrir dos años; es decir, *proponemos que los pactos se realicen dentro del periodo legal convivencial, propiamente dicho, y no antes*, pues debemos recordar que el fin del concubinato es la publicidad, ser único y estable, lo cual será probado en el proceso administrativo o judicial elegido. Además, antes de los dos años, es una especie de “periodo de prueba convivencial” donde se aplica el régimen de la copropiedad. Por consiguiente, los convivientes no pueden someterse por su propia voluntad a cierto régimen durante una época en que la ley no les otorga ese derecho, más aún, la unión como tal o es consecuente de efectos jurídicos. Lo contrario sería reconocer efectos a un vínculo que aún no existe en la vida jurídica, o lo está de manera imperfecta³²⁹.

De otro lado, apreciamos un grave problema de interpretación legislativa, pues se deja a la judicatura la determinación de la aplicación del régimen patrimonial legal supletorio, que es el de sociedad de gananciales, cuando se señala la aplicación extensiva que proponen de las disposiciones del régimen de la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes de los convivientes, con la aplicación de la frase *“en cuanto le fuere aplicable”*, esto quiere decir, que no se trata de una aplicación automática, sino *solo de aquella que resulten pertinentes*. Vale decir, que

³²⁸ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.; op. cit., pág. 403.

³²⁹ CÉSPEDES MOLINA, María Amalia; *“El Contrato Patrimonial en la Unión de Hecho en Costa Rica”*, Tesis de Grado para Optar el Título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho, San Pedro de Montes de Oca - San José de Costa Rica, octubre del 2012, pág. 82.

ante un problema patrimonial de los convivientes la solución se debe encontrar en primer lugar, en las normas del régimen de la sociedad de gananciales que resulten pertinentes aplicar; y, en caso de comprobar la impertinencia de tal aplicación extensiva, solo en este caso la respuesta estará en las disposiciones del régimen de copropiedad³³⁰, en ese último caso, se aplicarán los dos primeros años cuando no hay reconocimiento judicial o notarial de la unión de hecho y transcurrido este plazo previo al reconocimiento señalado regirá la sociedad de gananciales.

En este punto, se revela de la lectura de autores peruanos de derecho de familia, y de la redacción del artículo 326 del Código Civil, que se está aplicando la figura jurídica de la **analogía** para regular las relaciones patrimoniales de los concubinos, entendiéndose a la analogía como dice NORBERTO BOBBIO, al “procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente”³³¹.

Ello debido, a que ante una laguna jurídica o falta de integridad de nuestro ordenamiento jurídico peruano, sobre la inexistencia de una norma que prohíba o permita un determinado supuesto; tal es el caso, de los pactos patrimoniales que concreten el cambio del régimen patrimonial en las uniones de hecho, no podemos considerar la ilicitud de estos; por lo que, ante esta laguna normativa se puede completar por medio de dos métodos que según CARNELUTTI son el de *heterointegración*³³² y el de *autointegración*. Interesando para el presente trabajo el segundo, **Norberto Bobbio**³³³ explica a la *autointegración*, como el método que consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento jurídico, valiéndose de dos procedimientos para solventar las deficiencias existentes en el ordenamiento jurídico: **la analogía**³³⁴ y *los principios generales del derecho*; siendo la **analogía legis** la que se aplica en el Perú por los tribunales jurisdiccionales ordinarios, para determinar cuáles de las normas del régimen de sociedad de gananciales del matrimonio, se pueden aplicar al régimen patrimonial de la comunidad de bienes en las uniones de hecho.

³³⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F.; op. cit., pág. 430.

³³¹ BOBBIO, Norberto; “*Teoría General del Derecho*”, 3 ed., editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1999, pág. 234.

³³² **Heterointegración.**- La integración puede producirse de varios modos. Uno es acudir a un sistema jurídico diferente, como pudiera ser un sistema jurídico extranjero, de tal manera que de existir vacíos se recurrirá a una normativa extraña y desconocida para el destinatario, técnica que hoy en día se encuentra rechazada. Otro es la **Autointegración**, que implica atender a los mecanismos de regeneración del propio ordenamiento jurídico, hallando en él las normas que aparentemente faltan.

³³³ BOBBIO, Norberto; op. cit., pág. 230.

³³⁴ **Analogía.**- Significa comparación o relación entre varias razones o conceptos; comparar o relacionar dos o más objetos o experiencias, apreciando y señalando características generales y particulares, generando razonamientos y conductas basándose en la existencia de las semejanzas entre unos y otros. Mientras que la **analogía jurídica**: Es el método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella. Mediante la analogía, un juez aplica una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho distinto del que contempla, basándose en la semejanza entre un supuesto y otro (ratio).

Como hemos referido, si se aplicara la analogía, en su exacta dimensión conceptual, (sin restringir el cambio del régimen patrimonial), tendríamos que aceptar los pactos patrimoniales sobre los bienes sociales durante la vigencia del concubinato; de la misma forma, que las capitulaciones matrimoniales se realizan antes y durante el matrimonio. Por ende, no se está aplicando la analogía conforme a su naturaleza integradora del derecho, de las normas de la sociedad de gananciales, ya que se está restringiendo y limitando los derechos de los convivientes, supuesto de prohibición previsto en el artículo IV del T.P. del Código Civil. Máxime, si los artículos 5 de la Constitución y 326 de la Código Civil, no prohíben que se realicen pactos patrimoniales para regular la administración y disfrute de sus bienes sociales.

Esto último, se puede confirmar con algunos ejemplos propuestos por autores nacionales que no están de acuerdo con la posibilidad de cambio del régimen patrimonial de los convivientes, como ALEX PLACIDO, al señalar las normas de la sociedad de gananciales que no restringen derechos patrimoniales y que se aplicarían a las uniones de hecho, como: las relativas a la calificación de los bienes, a la responsabilidad por las obligaciones, la gestión patrimonial y las de liquidación al régimen patrimonial; así también CASTRO AVILÉS EVELIA FÁTIMA menciona que las normas aplicables de la sociedad de gananciales al concubinato serían las de disolución de la sociedad de gananciales, inventario valorizado de la sociedad, concepto y distribución de los gananciales.

Es de verse, que resulta paradójico, la utilización de la teoría de la equiparación por el Tribunal Constitucional, mientras que los órganos jurisdiccionales inferiores siguen aplicando la tesis de la apariencia matrimonial, tergiversando la utilización de la analogía, con mayor énfasis en los efectos personales de los convivientes, cuando en la redacción del mismo artículo 326 del Código Civil dice que la unión de hecho son realizadas “*para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio*”, pues en identidad de razón, se podría dejar a la autonomía de la voluntad de ambos convivientes, la regulación de sus relaciones patrimoniales, pues nadie como ellos para saber los intereses y beneficios que pueden obtener con la admisión los pactos convivenciales durante la unión de hecho.

Concordamos con CASTRO AVILÉS³³⁵, al reconocer que en el Perú los convivientes podrían acordar cláusulas que no vulneren las normas imperativas del derecho de familia peruano. Y para ello, ***propongo la modificación del artículo 326 del Código Civil***, de la siguiente manera:

Artículo 326°.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades

³³⁵ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; op. cit., pág. 84.

*y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, **origina una comunidad de bienes, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. En este caso, los convivientes pueden pactar el cambio de régimen patrimonial por el de separación de patrimonios, mediante escritura pública, bajo sanción de nulidad, debiendo inscribirse en el registro personal para que surta efecto.***

Como otra opción para aceptar la celebración de los pactos en el concubinato y siguiendo la misma línea de la *analogía*, (aplicada hoy en el derecho de familia, de las normas de la sociedad de gananciales del matrimonio a las uniones de hecho), es *que se aplique las normas jurídicas relativas a los contratos*, así por ejemplo, si los convivientes se comprometen a cumplir determinada obligación de índole patrimonial (que también corresponde al estatuto matrimonial), dicho convenio, en la medida que no contradiga principio jurídico alguno, habrá de tener la eficacia que pueda corresponderle, no por aplicación del estatuto matrimonial, *pero sí por la de las normas jurídicas generales de nuestro derecho positivo*. Resultando que, si el concubino se obliga a atender la alimentación y subsistencia de la concubina, esto, a nuestro modo de ver, tendría eficacia jurídica, ya fuera porque se lo considerase un “contrato de alimentos”³³⁶, o un “contrato gratuito de renta vitalicia”, que, puede recibir, por *analogía*, la aplicación de las normas atinentes al contrato oneroso de renta vitalicia,³³⁷ previsto en el artículo 1599 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del 2014³³⁸. Esta ejemplificación, es la posición tomada por BOSSERT, GUSTAVO A. De la misma forma, en nuestro *Código Civil Peruano tenemos regulado el contrato de renta vitalicia en el artículo 1923*³³⁹, *bajo dos modalidades a título oneroso y gratuito*, pudiendo enmarcarse en este contrato tanto los efectos personales como los patrimoniales de los concubinos, en mérito a la autonomía de la voluntad de estos, y como ya hemos dicho, siempre y cuando no atenten contra el orden público, las buenas costumbres, el principio de igualdad de los convivientes o afectar cualquier derecho fundamental de cualquiera de sus integrantes. Por consiguiente, *la aplicación de utilizar las figuras del derecho común*, mediante la *analogía* no es nuevo en el Perú, pues aparte de utilizar las normas de *derecho de familia -sociedad de gananciales-*, también se utiliza las normas de los *derechos reales -copropiedad-*, para determinar la situación de los bienes adquiridos *antes* de los dos años del periodo legal de convivencia e incluso como lo hemos referido, también se aplicaría la copropiedad *durante* la vigencia de la convivencia, si el bien fue adquirido a título oneroso por ambos convivientes antes de cumplirse los dos años de convivencia o cuando ambos convivientes *reciban un bien de un tercero a título gratuito, por ejemplo a través de la donación o un legado, ya que la gratuidad excluiría este bien de la comunidad de bienes y al ser ambos*

³³⁶ BORDA, Guillermo A.; op. cit., n° 1207.

³³⁷ BOSSERT, Gustavo A; op., cit., pág., 56.

³³⁸ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación; “Código Civil y Comercial de la Nación”, Presidencia de la Nación: Dra. Cristina Fernández de Kirchner, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, pág., 278.

³³⁹ **Artículo 1923.- Renta Vitalicia:** Por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados.

*beneficiarios de la donación, es que operaría para ellos el régimen de la copropiedad (artículos 969 al 998 del Código Civil)*³⁴⁰

10.3. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

La libertad es un derecho fundamental y natural de todo ser humano, en cuanto se configura como derecho esencial y natural de todo hombre, más aún si este es considerado un sujeto de derecho³⁴¹; por esto, el ordenamiento jurídico debe incluir derechos que contemplen ejercicios de voluntad, tal es el caso de los pactos convivenciales.

Este principio de la autonomía de la voluntad, está consagrado en el artículo 1354 del Código Civil, regulado que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Siendo dos las manifestaciones más importantes de este principio: la libertad de contratar y la libertad contractual. En el primero, las partes son libres para celebrar o no un contrato y si optan por llevarlo a cabo son libres para elegir a la persona o personas con quien desean contratar, y la segunda, significa que las partes determinan libremente entre sí, la forma y el contenido del contrato, según las normas vigentes al tiempo de su celebración³⁴². Estas dos libertades, que son el contenido del principio de autonomía de la voluntad, deben ejercerse dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres, el **interés social, público** y ético, a cuyo efecto el Estado no solamente puede sino debe intervenir en el contrato mediante la ley para imponer reglas o delimitar el contenido de los contratos. Esos límites determinan el establecimiento del contenido contractual por las partes y la intervención razonable y no arbitraria del Estado en el contrato. Y como veremos, al ser el orden público familiar dinámico, sería la base para admitir los pactos convivenciales, pues estaría acorde al interés social, público y ético de la existencia, cada vez en aumento, de las uniones de hecho en nuestra sociedad peruana.

DIEZ PICAZO y GULLÓN señala que este “es el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo (...) puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte. La autonomía privada es la libertad individual.

Por su parte MARTÍN PINEDO AUBIÁN conceptualiza este principio de la siguiente manera: “La autonomía de la voluntad es el poder que se expresa principalmente a través del contrato, entendiéndolo como el instrumento jurídico de la autonomía privada, porque él le permite a ella crear relaciones jurídicas, autorregular la vida privada de los sujetos”³⁴³

³⁴⁰ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; op. cit, pág. 117.

³⁴¹ **ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO CIVIL: Sujeto de Derecho.**

“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

La atribución de derecho patrimonial está condicionada a que nazca vivo”.

³⁴² TORRES VÁSQUEZ ANÍBAL; “*Teoría General del Contrato*”, Tomo I, Pacífico Editores, Lima, 2012, pág. 46 y 47.

³⁴³ CÉSPEDES MOLINA, María Amalia; op. cit. pág. 92.

Existe un espacio en el cual la causa fuente de las relaciones jurídicas no es el ordenamiento jurídico, dentro del cual las personas, ejercen de manera libre su voluntad, pudiendo crear, regular, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas; es decir, las partes se autorregulan. Ese, es el espacio de la autonomía privada. Así tenemos que en nuestro sistema jurídico la autonomía de la voluntad tiene un rol trascendental en el derecho de familia, que es el de crear actos jurídicos familiares, como el consentimiento para convivir y formar una familia, hacer uso del mecanismo legal para el reconocimiento de su unión de hecho, etc.

Así por ejemplo en el contenido de los efectos personales, referente a las relaciones jurídicas de las uniones de hecho y también en el matrimonio, ante la ausencia de regulación sobre la forma de cumplir con dichos deberes y ejercicio de sus derechos, la autonomía privada lo tendrá que determinar. Así, por ejemplo, el artículo 288 del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia, cuestión que, en sentido material, se traduce en los alimentos. Empero, la ley no señala cómo se cumplirán estos deberes familiares surgidos de las uniones de hecho y conyugales, de qué manera se atenderán las necesidades alimentarias con los ingresos percibidos por ellos. Esto corresponde a la autonomía privada y, de hecho, resulta imperceptible por ser una cuestión ordinaria, que es de todos los días.

En los últimos años, los Derechos Humanos han influido de manera directa en las legislaciones de América Latina, modificando criterios y normas en el Derecho de Familia de estos países, constituyendo un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar, como lo sostiene ENCARNA ROCA, “**El derecho de familia no es nada en sí mismo sino tiene como finalidad básica y esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales...**”³⁴⁴ y en el Perú no ha sido la excepción. El nuevo panorama legislativo debe tender a disminuir la discrecionalidad de quienes han tomado decisiones determinantes en la vida de las personas, como son los jueces, delegando esta acción en un ámbito más privado, como lo son los mismos convivientes.

Este razonamiento no se ve perjudicado por ejemplo, por el artículo 481 del Código Civil, según el cual los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a la posibilidad de quien debe darlos. **Resulta evidente que esta norma no reconoce una facultad exclusiva y excluyente a favor de órgano jurisdiccional, como el único que puede regular los alimentos.** Siendo así, se confirma que la autonomía privada está autorizada para celebrar convencionalmente acuerdos que les permita regular los alimentos, funcionando en forma supletoria la regulación judicial.

Una revisión del sistema familiar peruano -constituida ya sea a través del matrimonio o mediante las uniones de hecho- demuestra que la autonomía privada cumple un doble rol en el derecho de familia: primero, a nivel de la creación de la relación jurídica familiar; segundo y quizá lo más significativo, a nivel del contenido de esa relación jurídica familiar, a través de la regulación de los derechos y deberes de cada estado de familia. Pero

³⁴⁴ **FERNÁNDEZ REVOREDO**, Marisol; “Ponencia presentada en el evento a 20 años del Código Civil. Análisis y Propuestas, organizado por la Asociación Civil “Foro Académico”, en abril del 2004, citando a: ROCA, ENCARNA. “**El Derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho**”, En: Puntos Capitales del Derecho de Familia en su dimensión internacional. Dykinson, Madrid, 1999. DIKÉ, Portal de Información y Opinión Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú, <http://dike.pucp.edu.pe>, visto el 23 de septiembre del 2017.

se debe precisar que en este último caso la autonomía privada tiene como límite el orden público familiar.

Este principio no se encuentra fuera del Derecho Positivo; todo lo contrario, es un derecho tutelado por el Estado, no creado por una ley, sino por el individuo mismo: todo aquello que las partes pacten en un contrato tiene carácter de ley, lo que el Derecho Privado llama *Pacta Sunt Servanda*. Este principio se encuentra contemplado en la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados. En su artículo 26 dice: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe”. En el Perú, lo tenemos regulado en el artículo 1361 del Código Civil, disponiendo que: “los contratos son obligatorios, en cuanto se haya expresado en ellos...”

La Corte Suprema ha resuelto que: “el artículo 1361 del Código Civil recoge el principio del pacto *sunt servanda*, es decir, la fuerza vinculatoria de los contratos, que se celebran para ser cumplidos y que están sujetos al deber de observancia, en cuanto al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y la presunción de coincidencia entre esta declaración y la voluntad común, existiendo un interés fundamental para que se cumpla la palabra comprometida, lo que confiere seguridad a mérito del comportamiento leal y honesto de las partes”³⁴⁵

No hay que olvidar que la obligatoriedad del contrato tiene un fundamento ético y otro funcional. Por el primero, la obligatoriedad del contrato importa el imperativo moral de respeto a la palabra empeñada, de cumplir el compromiso tal cual ha sido asumido (*pacta sunt servanda*). Y por el fundamento funcional, el contrato es el instrumento más importante para la organización y funcionamiento de las relaciones jurídicas de naturaleza económica³⁴⁶.

Siguiendo con la línea del principio de autonomía de la voluntad, algunos autores conceptualizan el nuevo Derecho de Familia con un carácter más privado y voluntario; tal es el caso de ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ: “[...] alguna de las características de la posmodernidad en materia de derecho de familia son el pluralismo y la autonomía [...] son los propios miembros de la familia quienes se encuentran en mejores condiciones para decidir respecto de los asuntos que los afectan”³⁴⁷

Graciela Medina así lo señala: “Los convenios patrimoniales entre convivientes son fuente de obligaciones que surgen de la autonomía privada de la

³⁴⁵ Casación N° 1850-97-Lima, publicada el 18.07.1998.

³⁴⁶ TORRES VÁSQUEZ ANÍBAL; “*Teoría General del Contrato*”, Tomo I, Pacifico Editores, Lima, 2012, pág. 68.

³⁴⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; “*Derecho Constitucional de Familia*”, editorial Ediar, Argentina, 2006, pág. 61.

voluntad y sus límites son los límites normales para todo tipo de acuerdo, ello implica que no pueden ser contrarios a la moral y buenas costumbres”³⁴⁸

Se debe considerar que estos pactos pueden regular aspectos que contengan efectos patrimoniales y personales, ya sea **durante la vigencia de la convivencia**, tales como la contribución a las cargas que surjan de la unión de hecho o los gastos de la vivienda familiar; y efectos que surjan **después de la convivencia o llamada también ruptura de la convivencia**, como son: la atribución de la vivienda, la liquidación del posible patrimonio común, pensiones de alimentos a favor de sus hijos e indemnización o compensación a favor de las partes. Recordando cómo se ha dicho anteriormente que, los pactos serán válidos siempre que no sean contrarios al orden público (ley) y las buenas costumbres (moral).

En este punto, y en relación con la validez de los pactos con contenido patrimonial es necesario hacer mención a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 7 de Marzo de 1988, donde se aconseja que: “los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que regulen las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el periodo ulterior a su casación, no pueden tenerse como nulas, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones, así como, pues, en un terreno tan delicado y complejo como el que se trata, las soluciones, en la medida de lo posible deben adoptarse caso por caso”³⁴⁹.

La autonomía privada que crea actos jurídicos familiares tiene un rol trascendental en el derecho de familia, como por ejemplo para celebrar el matrimonio, para adoptar o ser adoptado, administración del patrimonio común y propio, consolidando lo que la legislación comparada llama el **derecho al libre desarrollo de la personalidad**, el cual encuentra su expresión en el ámbito privado del principio de la autonomía de la voluntad, mediante el cual los convivientes tienen la posibilidad de llevar a cabo una autorregulación de su patrimonio entre sí y con terceros, estableciendo su contenido y sus efectos; siempre y cuando los pactos, no sean contrarios al orden público y las buenas costumbres.

Se ha sostenido tradicionalmente que una de las características del derecho de familia es que la mayoría de sus normas son de orden público, por estar referidas a la organización de la familia y del matrimonio y, que, por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente restringida en este campo del derecho civil, asumiendo, relevancia jurídica solo al momento de la creación de los actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de estos por el orden público familiar de manera

³⁴⁸ MEDINA Graciela; ¿son válidos los convenios que regulan las relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales? En: <<http://www.gracielamedina.com/son-validos-los-convenios-que-regulan-las-relaciones-patrimoniales-entre-los-convivientes-homosexuales/>> visitado el 16 de junio de 2017.

³⁴⁹ VALLEJO ORTIZ, Claudia; op. cit. pág. 21.

indisponible³⁵⁰. Sin embargo, a pesar de reconocer, que el orden público es fundamental para establecer límites a la voluntad contractual, no es menos cierto también, que la naturaleza del orden público es dinámica, ya que es movable en tiempo y en espacio, desplazándose acorde con los avances científicos que reflejan las diferentes vicisitudes de la vida familiar, por tanto es posible que la misma protección que se le da al matrimonio para que los contrayentes cambien su régimen patrimonial, conforme al artículo 329 del Código Civil se pueda extender a la institución convivencial que también son un modelo de familia, siendo el Perú un país donde el número de parejas de hecho es cada vez mayor (fenómeno sociológico).

11. LIMITES DE LOS PACTOS

11.1. ORDEN PÚBLICO.

Sobre el concepto de orden público se han dado varias definiciones, punto de partida forzoso es comprender que no debe entenderse este concepto en la “acepción corriente que alude a la tranquilidad de la calle, a la regularidad de la vida cotidiana”³⁵¹. Ha sido común asimilar el concepto de imperatividad al de orden público³⁵²; por eso, no se duda en expresar que el orden público es un “conjunto de disposiciones imperativas”³⁵³.

Sin embargo, se ha observado que “una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario”³⁵⁴. Así, “el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico”³⁵⁵, manifestándose a través de normas imperativas.

*Como es sabido, el orden público es el conjunto de “principios fundamentales y **de interés general** (aunque no se trate de normas concretas)” sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta*

³⁵⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex; op. cit., pág. 131.

³⁵¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan; “Los Principios contenidos en el Título Preliminar en el Código Civil Peruano de 1984”, Fondo Editorial 2005, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pág. 260.

³⁵² VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO; “El Acto Jurídico”, 6ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2005, pág. 63.

³⁵³ RUBIO CORREA, Marcial; “La Invalidez del Acto Jurídico - Nulidad y Anulabilidad”, biblioteca para leer el Código Civil, VOL. IX, Fondo Editorial 1992, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, pág. 103.

³⁵⁴ LEÓN BARANDIARÁN, José; “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I (concordado con el Código Civil de 1984), WG Editor, Lima, 1991, pág. 42.

³⁵⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo; “Reforma del Título Preliminar del Código Civil”. En Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas, INDEJ y Gaceta Jurídica, Lima, 1988, pág. 61.

de normas imperativas o prohibitivas³⁵⁶. Por ello el **orden público más que de normas concretas, resulta de principios** cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas. En este mismo sentido, se afirma que el orden público indica los principios de base de nuestro ordenamiento social.

Para un sector de la doctrina argentina, el orden público “está constituido por el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del derecho privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso”³⁵⁷. El autor argentino LEZANA, JULIO, señala que **el orden público no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento al que se le aplica, o para desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada a realizar su función**³⁵⁸. Agrega este autor que hay que tener en cuenta que, en muchos casos, lo que interesa al orden público es negar la validez del acto mientras subsistan las condiciones que llevan a negarle esa eficacia. **Pero modificadas las circunstancias, la conveniencia de reconocer el hecho consumado, de aceptar las consecuencias de lo que a pesar de todo sucedió, vuelve a imponerse, puesto que hasta puede suceder que ya no esté en juego el orden público.**

En este mismo sentido, se entiende por orden público al conjunto de principios de orden superior que constituyen nuestra organización política y dentro de los cuales son esenciales para la vida social, instituidos en la base misma del ordenamiento jurídico. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil habla del acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público. En efecto, cuando en este artículo se establece la nulidad por actos contrarios al orden público, el legislador ha entendido este concepto como **sinónimo de imperatividad, es decir insustituible. Por consiguiente, al existir normas de orden público, en un determinado tiempo - espacio social, que puedan ser sustituidas por otras o lo que es lo mismo, que no impliquen su insustituibilidad (como el de la voluntad de las partes con la de creación de pactos convivenciales) no determinan que los actos jurídicos celebrados sean nulos, debiendo reformularse el tenor de este artículo**³⁵⁹.

En efecto, el **concepto de norma imperativa** debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, **más no necesariamente debe ser asimilado al concepto de orden público.** El **carácter de ineludibilidad** (o de

³⁵⁶ MESSINEO, Francesco; “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Tomo I, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1979, pág 480.

³⁵⁷ LEZANA, Julio; “El Orden Público – Los actos del Demente anteriores a su declaración”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 10. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan; op. cit., pág. 262.

³⁵⁸ Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan; op. cit. pág. 262.

³⁵⁹ El Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil establece en su artículo VIII que “son nulos, total o parcialmente los actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, salvo disposición legal distinta”.

insostituibilidad) de una norma no coincide forzosamente con la idea de orden público³⁶⁰.

Respecto a la posibilidad de realizar acuerdos privados entre los concubinos, autores que se han ocupado sobre este punto, consideran que, cumplidos los requisitos legales de las uniones de hecho, se entiende configurada *ipso iure* una sociedad de bienes (artículo 326 del Código Civil y artículo 9 de la Constitución de 1979) o una comunidad de bienes (artículo 5 de la Constitución de 1993), calificación esta última más adecuada según HÉCTOR CORNEJO CHÁVEZ y ALEX PLACIDO VILCACHAGUA. Del mismo modo, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen patrimonial de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. Es decir, solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen.

Pero para poder adquirir este régimen de sociedad de gananciales, es necesario que transcurran los dos años exigidos por la ley, pues caso contrario, serán aplicables las normas sobre la copropiedad. A demás, se sostiene, que, una vez que surja comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial³⁶¹.

Discrepamos con estas posiciones doctrinarias, al igual que YURI VEGA MERE, aun cuando resulte unánime la posición contraria. Para ello, partimos de la premisa de la inexistencia de la prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus regulaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y solo en ese momento (cumplido los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes³⁶².

Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos³⁶³. Nada nos indica que ellos sean inválidos; mayor aun, cuando el orden público

³⁶⁰ LONARDO, Loris; *“Ordine pubblico e illiceità del contratto”*, Nápoles: ESI, 1993, pág. 137. El autor propone que toda estructura normativa impone un propio y definido orden que deriva de la organización de un cierto modelo ético, político, institucional y económico (en una palabra: social) por medio de reglas previamente dispuestas y que, además, es necesario tomar conciencia del hecho de que, ***si los fundamentales criterios reguladores se obtienen principalmente del conjunto de valores normativos, el orden público no puede considerarse agotado en su genérica previsión.*** Dicho autor es citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan; op. cit., pág. 261.

³⁶¹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex; op. cit., pág. 431.

³⁶² VEGA MERE, Yuri; op. cit., pág. 189.

³⁶³ DEL DOTTO, Brunella; sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio, en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffré, Milano. 1999, fasc. 2-3. Citado por VEGA MERE, Yuri; op. cit., pág. 189.

funciona sobre la ilicitud del contenido de un pacto convivencial y no sobre el pacto propiamente dicho; por consiguiente, se puede determinar que dicho contrato no va contra el orden público, lo que quiere decir que se podría regular en nuestra legislación familiar y contractual³⁶⁴.

Nuestra posición al igual que YURI VEGA MERE³⁶⁵ y BENJAMÍN LLANOS³⁶⁶ es que los pactos concubinarios *se pueden realizar solo a las uniones de hecho que se encuentren inscriptas o registradas*, ya que la negativa de concederles a las parejas que se encontraban en concubinato propio, la elección de un régimen económico (sociedad de gananciales o de separación de patrimonios), se fundamentaba en que tales uniones no tenían registro y por lo tanto un posible cambio de régimen iba a generar inseguridad e incertidumbre, sobre todo con los terceros que contraten con la unión de hecho.

En consecuencia, existiendo actualmente registro de uniones de hecho, es posible la elección de un régimen patrimonial de separación de patrimonios, pero solo para las parejas registradas, pues, como se ha dicho al formar familia las uniones de hecho se encuentran protegidas por el Estado; por esta razón, es pertinente que exista igualdad de oportunidades entre las familias derivadas del matrimonio, sin hacer distinción de la institución jurídica en la que nazcan.

Es claro que los pactos, se presentan como una mejor solución a la aplicación de un régimen legislativo que pretende ser asfixiante. Por ello, nos adherimos a la postura de Yuri Vega Mere al decir que no se diga que no es conveniente ampararse en la doctrina Italiana bajo el argumento de que, en Italia, al no existir normas para el concubinato, ha tenido que ser la Corte de Casación la que admita los pactos, mientras que en el Perú si hay legislación al respecto. También son admitidos por el Segundo Tribunal en España, sosteniendo que no veo impedimento, ni ilicitud ni inmoralidad, para dar cabida a estos acuerdos. ¿Qué lo prohíbe? ¿Una interpretación excesivamente literal del artículo 326 del Código Civil? La sociedad de gananciales como régimen debería ser supletorio. Es la tendencia; así ocurre en Francia con el PACS, en algunas legislaciones autonómicas de España o en Bélgica³⁶⁷.

En esta misma línea, considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc³⁶⁸. Toda vez que, *los pactos de las uniones de hecho propias, no*

³⁶⁴ CÉSPEDES MOLINA, María Amalia; op. cit. pág. 97.

³⁶⁵ VEGA MERE, Yuri; op. cit., pág. 191.

³⁶⁶ BENJAMÍN AGUILAR, Llanos; op. cit., pág. 87.

³⁶⁷ VEGA MERE, Yuri; op. cit., pág. 192.

³⁶⁸ VEGA MERE, Yuri; op. cit., pág. 192.

atentan contra el interés general ni principios de orden superior como los políticos, económicos, morales, que garantizan la subsistencia de la familia como base de la organización social de un Estado.

Como se ha podido apreciar la falta de definición unívoca sobre el orden público, implica que se modifica continuamente en la medida que evoluciona la sociedad. Por ello, se le entiende como un “modelo societario definido por el derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores”, más aun cuando nos referimos a la evolución de la familia donde la realidad supera a las normas jurídicas estáticas, creando diferentes tipos de familia que paradójicamente no se encuentra definida en nuestro Código Civil Peruano de 1984 ni en la Constitución Política del Perú de 1993. En otras palabras el orden público está compuesto por los principios (no solo jurídico sino sociales, económicos, morales, religiosos entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad.

En este sentido, al lado del **concepto estático del orden público** como límite de la autonomía privada debemos considerar el **concepto dinámico de éste**, entendido como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes. Un ejemplo en el ámbito legislativo lo encontramos en la Constitución Italiana, cuyo artículo 3, segundo párrafo establece que:

[...] Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país.

Así, se sostiene que el orden público dinámico: “se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico” y:

[...] admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas entre supuestos de hecho abstractos y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación³⁶⁹.

La jueza MARÍA MERCEDES SOSA explica cómo el operador del Derecho debe utilizar el orden público propiamente en el Derecho de Familia: “El juez de familia debe tener presente que la autonomía de la voluntad no se contrapone con la afirmación de orden público en el derecho de familia, sino que éste resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquello”³⁷⁰.

³⁶⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Jorge; op. cit. pág. 263.

³⁷⁰ *El rol del juez en el Derecho de Familia*; En: <<http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/roljuezprocesoflia.pdf>>, consultado el 21 de noviembre del 2017.

11.2. BUENAS COSTUMBRES.

El calificativo “buenas” es el signo de la penetración de la moral al derecho, la noción de “buenas costumbres” responde a la exigencia del respeto debido a las reglas morales de la convivencia social. Por lo tanto, esta apreciación de calificar como buena o mala a la costumbre es una tarea puramente axiológica, pues una misma valoración va cambiando su signo de positivo a negativo, según las épocas y lugares; los usos, costumbres y hábitos que hoy son considerados como deshonestos, indecorosos y atentatorios contra el honor y la reputación de la persona, mañana pueden ser calificados no solo de morales, sino hasta de necesarios e inexcusables³⁷¹.

Sin embargo, como advierte BORGA que por encima de esa mutabilidad de normas o cánones, existen valoraciones fundamentales en todos los ordenamientos jurídicos, que hacen a la estabilidad de las decisiones en cuanto se inspiran en ideales puros, hacia los cuales se proyectan en sus valoraciones positivas la conducta de los miembros de la comunidad. En ellos, de un modo u otro, se está inmerso en cuanto son los que presiden, orientan o inspiran las distintas esferas del valor respectivo de aprobación de la comunidad³⁷². Por ejemplo en la cultura occidental, esos cánones fundamentales están dados por la filosofía greco latina y por la religión, en especial la cristiana a cuyos fundamentos habrá que recurrir cada vez que exista la necesidad de apreciar si determinada conducta es buena o mala.

Es cierto que la regla jurídica en su aspecto axiológico nos indica cuando una costumbre es buena o mala, pues toda costumbre que no contradice al ordenamiento jurídico es buena y por eso será permitida, en cambio, toda costumbre *contra legem*, inevitablemente deviene en ilícita y, por tanto, es valorada como mala, por lo cual está prohibida. Los valores consagrados por la obra de la comunidad que han sido positivizados (elevados a la categoría de norma jurídica) en la Constitución y en las leyes, es lo que se conoce como costumbre *secundum legem*; en tal virtud, esta costumbre conforme a la ley es buena y lo es también la costumbre interpretativa, o sea, aquellas prácticas uniformes y constantes de dar a la ley un concreto sentido, y así se hace porque se considera que es bueno³⁷³.

Opina LEÓN BARANDIARÁN que las buenas costumbres ponen al derecho en relación con la moral; lo contrario a las buenas costumbres, vale decir, lo inmoral, lo ilícito es reprobable jurídicamente³⁷⁴. Siempre resulta posible hacer la discriminación entre lo lícito o lo ilícito, lo moral o lo inmoral, para poder pronunciar

³⁷¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; “Introducción al Derecho”, 2da. Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia, en colaboración con IDEMSA, Lima Perú, Santa Fe de Bogotá, 2001, pág. 481.

³⁷² ERNESTO EDUARDO BORGA; “Buenas Costumbres”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t II. Buenos Aires, 1985, pág. 514. Citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; op. cit., pág. 481.

³⁷³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; op. cit., pág. 82.

³⁷⁴ LEÓN BARANDIARÁN, José; “Curso Elemental de Derecho Civil Peruano” - Parte General del Derecho Civil, Título Preliminar, el Derecho de las Personas en el Código Civil, Lima 1973. Pág. 33.

la nulidad del pacto que atenta contra lo primero. Más lo anterior no significa la confusión entre moral y derecho; ***la ley no prohíbe el pacto que se oponga a la moral, sino el que es contrario a las buenas costumbres***; “el Derecho no exige todo lo que la moral exige (la caridad, por ejemplo), ni prohíbe todo lo que ella prohíbe (no entra en general en el mundo de las intenciones), pero el derecho no permite lo que es notoria y objetivamente inmoral”.

Hay que tener en cuenta que la regla jurídica no es la única norma de vida, sino que hay otros valores a los cuales se atiene la comunidad para calificar una costumbre como buena o mala; esos valores son religiosos, filosóficos, políticos, sociales, etc. Por lo tanto, adecuándolo a nuestro trabajo el cambio del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios a través de los pactos, es pertinente considerar como límites en el contenido de las cláusulas de dichos pactos a las buenas costumbres, ya que nuestro ordenamiento jurídico peruano no impide la creación de un contrato o convenio patrimonial en las uniones de hecho; y al ser las buenas costumbres límites entre lo lícito e ilícito, es un concepto que no figura como estático, ya que con el pasar de los años cambia la noción de buenas costumbres, sea de carácter sexual, familiar o privado. Como lo vemos en la actualidad que décadas atrás era inimaginable creer que nuestra legislación peruana regularía el tema de las parejas unidas por un vínculo distinto al matrimonio. Anteriormente, cuando el término familia solo era establecido por el matrimonio, se podría pensar que regular sobre una situación patrimonial entre concubinos era algo inmoral que iba en contra de las buenas costumbres, pero ahora, con el comportamiento social, regular este tipo de situaciones se ha convertido en toda una necesidad.

Las buenas costumbres, por constituir el respeto debido a las reglas morales de convivencia, se encuentran integrando, sin agotarlo, el concepto de *orden público*. Finalmente en el Código Civil unas veces hace referencia conjuntamente a ambos conceptos: orden público y buenas costumbres (arts. 6, 96, 104, 120, 1681, 1697, 2049, 2050, 2104); otras veces a penas se refiere al concepto de buenas costumbres (arts. 515 y 738); en algunas ocasiones solo menciona al orden público (arts. 13, 1328 y 2060); y otras veces se refiere conjuntamente a la moral y las buenas costumbres (art. 1913).

En consecuencia, como indicáramos tomando en cuenta las limitaciones a la libertad contractual establecidos en el artículo 1354 de nuestro Código Civil, cuando señala que: “*Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo*”. Esta norma debe interpretarse de manera sistemática con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que contiene una causal de nulidad de los actos jurídicos, precisando que estos serán nulos si son contrarios a las leyes que interesa al orden público y a las buenas costumbres (*estas buenas costumbres se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que corresponde calificar al Juez*).

La Constitución Política cuenta con una norma que encaja dentro de esta limitación, aunque referida a la libertad contractual (art. 2. numeral 14). Los límites considerados en los citados instrumentos legales tienen su razón de ser en la naturaleza imperativa de las normas, dentro de las que espacio tiene tanto las normas que interesa al orden público, como a las buenas costumbres, toda vez que la infracción a cualquiera de ellas viene sancionada con nulidad por su ilicitud, precisamente³⁷⁵. Por tanto, podemos establecer que no se limita la posibilidad de crear en nuestro país el instituto jurídico del contrato patrimonial en la unión de hecho. Esto se debe a que las personas que viven bajo este supuesto no violentan las normas morales y las buenas costumbres; todo lo contrario, es una forma de familia más que se ha creado con el pasar de los tiempos³⁷⁶.

12. LA FORMA Y EFICACIA DE LOS PACTOS CONVIVENCIALES.

En cuanto a la forma de los pactos, nuestra legislación nacional adopta el principio de libertad de forma previsto en el artículo 143 del Código Civil, pudiendo otorgarse a través de un documento público o privado. No obstante, nuestra propuesta de *lege ferenda*, sobre la incorporación de los pactos para el cambio del régimen patrimonial en las uniones de hecho en el artículo 326 del Código Civil es que, estos pactos se otorguen en escritura pública, puesto que si el pacto contenido en un documento privado fuera elevado a escritura pública y luego inscrito en el Registro de las Uniones de Hecho de los Registros Públicos, se otorgará el beneficio a los convivientes de contar con un título cuya ejecución, de mantenerse discrepancias entre ambos, se haría judicialmente exigible. Mientras que si los pactos lo encontráramos solamente en documento privado, su eficacia exigirá una previa sentencia para lo cual habría que acudir a un procedimiento judicial declarativo dependiendo de la cuantía.

En consecuencia, si se logra establecer mediante la modificación del artículo 326 del Código Civil, la obligatoriedad de que los pactos se celebren bajo una forma solemne como es una escritura pública, tal forma debe respetarse bajo sanción de nulidad; y como se ha mencionado, estos pactos deben encontrarse inscritos en Registros Públicos, con la finalidad de brindar una seguridad jurídica a terceras personas, que pudieran realizar actos jurídicos sobre el patrimonio de los concubinos. Así pues, como estamos hablando de contratos se aplicaran las Disposiciones Generales sobre Contratos en General del Libro VIII “Fuentes de las Obligaciones”,

³⁷⁵ LEYVA SAAVEDRA, José; “Autonomía Privada y Contratos”, En: Revista Oficial del Poder Judicial, año 4-5, N° 6 y N° 7 / 2010 – 2011, Pág. 288, En: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc/12.+Doctrina+Nacional+-+Jos%C3%A9+Leyva+Saavedra.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc> (consultado: 20 de noviembre del 2017).

³⁷⁶ CÉSPEDES MOLINA, María Amalia; op. cit., pág. 98 y 99.

que en su **artículo 1352**³⁷⁷ del Código Civil, regula la perfección de los contratos, reconociendo que los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, **deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad** y que debe concordarse con el **artículo 1356**³⁷⁸ del Código Civil, ya que, si la forma de los pactos están regulados en una ley, sujetos a una elevación de escritura pública e inscritos en Registros Públicos bajo sanción de nulidad, constituirán una forma *ad solemnitatem*; caso contrario, si no, se cumplieran estos requisitos, los pactos convivenciales serían nulos. Por tanto la naturaleza de esta disposición legal **sería imperativa**.

A manera de *ilustración, en el derecho comparado*, **no todas** las legislaciones de las Comunidades Autónomas en España exigen uniformemente la misma forma, por lo que, el principio de libertad de forma tiene una serie de excepciones, podemos señalar cuatro categorías de forma exigida por sus respectivas Comunidades: a favor de la *libertad de forma* se muestran CC.AA. como Cataluña, Baleares y Andalucía; exigen *escritura pública constitutiva* Aragón, Valencia, Madrid, Extremadura y Cantabria; *únicamente han de tener forma escrita* en Navarra, Asturias y País Vasco; el ultimo nivel de exigencia, es el presente en Canarias, pues adopta una posición muy ambigua, y realmente no se sabe la forma que se exige para los pactos, ya que trata de mostrarse a favor de la libertad de forma, *exige que los acuerdos consten en escritura pública o en otro documento* que reúna las condiciones de autenticidad³⁷⁹.

Por otra parte, los pactos aunque su forma es libre mayoritariamente pueden ser pactos **expresos o tácitos**, aunque es preferible que sea un *acuerdo expreso*, lo cual proponemos en nuestra investigación, porque en el supuesto de que fuera tácito, sería muy complejo averiguar si estamos ante un supuesto derivado de una convivencia o si ha existido por parte de los convivientes un verdadero compromiso de asumir obligaciones; por ello, los pactos tácitos solo podrán deducirse por evidencias y comportamientos claros que demuestre la existencia de la voluntad de las partes.

Así por ejemplo, en la legislación española, respecto a la *aceptación de los acuerdos tácitos*, la Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 18 de mayo del 2008 dispuso que: “No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta sala ha admitido los pactos

³⁷⁷ **Artículo 1352.- Perfección de los Contratos:** “los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, **deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad**”.

³⁷⁸ **Artículo 1356.- Carácter Supletorio de las Normas sobre Contratos:** “las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

³⁷⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, D.; “Prestaciones Económicas como Consecuencia de la Ruptura de las Parejas no Casadas”, 1ra. Edición, editorial Thomson-Aranzandi, Pamplona, 2007, pág. 44, citado por: VALLEJO ORTIZ, Claudia; op. cit., pág. 18.

tácitos, que se pueden deducir de los *facta concludentia*³⁸⁰”. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 5 de Diciembre del 2005, dice que: “habrán de ser los convivientes a través de un pacto expreso o tácito manifestado en la aportación continua y duradera de las ganancias de su trabajo al acervo común, los que evidencien su inequívoca voluntad de ser comunes todos o algunos de los bienes adquiridos a título oneroso mientras duró la unión de hecho”. Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de septiembre del 2005 establece en su fundamento primero que: “También hay que decir que en la unión de hecho en cuestión no existe una plasmación de un pacto expreso en este sentido. Pero, ahora bien, si se puede afirmar la admisibilidad de unos pactos tácitos -*facta concludentia*- en el presente caso, y así se infiere del exhaustivo análisis hermenéutico efectuado en la sentencia recurrida, que por su racionalidad y lógica debe ser mantenida en esta fase procesal”. Y aún dice más: “Y así es, si se parte de dos premisas, como son, uno, que la duración de la unión -al menos diez años- y otra, la explotación comercial en común -una venta de artesanía-, con todo un juego de cuentas bancarias en común. Como conclusión, hay que decir que hay datos suficientes para determinar que en dicha unión de hecho existía la voluntad de creación de un patrimonio común que corresponde dividir”³⁸¹.

Cabe citar entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provisional de Coruña del 8 de Julio del 2010 que rechaza la aplicación del régimen económico matrimonial al no existir hechos que evidencien la voluntad de los convivientes de someterse a dicho régimen, al obtener ingresos cada uno por cuenta ajena y por el hecho de que adquirieron un inmueble bajo expreso régimen de comunidad ordinaria cuando la voluntad era la de compartir. A raíz de dicha sentencia, se puede señalar la posibilidad de aplicación del régimen de sociedad de gananciales cuando exista una aportación duradera y continuada de sus ganancias o de su trabajo al acervo común, es decir, cuando existan hechos concluyentes a través de los cuales se pueda deducir un pacto y atendiendo siempre a las circunstancias de cada caso. De este modo se señala en dicha sentencia lo siguiente: “No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso, admitiéndose los pactos tácitos que se pueden deducir de los *facta concludentia*, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 de junio de 1998, 26 de enero del 2006 y 8 de mayo de 2008)”³⁸².

De lo anterior, se puede entender en cuanto a la opinión de la *jurisprudencia Española*, que la mayor parte aboga por la posibilidad de que a través de los pactos

³⁸⁰ **FACTA CONCLUDENTIA.**- Actos realizados por una persona que hacen suponer, por la conducta que en ellos se refleja, una voluntad; constituyen una declaración implícita de voluntad engendradora de un negocio jurídico. Por ejemplo, el heredero que paga una deuda da a entender que aceptó la herencia. Significado extraído de: GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; “Diccionario de Derecho Romano”, Instituto Editorial Reus, S.A, Madrid, 1982, pág., 244.

³⁸¹ RAMÓN-LIIN MARTÍNEZ, Ángels; op. cit, pág. 283.

³⁸² VALLEJO ORTIZ, Claudia; op. cit., pág. 24.

puedan estipularse la aplicación de *cualquier régimen económico matrimonial* y la aplicación de leyes de índole patrimonial como la comunidad de bienes o la sociedad universal. Pudiéndose apreciar *dos momentos en la jurisprudencia*: el *primero* en que las uniones de hecho no podían ser consideradas a todos los efectos como supuestos o realidades equivalentes a las uniones matrimoniales, y que por ello no rigen para aquellas las normas específicamente establecidas para estas últimas; por ende, se rechazaba la aplicación analógica de las normas de los regímenes económicos matrimoniales y de la comunidad de bienes; tal criterio ha sido modificado por sentencias posteriores, entre las que se pueden citar las de 4-4-97 y 23-7-98, según las cuales, y esto es el *segundo momento*, cabe la posibilidad de considerar que la unión no matrimonial lleve aparejado el surgimiento de un régimen de comunidad de bienes, llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario, o de *cualquier otra forma*, cuando los convivientes a través de un *pacto expreso o tácito*, manifestado en la aportación continuada y duradera de las ganancias de su trabajo al acervo común, evidencien que su inequívoca voluntad fuera de ser comunes todos o algunos de los bienes adquiridos a título oneroso mientras duró la unión de hecho.

13. CONTENIDO DE LOS PACTOS.

En lo que respecta al contenido de estos pactos concubinarios encontramos en la doctrina dos posibilidades: algunos autores como por ejemplo VARGAS ARAVENA, que sostiene que el contenido de los pactos ha de ser exclusivamente patrimonial y que a través de ellos no pueden regularse los efectos personales que regulan la convivencia, mientras que existen otros autores que amplían el contenido de los pactos entre convivientes, donde también pueden abarcar las cuestiones de índole personal, como por ejemplo, DE AMUNÁTEGUI, que señala que “el tema está más relacionado con los límites propios de la libertad de pactos que con los derechos y deberes propios del matrimonio, es decir, que abría que admitir pactos personales siempre que no atenten contra la moral, el orden público o las leyes³⁸³”.

Los pactos patrimoniales entre concubinos que tiene como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos. Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos.

Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales convenios podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia necesidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Inclusive,

³⁸³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Reconocimiento de Pensiones y Compensaciones en la Ruptura de las Parejas no Casadas”, en libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, págs. 223 – 244, pág. 164 y ss.

no veo inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aun después de la conclusión de la unión. También puede estipularse regalías para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo DEL DOTTO³⁸⁴, basándose en el principio constitucional de que toda persona tiene derecho a la libertad y de lo que no está prohibido está permitido (Constitución Política del Perú, artículo 2 num. 24 literal a), concordado con el art. 2, num. 14, donde toda persona tiene derecho a: contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Adicionalmente a estos acuerdos, se pueden *celebrar pactos sobre los bienes que se adquieran como comunes* y luego inscribirlos en el registro personal de Registros Públicos, (previo reconocimiento notarial o judicial de la convivencia), con la finalidad de que se brinde seguridad jurídica, otorgándoles publicidad sobre la titularidad y de su contenido ante terceros, que pudieran haber celebrado actos jurídicos con los convivientes. También se podría pactar que sobre un bien social, un concubino transfiera su cuota o porcentaje y el otro quede obligado a hacerla con la propia; siempre claro está, que no derive de ello, un abuso de derecho por parte de uno de los concubinos. De esta manera, al tener la obligación de registrar la convivencia en el registro público mencionado, se podría celebrar pactos sin ningún problema sobre la disposición de un bien social en las uniones de hecho, mediante la analogía del art. 315 del Código Civil, respecto a la intervención de los dos convivientes para la transferencia de un bien social, primando así, la autonomía de la voluntad de ambas partes. Por tanto, como ahora ya se encuentran inscritas las uniones de hecho, no podría un tercero que adquiriera bienes muebles o inmuebles de uno de los concubinos, alegar el desconocimiento de la propiedad, por ejemplo, decir que tiene la propiedad del bien mueble por haberlo adquirido de buena fe, conforme lo establece el artículo 948 del Código Civil, sobre la adquisición a *non dominus*, ni tampoco el otro concubino presente una demanda de tercería de propiedad o nulidad del acto jurídico sobre disposición de los bienes comunes.

En el Perú por existir la teoría de la equiparación del matrimonio al concubinato, según la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre pensión de viudez de los convivientes supérstites y encontrarse publicitadas las uniones de hecho, nada impediría que los pactos o contratos se configuren como típicos, donde posiblemente resolverán mejor las controversias patrimoniales entre los convivientes interesados, por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada.

³⁸⁴ CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Tomo II - Derecho de Familia (Primera Parte), 1ra. edición, Editorial Gaceta Jurídica, S.A., Lima, 2003, pág. 416. En: <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>, visitado el 20 de julio del 2017.

En esta misma línea, considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartarse de la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgarse un documento, mediante escritura pública, en el cual establezcan aquellos bienes que adquirieron y estipulen la forma en que se liquidara tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

Es claro que los pactos a los cuales se alude, se presenta como una mejor solución a la aplicación de una presunción legal de circunscribir a los convivientes, de forma obligatoria, un solo régimen patrimonial de la comunidad de bienes, que en el fondo es el de sociedad de gananciales, pudiendo estos acuerdos resolver mejor las controversias patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada.

CAPITULO VII

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS (HALLAZGOS Y ANÁLISIS)

I. ANÁLISIS.

1. **OBJETIVO GENERAL.-** Proponer la **validez de pactos** o acuerdos entre los convivientes por más de dos años continuos para cambiar (al igual que en el matrimonio) el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y poder los concubinos **disponer de los bienes comunes** por estar ahora legislados dentro del régimen de sociedad de gananciales.

HALLAZGO 1: DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL.

- Antes de los dos años de convivencia no existirá sociedad de bienes, por lo que se debe situar a los bienes adquiridos en dos categorías. Si el bien fue adquirido por uno sólo de los convivientes debe operar las reglas de los bienes propios, es decir el bien pertenece al adquirente. Si el bien determinado fue adquirido por ambos convivientes, entonces deberán operar las reglas de la copropiedad. Una vez cumplido el plazo señalado, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicará las reglas del régimen patrimonial de sociedad de gananciales.
- Antes del cumplimiento del plazo de dos años de convivencia, los convivientes deben probar su participación en la comunidad de bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume, mientras que una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los mismos, correspondiendo la probanza a aquel que alega la calidad de bien propio.
- En el aspecto patrimonial la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable. Negando la jurisprudencia el cambio de régimen patrimonial convivencial a través de pactos, argumentando que es único y forzoso, pudiendo sólo los cónyuges realizar convenciones matrimoniales.
- Además se ha descubierto que en la actualidad, se aplica de forma parcial e incompleta la *analogía legis* de la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes, pues esta solo opera cuando no restrinja derechos; sin embargo, al no aceptar el cambio del régimen patrimonial de los convivientes, se vulnera el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que no permite su aplicación en el ordenamiento jurídico cuando restringe derechos de las partes.

HALLAZGO 2: VALIDEZ DE PACTOS PARA CAMBIO DE RÉGIMEN PATRIMONIAL.

- No existe prohibición normativa para la existencia de pactos que puedan celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simplemente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y sólo en ese momento (cumplidos los requisitos de la convivencia) los bienes se presumirán comunes. Por lo tanto, son válidos.
- El contenido de tales pactos serían: sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta o separada de bienes, sin desatender las necesidades del hogar, inclusive se puede pactar la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, dentro y después de la convivencia, acuerdos sobre reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo, la pensión alimenticia y la indemnización en caso de abandono unilateral. También se podrían extender los pactos convivenciales, de acuerdo a un orden público y buenas costumbres dinámico, reconocido por tratados internacionales de derechos humanos, en acuerdos de transferencia sobre de la cuota o porcentaje de los bienes comunes quedando el otro obligado a hacerlo con la propia; siempre claro está, que no derive de ello, un abuso de derecho por parte de uno de los concubinos.
- Al tener la obligación de registrar la convivencia en el registro personal de registros públicos, se podría celebrar pactos sin ningún problema sobre la disposición de un bien social en las uniones de hecho, mediante la utilización de la *analogía legis* del art. 315 del Código Civil, respecto a la intervención de los dos convivientes para la transferencia de un bien social, primando así, la autonomía de la voluntad de ambas partes.
- Con lo anterior, se podría eliminar la calidad de bienes comunes, pudiendo conservar cada concubino la titularidad de sus bienes y ser responsable de las deudas que contraigan a nivel individual. Por lo tanto, se originaría una verdadera identificación de los bienes y deudas que existieran de cada concubino, al igual que el régimen de separación de patrimonios en el matrimonio
- Si las uniones de hecho termina por mutuo acuerdo, siendo previsible que los interesados pongan fin al régimen de comunidad de bienes que la ley les impone, entonces como no poner fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable, por acuerdos privados, sin intervención del juez.

HALLAZGO 3: LOS PACTOS COMO PRUEBA DEL CONCUBINATO.

- En la actualidad la calidad de concubinos se prueba dentro de un proceso de Declaración Judicial o Notarial de Convivencia, cuya sentencia es de naturaleza declarativa, pues sus efectos son retroactivos³⁸⁵, ya que consagra una situación jurídica preexistente y este efecto es *ex tunc*, no *ex nunc*.
- Para probar la **posesión de estado**³⁸⁶ se necesita que exista un principio de prueba escrita, Según el art. 326 del C.C., sin embargo **nada impide acreditarlo** con cualquier medio establecido por nuestro Código Procesal Civil, como por ejemplo **la prueba testimonial**, debiéndose ampliarse dicho criterio, máxime si nos encontramos dentro de un procedimiento que se rige por la norma adjetiva.
- En los procesos judiciales con litis patrimonial³⁸⁷, donde se reclamen derechos sobre *bienes comunes* entre *convivientes y/o con terceros*, no sería necesario un proceso previo que declare la convivencia, pues bastaría la presentación, en el mismo proceso judicial, de un acuerdo o pacto inscrito en el Registro Personal de Registros Públicos, que determinen dos cosas: la existencia de la unión de hecho y el régimen patrimonial de los bienes comunes (sociedad de bienes sujeta a la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable o el de separación de patrimonios).

HALLAZGO 4 : VENTAJAS DE LOS PACTOS QUE DETERMINAN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL.

- La creación de pactos que determina el régimen patrimonial, evita un grave perjuicio del otro concubino, pues impediría al conviviente que pretenda ser “astuto” disponer de los bienes comunes como si fueran propios, en la espera de la culminación -sentencia- de un proceso de declaración judicial de convivencia.
2. **OBJETIVO ESPECÍFICO.-** Establecer la **obligatoriedad** de la inscripción del concubinato y de los pactos que determinan el régimen patrimonial en el Registro de Uniones de Hecho Municipal y/o en el Registro Personal de

³⁸⁵ Consecuentemente se incluye a la tutela de sus efectos jurídicos al período comprendido entre el inicio de la unión de hecho y la emisión de la sentencia judicial, esto es, al momento del origen de la unión intersexual.

³⁸⁶ **La posesión de estado.-** Es una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, siendo la prueba testimonial la que asume mayor relevancia.

La posesión de estado es una suerte de reconocimiento del principio de primacía de la realidad. Se toma en cuenta lo que verdaderamente sucede y no sólo lo que las partes verdaderamente manifiestan o lo que consta en los negocios jurídicos. La voluntad y el formalismo cede el paso a la demostración primando los intereses existenciales y personificantes. En VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Tratado de Derecho de Familia - Matrimonio y Uniones Estables, T – II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 423.

³⁸⁷ Procesos judiciales como el de División y Partición de Bienes Inmuebles Comunes, Nulidad de Acto Jurídico de Crédito Hipotecario, Tercería de propiedad sobre bienes comunes, etc.

Registros Públicos, para generar seguridad jurídica en las relaciones económicas entre concubinos y terceros.

HALLAZGO 1: LA PUBLICIDAD DE LOS PACTOS RESPECTO A TERCEROS.

- En el caso de terceros que contraten o tengan alguna relación jurídica con uno de los concubinos, sobre los bienes comunes, estarían garantizados sus derechos, *mediante la publicidad de los pactos* que fijan el régimen patrimonial, inscritos en el Registro Personal de los Registros Públicos y en los Registros Municipales de Uniones de Hecho³⁸⁸, en los lugares rurales donde no existan oficinas de esta entidad estatal.
- En la contratación³⁸⁹ de un tercero con uno de los concubinos sobre la adquisición o gravamen de bienes supuestamente “propios”, pero que en realidad son bienes comunes, la publicidad daría seguridad jurídica al otro, permitiendo que *sea emplazado en los procesos judiciales*.
- Dicha publicidad registral que otorgarían los pactos, *eliminaría* la protección a favor de los *terceros adquirentes de buena fe* de bienes muebles -art. 948-³⁹⁰ e inmuebles -art. 2014-³⁹¹, pues en la actualidad si un tercero contrata con uno de los concubinos y el otro reclama, pese a que cuenta este último con una declaración judicial de convivencia previa, el tercero adquirente se verá protegido por dichos artículos, siendo ilusoria dicha declaración.

II. DISCUSIÓN:

El tema que ha motivado la investigación tiene un origen normativo y por tanto teórico, ya que se trata de modificar el régimen patrimonial de sociedad de bienes, en contraposición con la doctrina y jurisprudencia actual, por tanto después de haber estudiado y analizado, carece de relevancia cualquier encuesta a la población en

³⁸⁸ Aplicable donde no existan Oficinas de Registros Públicos, resultando más accesible las Municipalidades del lugar de la convivencia, máxime si allí se encuentran en la mayoría de los casos los bienes comunes.

³⁸⁹ Los pactos y su posterior inscripción generaría un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros, como por ejemplo en el otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda o hipoteca de un bien mueble o inmueble, las afectaciones de los bienes por medidas cautelares, etc.

³⁹⁰ **Art. 948.- Adquisición a “non dominus” de bien mueble:** Quien de *buena fe* y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, *adquiere el dominio*, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo.

Se exceptúan de esta regla los bienes propios y los adquiridos con infracción de la ley penal

³⁹¹ **Art. 2014.- Principio de buena fe pública registral:** El *tercero que de buena fe* adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, *mantiene su adquisición* una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. *La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.*

general, no pudiendo influenciar en el resultado del estudio científico técnico debido a la naturaleza de la institución jurídica estudiada y siendo que esta ocurre con frecuencia en la realidad por el aumento de la familia que debe estar protegida por el Estado.

CONCLUSIONES

3. Jurídicamente no existe norma que prohíba los pactos sobre el cambio del régimen patrimonial del concubinato, por lo que tendrían validez los acuerdos sobre los *bienes comunes* para que sean tenidos como propios, como lo hacen los cónyuges en el matrimonio, correspondiéndole a plenitud la propiedad, administración y disposición de los bienes presentes y futuros, además los frutos y productos que generen dichos bienes.
4. En la actualidad existe la posibilidad del cambio del régimen patrimonial de las uniones de hecho a través de pactos, por seguir la *teoría de la equiparación al matrimonio*, (de conformidad con el Tribunal Constitucional al reconocer el derecho de pensión de viudez al conviviente supérstite), posibilitando que las *capitulaciones matrimoniales* reguladas en los artículos 295 y 296 del Código Civil para los cónyuges, *también serían aplicables a los convivientes*, utilizando de manera adecuada la analogía legis; dichos pactos patrimoniales, son completamente viables, más aún, si en la actualidad se aplica de forma incorrecta la analogía de la sociedad de gananciales, al limitarse con la frase: “en cuanto le fuera aplicable”, debiendo ser la jurisprudencia ordinaria, que como fuente de derecho, deberá corregir ese error.
5. A pesar de ello, ante la ausencia en nuestro país, de una norma que indique a los jueces acerca de la licitud de los pactos entre convivientes para sustituir el régimen patrimonial de la comunidad de bienes (que en la práctica es el de sociedad de gananciales en cuanto le fuera pertinente) al de separación de patrimonios; considero que debe realizarse una modificación del artículo 5 de la Constitución Política del Perú y el artículo 326 del Código Civil de 1984, es decir, mediante *lege ferenda*, evitando cualquier duda o incertidumbre jurisprudencial.
6. Dichos pactos convivenciales serán elevados a escritura pública e inscritos en el Registro Personal de Registros Públicos y en el Registro Municipal de Uniones de Hecho, en los lugares rurales donde no existan oficinas de la SUNARP, permitiendo garantizar e identificar a los terceros que contraten con un concubino, determinar cuáles serían los bienes de su deudor y cuáles del otro concubino, (por ejemplo: casos en que tenga que otorgarse un préstamo bancario, la constitución de una garantía mobiliaria o hipoteca, su afectación por una medida cautelar , etc.).
7. Con lo anterior, se equiparara al régimen de separación de patrimonios en el matrimonio, pues se podría eliminar la calidad de bienes comunes, pudiendo conservar cada concubino la titularidad y administración de sus bienes, siendo responsables de las deudas que contraigan a nivel personal. Por lo tanto, sólo se individualiza la titularidad de los bienes y de ser el caso, deudas privadas.

8. El contenido de los pactos que determinen el cambio del régimen patrimonial podría contener no sólo disposiciones de carácter patrimonial como los señalados, sino también personal, que estipule por ejemplo, : sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar, inclusive se puede pactar la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aún después de la conclusión de la unión, acuerdos sobre reglas para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo, la pensión alimenticia y la indemnización en caso de abandono unilateral.
9. Al poder realizar el cambio patrimonial facultativo de los concubinos del régimen de comunidad de bienes por el de separación de patrimonios estaríamos reconociendo una realidad social que cada día va en aumentado, unificando así la seguridad jurídica para las relaciones económicas entre convivientes y terceros, asimilándose en cuanto le fuere pertinente, a la modalidad del matrimonio, tipificado en el art. 296³⁹².
10. En la actualidad no se aplica de manera completa la analogía legis, que establece nuestro ordenamiento jurídico -art. 326 del C.C. y 5 de la Constitución-, al señalar que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es la sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, argumentándose que los pactos violentarían el régimen patrimonial forzoso y único de los concubinos, constituyendo una aplicación parcial de la analogía como fuente integradora del derecho, vulnerando lo establecido en el artículo IV del T.P. del C.C., al restringir derechos a los convivientes, que voluntariamente quieren disponer de sus intereses patrimoniales dentro de un orden público dinámico, por lo que no podría considerarse de ilícitos dichos pactos.

³⁹² **Art. 296.- Sobre representación de la sociedad conyugal que 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 tienen vigencia desde la fecha de su inscripción.

RECOMENDACIONES

- 13.1. En virtud del Principio de Prueba Escrita (art. 326 del C.C.), los pactos entre concubinos elevados a escritura pública e inscritos en el Registro Personal de los Registros Públicos y los Certificados y Constancias que otorguen, pueden servir para acreditar el concubinato propio, en procesos judiciales donde existan controversias personales o patrimoniales entre convivientes y/o terceros, evitando así duplicidad de procesos judiciales (declaración judicial de convivencia y después reclamación de los derechos patrimoniales afectados) sobre bienes comunes, en contravención del principio de economía procesal.
- 13.2. En los procesos judiciales donde exista controversia patrimonial entre los concubinos y estos con terceros, se podrá presentar la escritura pública donde conste los pactos convivenciales, para determinar la titularidad de los mismos, y el régimen patrimonial elegido
- 13.3. En los lugares donde no existan Oficinas de Registros Públicos o RENIEC, el Registro de Uniones de Hecho Municipal, podría convertirse en una forma más efectiva de la publicidad registral, pudiendo los terceros contratantes acceder a la información con mayor facilidad, dado que muchas veces en la jurisdicción municipal se encuentran enclavados los bienes del concubinato -lex rei sitae-. Como así existen en otros países de Argentina (Buenos Aires), Francia, etc..
- 13.4. De esta manera, considero que se podría evitar medidas cautelares de embargo en forma de inscripción de demanda de declaración judicial de unión de hecho, tratándose de una propiedad (bien mueble o inmueble) adquirido dentro de una convivencia a efectos que frente a terceros se publicite la existencia de un proceso que cuestiona la naturaleza jurídica de dicho bien, porque no se trataría de bien propio sino de un bien social; ya que con la sola constancia expedida por las entidades públicas arriba referidas, se podría dilucidar y solucionar que los bienes son propios por el cambio de régimen patrimonial, de lo contrario sería comunes, al carecer de dichos pactos.

BIBLIOGRAFÍA

AZPIRI, Jorge O; “*Uniones de Hecho*” Editorial Hamurabi S.R.L. Buenos Aires, 2003.

BELLUSCIO. César Augusto; “*Nociones de Derecho de Familia*” T. V. Bibliográfica Omeba, 1968.

BONNECASE JULIEN; “*Tratado Elemental del Derecho Civil*”, Traducción de Enrique Figueroa Biblioteca Clásicos del Derecho, Vol. 1, Editorial Harla, México, 1997

BOSSERT, Gustavo A.; “*Régimen Jurídico del Concubinato*”, 3era. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; “*Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho*”, Fondo Editorial Academia de la Magistratura, Lima, 2014.

CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; “*Uniones de Hecho*”, -Efectos Patrimoniales, Personales, Derechos Sucesorios y su Inscripción Registral-, ADRUS D&L EDITORES S.A.C., Lima, 2015.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS – CODE CIVIL-; Traducción de Álvaro Núñez Iglesias, Editorial Marcial Pons, México D.F. 2005.

CONSTITUCIÓN, CÓDIGOS Y LEYES DEL PERÚ, recopilados y concordados, por Eduardo García Calderón, 4ta Edición, librería e imprenta GIL, S.A. Lima, 1942.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; “*Derecho Familiar Peruano*”, Tomo I, 1ra. Edición, Librería Studium S.A., Lima, 1985.

CORNEJO FAVA, María Teresa; “*Matrimonio y Familia*”, Su Tratamiento en el Derecho, Editorial Tercer milenio, Lima, 2000.

CORVETTO VARGAS, Aníbal; “*Derecho Civil Peruano -Personas Familia-*”, Editorial Lumen S.A., Lima, 1954.

DENISSE ROUILLON, Almeida; “*Bases Romanas Justinianeas Del Concubinato Actual*”, Fondo Editorial de la UNMSM, Lima, 2010.

DU PASQUIER. Claude; “*Introducción al Derecho*”, Editorial jurídica Portocarrero, 5ta edición, Lima, 1994

ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *“Los Principios contenidos en el Título Preliminar en el Código Civil Peruano de 1984”*, Fondo Editorial 2005, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo; *“Diccionario de Derecho Romano”*, Editorial SEA, Buenos Aires, 1962.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *“Derecho Constitucional de Familia”*, editorial Ediar, Argentina, 2006

GÓMEZ, José. J.; *“Régimen de Bienes en el Matrimonio”*, Editorial Temis, Bogota, 1961.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; *“Diccionario de Derecho Romano”*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1982.

GUZMÁN BRITO, Alejandro; *“Derecho Privado Romano”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; *“Derecho Romano -Historia e Instituciones-”*, Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2014.

IGLESIAS, Juan; *“Derecho Romano” -Historia e Instituciones-*, undécima edición, Editorial ARIEL, S.A., Barcelona, 1994.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana; *“Código Civil Comentado”*, Tomo II, Derecho de Familia, 2da. Edición, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2007

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *“Las Uniones de Hecho en el Derecho Internacional Privado Español”*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999.

LEÓN BARANDIARÁN, José; *“Tratado de Derecho Civil”*, Tomo I (concordado con el Código Civil de 1984), WG Editor, Lima, 1991.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo; *“Reforma del Título Preliminar del Código Civil”*. En *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*, INDEJ y Gaceta Jurídica, Lima, 1988

MEDINA GRACIELA; *“Uniones de Hecho Homosexuales”* Rubinza – Culzoni Editores, Argentina, 2001.

MESSINEO, Francesco; *“Manual de Derecho Civil y Comercial”*, Tomo I, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1979.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, PRESIDENCIA DE LA NACIÓN; “*Código Civil y Comercial de la Nación*”, Presidencia de la Nación: Dra. Cristina Fernández de Kirchner, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica.

NESPRAL, Bernardo; “*El Derecho Romano en el Siglo XXI*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 2002.

NORBERTO BOBBIO; “*Teoría General del Derecho*”, 3 ed., editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1999.

PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; “*Derecho de Familia en el Código Civil*”, 2 da. Edición, Editorial IDEMSA E.I.R.L., Lima, 2002.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F.; “*Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y de las Uniones estables*”, editorial Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2017.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F.; “*Manual de Derecho de Familia*”, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2002.

PLANIOL, Marcel – Ripert, Georges; “*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*”, trad. por Mario Díaz Cruz, Tomo II, La Habana, 1946.

PLANIOL, Marcel / Georges Ripert; “*Derecho Civil*”, Traducción Pérez Nieto, Leonel, Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen 8, Editorial Harla, México, 1997. Pág. 1341.

QUIÑONES ESCAMEZ, Ana; “*Uniones Conyugales o de Pareja: Formación, Reconocimiento y Eficacia Internacional*”, Editorial, Atelier, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (Coordinador); “*Comentarios al Código Civil*”, Editorial Thomson Aranzandi, S.A., Navarra, 2006, pág. 2100.

RUBIO CORREA, Marcial; “*La Invalidez del Acto Jurídico - Nulidad y Anulabilidad*”, biblioteca para leer el Código Civil, VOL. IX, Fondo Editorial 1992, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

SOLÓRZANO FLORES, Ana María; “*La Familia en la Jurisprudencia en el Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2015

SOLARI, Nestor E.; “*Liquidación de Bienes en el Concubinato*”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1999.

TORRES PAREDES, René; *“Código de Familia”*, con modificaciones y concordancias, Editorial los Amigos del Libro, La Paz – Cochabamba – Bolivia, 1988.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *“Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho”*, Editorial Temis S.A., Bogotá- Colombia, 2001.

VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro; *“Derecho Civil”*, Tomo V -Derecho de Familia-, 7ma. edición, Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; *“Tratado de Derecho de Familia”*, Matrimonio y Uniones de Hecho, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2011.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III, 1ra. edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2012

VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; *“Derecho de Familia”*, Tomo I - Sociedad Conyugal, Editorial Huallaga, Lima, 1998.

VÁSQUEZ Y DEL ÁRBOL, Esther; *“Derecho Civil Comparado Aplicado a la Traducción Jurídica- Judicial”*, Editorial, Dykinson, S.L., Madrid, 2014.

VEGA MERE, Yuri; *“Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia”*, Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo – Perú, 2003.

VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO; *“El Acto Jurídico”*, 6ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2005.

VON HUMBOLDT, Lucrecia Maisch; *“Código Civil Sumillado”*, Editorial Ital Perú S.A., Lima, 1977.

ZANNONI, Eduardo A.; *“Derecho Civil – Derecho de Familia”*, Tomo II, 3ra. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1998.

LINKOGRAFIA

ADVOCATUM ABOGADOS. En: <http://www.advocatum.eus/las-parejas-de-hecho-en-la-nueva-regulacion-civil-vasca/>, visitado el 18 de enero del 2017.

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (2009). En línea www.rae.es

EL CONCUBINATO: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21891/Capitulo2.pdf>, visitado el 06/03/2017.

CONCUBINATO. En: <https://es.wikipedia.org/wiki/Concubinato>, visitado el 06/08/2017.

CADENA SERRANO, Fidel (Coponente); “*Las Relaciones Sentimentales More Uxorio en el Derecho Civil y en el Derecho Penal*”, En: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n000991_parejas%20de%20hecho.pdf, visitado el 15 de enero del 2017, Google.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Tomo II – “*Derecho de Familia*” (Primera Parte), 1ra. edición, Editorial Gaceta Jurídica, S.A., Lima, 2003, pág. 416. En: <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>, visitado el 20 de julio del 2017.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA Texto originario de la Constitución de la República italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1 de enero de 1948, actualizado con las modificaciones introducidas por las leyes de revisión constitucional. En <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>, visitado el 16 de julio 2017

DIVISIÓN DE COSA COMÚN Y EL DERECHO DE USO, Por [Inmaculada Castillo](#), 9 de septiembre, 2017 <https://www.mundojuridico.info/division-de-cosa-comun-y-el-derecho-de-uso/>, visitado el 5 de diciembre del 2017

MALDONADO DE LIZALDE, Eugenia; “*Lex Iulia Maritandis Ordinibus, Leyes de familia del Emperador César Augusto*”, pág. 542 y 543, sitio web: [file:///C:/Users/user/Downloads/29642-26793-1-PB%20\(7\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/29642-26793-1-PB%20(7).pdf), visitado el 08 de febrero del 2017, visitado el 18 de mayo del 2017

MEDINA Graciela; ¿son válidos los convenios que regulan las relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales?, En: <http://www.gracielamedina.com/son-validos-los-convenios-que-regulan-las-relaciones-patrimoniales-entre-los-convivientes-homosexuales/> visitado el 16 de junio de 2017.

PIZARRO SUAREZ, Carlos; “*Parejas de hecho Aspectos Patrimoniales y Comunidad de Bienes*”, edición electrónica de la Universidad Internacional de Andalucía, España, 2012, pág. 8. En: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2110/0343_Pizarro.pdf?sequence=1, visitado el 08 de septiembre del 2016.

RAMÓN-LIIN MARTÍNEZ, Àngels; “*Los Pactos Económicos en las Uniones de Hecho*”, Tesis Doctoral, Programa de Doctorat en Dret, Ciència Política i Criminologia, Facultat de Dret, Vniversitat De Valencia, mayo, 2016, pág. 276. En: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/57087/TESIS%20DOCTORAL%20PDF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, visitado el 10 de octubre del 2016.

VALLEJO ORTIZ, Claudia; “*Pactos entre Convivientes: Libre Desarrollo de la Personalidad*”, Trabajo Fin de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Rioja, España, 2015/2016. En: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001292.pdf, visitado el 22 de octubre del 2017.

ANEXOS

VIII. CRITERIO JUDICIAL PARA DECLARAR LA NULIDAD, POR FALTA DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, DEL ACTO DE DISPOSICIÓN DE UN BIEN SOCIAL REALIZADO POR UNO DE LOS CÓNYUGES SIN LA INTERVENCIÓN DEL OTRO

CASACIÓN Nº 1634-99-PUNO

Lima, doce de octubre de mil novecientos noventinueve.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.- Vista la causa número mil seiscientos treinticuatro - noventinueve, con los acompañados; en la Audiencia Pública de la fecha; y, producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Carmela Toro Gonzáles de Ildefonso a fojas mil dieciséis, contra la resolución de vista de fojas mil cinco, de fecha catorce de mayo del presente año, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que revocando la apelada de fojas novecientos cuarentinueve de fecha cinco de marzo del mismo año, declara fundada la demanda de fojas trece en los extremos de otorgamiento de escritura pública y entrega de bien inmueble e infundada en el extremo de cobro de frutos, e infundada la demanda de fojas quinientos cincuenta sobre nulidad de acto jurídico de compraventa y del documento que lo contiene, y la confirma en la parte que declara infundada la demanda de fojas quinientos cincuenta en cuanto a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La casación se funda en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, por la inaplicación del artículo trescientos quince del Código Civil, en concordancia con el inciso primero del artículo doscientos diecinueve del mismo código;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, concedido el recurso de casación a fojas mil veinticuatro, fue declarado procedente por resolución de fecha tres de agosto de mil novecientos noventinueve, por la causal denunciada;

Segundo.- Que, la justiciable sostiene que la propia sentencia impugnada reconoce que el inmueble materia de compraventa es un bien social y que en el contrato de compraventa no ha intervenido la cónyuge ahora recurrente doña

Carmela Toro Gonzáles de Ildefonso, no obstante lo cual concluye que el acto jurídico reúne todos los requisitos para su validez;

Tercero.- Que, efectivamente en el sexto considerando de la impugnada se ha establecido que el inmueble ubicado en el jirón Ricardo Palma sin número de la ciudad de Puno, es un bien social perteneciente a la sociedad conyugal conformada por don Mauro Ildefonso Yanac y la recurrente;

Cuarto.- Que, la Sala de Mérito señala en su cuarto considerando, que el contrato de compraventa que contiene la minuta de fecha diez de noviembre de mil novecientos noventidós, reúne todos los requisitos exigidos para la validez del acto jurídico;

Quinto.- Que, siendo esto así, resulta que se ha inaplicado el artículo trescientos quince del Código Sustantivo, que imperativamente establece que para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere de la intervención del marido y la mujer;

Sexto.- Que, de ello resulta que al no concurrir la manifestación de voluntad de la recurrente, también se ha inaplicado el inciso primero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil, por cuanto dicho inmueble fue dispuesto unilateralmente por el esposo, acto jurídico que resulta viciado de nulidad absoluta, porque no intervino la cónyuge recurrente.

Sétimo.- Que, en consecuencia, se configura la causal de inaplicación de normas de derecho material objeto del recurso, por lo que en atención del inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Adjetivo corresponde resolver el conflicto de intereses sin devolver el proceso a la instancia inferior.

SENTENCIA:

Por los fundamentos precedentes: declararon **FUNDADO** el mencionado Recurso de Casación interpuesto por doña Carmela Toro Gonzáles de Ildefonso a fojas mil dieciséis; en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas mil cinco, de fecha catorce de mayo de mil novecientos noventa y nueve; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la apelada de fojas novecientos cuarentinueve, su fecha cinco de marzo del presente año, que declara improcedente la demanda de fojas trece sobre otorgamiento de escritura pública, cobro de frutos y entrega de inmueble; fundada la demanda acumulada de fojas quinientos cincuenta sobre nulidad de acto jurídico y del documento que lo contiene; en consecuencia declara nula y sin valor la minuta sobre compraventa celebrada el diez de noviembre de mil novecientos noventidós entre Mauro Ildefonso Yanac como vendedor y Mariano Quispe Ordóñez y Guillermina Cahuana Ortega como compradores sobre el inmueble urbano ubicado en el jirón Ricardo Palma sin número de la ciudad de Puno, e infundada la pretensión sobre indemnización por daños y perjuicios; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, en los

seguidos por doña Guillermina Carhua Ortega y otro contra doña Carmela Toro Gonzáles de Ildefonso y otro sobre otorgamiento de Escritura Pública y otro; y los devolvieron.

SS. URRELLO A., ORTIZ B.; SÁNCHEZ PALACIOS P.; ECHEVARRÍA A.; CASTILLO LA ROSA S.

K. CRITERIO REGISTRAL POR EL QUE SE PRECISA QUE LA COMUNIDAD DE BIENES ES EL ÚNICO Y FORZOSO RÉGIMEN PATRIMONIAL QUE SE ORIGINA DE LAS UNIONES DE HECHO PROPIAS

RESOLUCIÓN N° 343-98-ORLC/TR

TRIBUNAL REGISTRAL

Apelante : Luis Alberto Gonzales Carrasco
Origen : Lima
Asunto : Registro personal
Fecha : 30 de setiembre de 1999.

VISTO, el recurso de apelación interpuesto por don Luis Alberto Gonzales Carrasco, mediante Hoja de trámite Documentario N° 22701 del 4 de setiembre de 1998, contra la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales de Lima, Dra. Silvia Carolina Barahona Mendoza, a la solicitud de inscripción del acuerdo de separación de patrimonios de una unión de hecho, en mérito a partes notariales de escritura pública. El título se presentó el 23 de julio de 1998 bajo el N° 123382. La registradora denegó la inscripción en los siguientes términos: **“Conforme a lo prescrito por los arts. 295 y 296 del Código Civil sólo pueden optar por el régimen de Sociedad de Gananciales o de Separación de Patrimonios quienes van a contraer matrimonio o los que habiéndolo contraído quieren variarlo por otro; esto es que, sólo los casados y los contrayentes se encuentran en los supuestos de las normas sobre régimen patrimonial. En el presente caso, los que pretenden constituir un régimen patrimonial se encuentran**

unidos de hecho, no encontrándose en los supuestos aludidos. Cabe indicar que el art. 326 del Código Civil establece para los convivientes, que entre otros supuestos estén unidos por dos años, una sociedad de bienes que se sujetará al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable; vale decir, no precisamente constituye para ellos el Régimen de Sociedad de Gananciales, ni se les faculta a variarlo por otro. Menos aún si todavía no han cumplido dos años de unidos. En consecuencia no resulta inscribible el acto solicitado”, interviniendo como Vocal Ponente el Dr. Luis Alberto Aliaga Huaripata; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el título venido en grado Leticia Francisca Vásquez-Solís Martín y José Antonio Mayorga Antón solicitan la inscripción del acuerdo de Separación de Patrimonios, en mérito a partes notariales de la escritura pública del 13 de mayo de 1997 otorgada ante el Notario Público Dr. Julio Antonio del Pozo Valdez;

Que, las referidas personas declaran que “mantienen una unión de hecho libre de impedimento, desde el día 31 de octubre de 1996” y expresan “su voluntad de mantener la unión de hecho bajo el Régimen de Separación de Patrimonios” asimismo, que “los bienes adquiridos por cada uno de ellos, antes y durante la unión de hecho, han sido adquiridos a título personal y mantienen la calidad de bien propio”;

Que, de acuerdo a la doctrina moderna la institución del “concubinato” se caracteriza por la convivencia continua y permanente de un hombre y una mujer, con fines semejantes al matrimonio; reconociéndose dos tipos de concubinato, el “concubinato impropio” referido a la unión estable de personas en la cual alguna o ambas poseen algún impedimento para legalizar el matrimonio y el “concubinato propio” constituido por la unión estable de personas libres de impedimento matrimonial, que reúnen los requisitos para la convivencia marital; a nivel de nuestro ordenamiento jurídico se ha reconocido el segundo, es decir el “concubinato propio”, tanto a nivel de la Constitución Política de 1993 como en el Código Civil vigente;

Que, la Constitución Política “protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (art. 4), extendiendo excepcionalmente su campo de protección a las uniones de hecho en los siguientes términos “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (art. 5); a su vez, el Código Civil señala que “La unión de hecho, voluntariamente realizadas y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)”;

Que, la Constitución Política del Perú “protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (art. 4), extendiendo excepcionalmente su campo de protección a las uniones de hecho en los siguientes términos “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (art. 5); a su vez, el Código Civil señala que “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (...)”;

Que, de la revisión del ordenamiento jurídico se advierte que no se ha identificado la “unión de hecho” con el matrimonio (Tesis de la “equiparación al estado matrimonial”), sino que frente a los datos de la realidad, el legislador no ha querido desconocer tal situación, regulándola de manera excepcional en cuanto a sus efectos patrimoniales, señalando que aquellas uniones de hecho generan una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales “en cuanto le fuere aplicable” (Tesis de la “apariencia al estado matrimonial”) (ARIAS-SCHREIBER, Max. “Exégesis” (Derecho de Familia), t.VII, pág. 249); es decir, la unión de hecho sólo genera una comunidad o sociedad de bienes, que se rige –en principio– por las reglas de la copropiedad y luego de cumplidos los requisitos correspondientes, resultan aplicables además las reglas de la sociedad de gananciales, en todo aquello que sea compatible con su naturaleza, pero que en ningún momento la convierte en sociedad de gananciales; en resumen, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es forzoso y único, es uno de comunidad de bienes con las características señaladas; en ese orden de ideas, “la unión estable” requiere ser calificada como tal en sede judicial, siendo que aun cuando ello hubiese sucedido o suceda, tampoco podría variarse el régimen de comunidad de bienes por el de separación de patrimonios, dado que por mandato de la ley las reglas aplicables son las de la sociedad de gananciales que resulten compatibles con su naturaleza, ello en concordancia con la “Teoría de la apariencia al estado matrimonial” recogida en nuestro Código sustantivo;

Que, asimismo, el Código Civil reconoce dos regímenes patrimoniales en relación al matrimonio: Sociedad de Gananciales y Separación de Patrimonios; asimismo, se faculta a los contrayentes (antes de la celebración del matrimonio) y a los cónyuges (después de celebrado) a optar por cualquiera de los regímenes, elección que para ser oponible a terceros deberá ser inscrita en el correspondiente Registro Personal del Registro de Personas Naturales (arts. 295 y 296 Código Civil); en cambio, tratándose de la unión de hecho –que reúna los requisitos legales– el régimen aplicable, como queda dicho, por imperio de la ley será el de la sociedad

de gananciales; a mayor abundamiento debe decirse que la posibilidad de sustituir un régimen por otro se presenta con los siguientes casos: por voluntad de los interesados antes de contraer matrimonio como se ha indicado en el considerando que antecede; la constitución voluntaria del régimen patrimonial durante el matrimonio prevista en el art. 266, por decisión judicial cuando uno de los cónyuges abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa, y por la declaración de quiebra de uno de los cónyuges establecida en el art. 330; de lo que se colige que el régimen de separación de patrimonios constituye la excepción y está prevista sólo para las sociedades conyugales;

Que, el art. 295 del Código Civil prevé la posibilidad de elección del régimen patrimonial, debiendo ser entendido este artículo aplicable sólo a los matrimonios; ya que si bien establece la posibilidad de que los futuros contrayentes opten por el régimen de separación de patrimonios o el de la sociedad de gananciales, debe ser entendido ello como una facultad otorgada a los futuros cónyuges como beneficio que la ley otorga a aquellos que deseen acogerse al matrimonio, asimismo, el régimen de separación de patrimonios sólo va a regir si es que se celebra el matrimonio (condición suspensiva);

Que, en relación a la existencia de inscripciones de casos similares como en la Ficha N° 21904 del Registro Personal del Registro de Personas Naturales de esta Oficina, debe decirse que, de conformidad con la autonomía en el ejercicio funcional reconocida a los Registradores Públicos, en el art. 3 de la Ley 26366 (“Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos”), el referido funcionario público tiene la facultad –bajo su responsabilidad– de inscribir u observar el título según lo encuentre o no arreglado a derecho; la inscripción efectuada por un Registrador Público en el ejercicio de sus funciones no vincula a los demás registradores, salvo que se trate de precedentes vinculantes aprobados por el Tribunal Registral;

Que, en ese orden de ideas no procede admitir la inscripción de la variación de régimen patrimonial que se solicita de conformidad con el art. 2011 del Código Civil, arts. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos; y,

Estando a lo acordado:

SE RESUELVE:

CONFIRMAR la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales al título referido en la parte expositiva de la presente resolución; señalando que éste no es inscribible.

Regístrese y comuníquese.

MARTHA SILVA DÍAZ, Presidenta del Tribunal Registral; ELENA VÁSQUEZ TORRES, Vocal del Tribunal Registral; WALTER POMA MORALES, Vocal del Tribunal Registral

EXP. N.º 498-99-AA/TC
CAJAMARCA
ROSA ERLINDA CACHI ORTIZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los catorce días del mes de abril de dos mil, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados: Acosta Sánchez, Presidente; Díaz Valverde, Vicepresidente; Nugent y García Marcelo, pronuncia sentencia:

ASUNTO:

Recurso Extraordinario interpuesto por doña Rosa Erlinda Cachi Ortiz contra la Resolución expedida por la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas noventa y cuatro, su fecha cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES:

Doña Rosa Erlinda Cachi Ortiz interpone Acción de Amparo contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, representada por el entonces Alcalde, don Luis Guerrero Figueroa, con el objeto de que se proteja su derecho fundamental a la propiedad, a la paz y a la tranquilidad pública. Afirma la demandante que junto con su esposo es propietaria de un inmueble urbano ubicado en el jirón Ayacucho N.º 100, de aproximadamente 2000 m² y que por Resolución de Alcaldía N.º 482-98-A-MPC se había aprobado supuestamente un acta de compromiso entre la demandada y su esposo, para que éste done un área de 436 m² de terreno para la apertura del jirón Prolongación Romero hacia la avenida Perú. Sin embargo, señala que su esposo no es el único propietario del referido inmueble, sino que éste conforma la propiedad de la sociedad de gananciales, por lo que el acta de compromiso y la resolución aprobatoria atenta contra el derecho de propiedad, por cuanto debía tenerse la aprobación de ambos cónyuges y no sólo de su esposo, quien, además, por su avanzada edad (setenta y ocho años), no tiene la capacidad de discernimiento total para disponer de los bienes inmuebles, máxime si son de propiedad conyugal. Manifiesta que el ente demandando ha procedido a ejecutar la citada resolución y las que ulteriormente expidió con motivo de su impugnación en sede administrativa (Resolución de Alcaldía N.º 517-98-A-MPC y Resolución Municipal N.º 115-98-CPMC), efectuando trabajos en el terreno de su propiedad.

La Municipalidad emplazada contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Afirma que, de conformidad con el artículo 2115º del Código Civil, las partidas de los Registros Parroquiales referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treinta y seis conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores y que, por el contrario, la partida de matrimonio que adjunta la demandada data del ocho de mayo de mil novecientos cuarenta, por lo que no se halla dentro de los alcances de la norma, careciendo de eficacia jurídica para entablar cualquier acción referente a derechos reales y otras relacionadas con

bienes de propiedad de don Arturo Ángeles Portal Cueva. Afirma que de acuerdo con el artículo 326° del Código Civil, la unión de hecho origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, siempre que la unión haya durado por los menos dos años continuos, lo cual puede probarse por cualesquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita, lo que, señala la demandada, requiere de una declaración judicial a través de un proceso, lo cual no se halla probado. Añade que de los partes para registro y del Testimonio se deduce que la propiedad pertenece exclusivamente a don Arturo Ángeles Portal Cueva, el cual al amparo del artículo 923° del Código Civil ha dispuesto de su propiedad mediante un acto administrativo a favor de la municipalidad. Afirma que conforme a la jurisprudencia emitida por la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, para la determinación de la existencia de una sociedad de hecho tiene que haber una resolución judicial para que se determine la existencia de dicha sociedad de gananciales.

El Segundo Juzgado Especializado, por Resolución de fojas cincuenta y cuatro, su fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, declara improcedente la demanda, por considerar fundamentalmente que la cesión del terreno se basa en el Acta de Compromiso, siendo éste un acto voluntario y con fines de interés público; que los medios probatorios obrantes acreditan que don José Arturo Ángeles Portal adquirió el inmueble directamente de sus anteriores propietarios sin la participación de la demandante y, finalmente, para que la unión de hecho origine una sociedad de bienes sujeta a la sociedad de gananciales es necesaria la declaración judicial correspondiente.

La Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, por Resolución de fojas noventa y cuatro, su fecha cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve, confirmo la apelada, por considerar fundamentalmente que la Resolución que aprueba el Acta de Compromiso es consecuencia del acuerdo entre la emplazada y don José Arturo Ángeles Portal, que la exigencia de prueba escrita precisa la correspondiente declaración judicial para que la unión de hecho origine una sociedad de bienes sujeta a la sociedad de gananciales. Contra esta resolución, la demandante interpone Recurso Extraordinario.

FUNDAMENTOS:

1. Que el objeto del presente proceso constitucional de amparo es que se disponga el cese de la agresión de los derechos constitucionales originados por la Resolución de Alcaldía N.º 482-98-A-MPC, de fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, mediante la que se aprueba el Acta de Compromiso suscrita por la Municipalidad Provincial de Cajamarca y don José Arturo de los Ángeles Portal Cueva, a través de la cual este último cede para uso como vía pública 436.00 m² de terreno a la Municipalidad demandada.
2. Que, el artículo 5° de la Constitución establece que: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da

lugar a una comunidad bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.” Por su parte, el artículo 326° del Código Civil: “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos [...]”. Por tanto, debe quedar claramente establecido que no es indispensable que exista un matrimonio civil para que la unión de hecho pueda hallarse bajo el régimen de sociedad de gananciales, sino que las uniones de hecho, como tales, se hallan bajo dicho régimen, y no simplemente por voluntad de la ley, sino por virtud del propio mandato constitucional; “en consecuencia”, de acuerdo con los dispositivos citados, en especial, según la Constitución, la unión de hecho de un varón y una mujer origina una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales.

3. Que, de conformidad con las disposiciones del Código Civil, el surgimiento de la unión de hecho para tales efectos se da “siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.”(artículo 326°, primer párrafo, *in fine*). Ahora bien, seguidamente precisa el citado dispositivo: “La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita”. Por consiguiente, de los dispositivos citados se concluye que para que se repunte la existencia de una unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales, se halla supeditado, primero, a un requisito de temporalidad mínima de permanencia de la unión (dos años) y, segundo, que ese estado (posesión constante de estado) requiere su probanza “con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita”.

4. Que, a efectos de acreditar la posesión constante de estado, cabe señalar que para ello se admite cualesquiera de los medios probatorios, a condición de que exista prueba escrita. Conforme al Código Procesal Civil (artículo 192°, inciso 3), los documentos son medios de prueba típicos; en consecuencia, los que obran en autos son medios idóneos a efectos de acreditar la posesión de estado, los mismos que generan convicción indubitable sobre la existencia efectiva de la unión de hecho entre don José Arturo Ángeles Portal Cueva y doña Rosa Erlinda Cachi Ortiz que supera ampliamente el período mínimo de dos años. En efecto, se llega a esta conclusión teniendo en cuenta los siguientes documentos: a) Copia certificada de la Partida Parroquial de Matrimonio de fecha ocho de mayo de mil novecientos cuarenta, expedida por el Obispado

de Cajamarca (fojas nueve), celebrado entre don José Arturo Ángeles Portal Cueva y doña Rosa Erlinda Cachi Ortiz; b) Copias certificadas de las Partidas de Nacimiento de las menores N.E.P.C. de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y A.C.P.C., de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, ambas expedidas por la Municipalidad de Cajamarca (fojas sesenta y dos y sesenta y tres), en ambas partidas los menores figuran como hijas legítimas de don Arturo Ángeles Portal Cueva y doña Rosa Erlinda Cachi Ortiz, figurando estos últimos, en la condición de casados; c) Copia legalizada del Testimonio de Escritura de compraventa de fecha veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos (fojas dos vuelta) celebrado entre doña Clariza Abanto Pérez de Abanto y don Arturo Ángeles Portal Cueva; así mismo, del Testimonio de compraventa celebrado entre María Luisa Portal Sánchez y doña Elena Portal Sánchez, de una parte y de otra, don José Arturo Ángeles Portal Cueva de fecha cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (fojas ocho); en ambas escrituras, don José Arturo Ángeles Portal Cueva aparece ostentado el estado de “casado”, más aún en el último de los testimonios citados se puede leer “casado con Rosa Erlinda Cachi Ortiz” (fojas seis); y d) Copia de la Declaración Jurada efectuada por don José Arturo Ángeles Portal Cueva suscrita notarialmente y dirigida al Señor Fiscal Provincial en lo Penal de la Primera Instancia, de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en el que se refiere a la demandante como su “señora Esposa” (fojas nueve del Cuaderno del Tribunal Constitucional).

5. Que, por otro lado, la posesión de estado no ha sido cuestionado en momento alguno por la demandada, no siendo este extremo hecho controvertible. Cabe precisar que lo que en ningún momento niega la parte demandada es la existencia de la unión de hecho; aquí no hay discrepancia respecto a una cuestión de hecho (la unión o posesión de estado), sino una cuestión de derecho consistente en determinar si la partida de matrimonio religioso es o no documento idóneo para acreditar la existencia de la posesión constante de estado, respecto a lo cual este Tribunal entiende que dicho documento, aun cuando no genera efectos civiles en virtud del artículo 2115° del Código Civil, sí puede acreditar perfectamente, como lo hace en el caso sub júdice, la existencia de una unión de hecho, conservando pues mérito probatorio aun cuando carezca de efectos civiles. Ciertamente, debe precisarse que la presente consideración se efectúa sin perjuicio de la convicción suficiente que respecto a la existencia de la citada unión de hecho genera el resto de documentos citados en el fundamento precedente.

6. Que, en consecuencia, estando a los fundamentos precedentes, la comunidad de bienes constituida por la unión entre don José Arturo Ángeles Portal Cueva y doña Rosa Erlinda Cachi Ortiz corresponde al régimen de sociedad de gananciales. Por lo tanto, la disposición de los bienes que la conforman debe efectuarse de conformidad con lo estipulado en el primer párrafo del artículo 315° del Código Civil, según el cual: “Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer [...]”. Dicho dispositivo debe ser interpretado de manera concordante con lo estipulado en el artículo 971° del citado cuerpo normativo, cuyo texto establece que, existiendo copropiedad, “Las decisiones sobre el bien común se adoptarán: 1.- Por unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien [...]”,.

7. Que, en consecuencia, el Acta de Compromiso celebrado entre don José Arturo de los Ángeles Portal Cueva y la Municipalidad Provincial de Cajamarca, representada por don Manuel Tavera Burgos, Jefe de la Unidad de Planeamiento Urbano y don Ángel Cabanillas Padilla, Director General de Desarrollo Urbano, de fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y ocho, por el que el primero de los nombrados cede a la Municipalidad la extensión de 436.00 m² para vía pública; por tanto, habiendo sido efectuado este acto jurídico con exclusión de doña Rosa Erlinda Cachi Ortiz, el mismo constituye una grave afectación al derecho de propiedad de la demandante y de la propia comunidad de bienes de la unión de hecho antes mencionada, derecho amparado por el artículo 2°, inciso 16) y el artículo 70° de la Constitución Política del Estado; por consiguiente, la Resolución de Alcaldía N.° 482-98-A-MPC, de fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, que aprueba la mencionada Acta de Compromiso, también resulta lesiva del citado derecho fundamental y, por tanto, es inconstitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica;

FALLA:

REVOCANDO la Resolución de la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas noventicuatro, su fecha cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve, que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda; reformándola declara **FUNDADA** la Acción de Amparo; en consecuencia, declara inaplicables las resoluciones de alcaldía N.° 482-98-A-MPC y N.° 517-98-A-MPC, así como la Resolución Municipal 115-98-CPMC; ordena que la municipalidad demandada se abstenga de todo acto orientado a aplicar o ejecutar las resoluciones antes mencionadas. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.
ACOSTA SÁNCHEZ
DÍAZ VALVERDE
NUGENT
GARCÍA MARCELO



1. ESTADO CIVIL O CONYUGAL

El estado civil o conyugal, es el estado personal del individuo, es decir, es la situación que tiene la persona en relación con las leyes o costumbres del país sobre el matrimonio. Los Censos Nacionales de Población en el país, recogen información sobre el estado civil o conyugal de las personas de 12 y más años de edad.

La información sobre el estado civil o conyugal es importante en las investigaciones demográficas y sociales, cuyas características constituyen un indicador básico en la fecundidad y en la estabilidad familiar.

En el país, de acuerdo a las leyes y costumbres se identifica 5 categorías: conviviente, separado, casado, viudo, divorciado y soltero. El estado civil o conyugal de la población censada de 12 y más años de edad, tiene cambios muy significativos en los períodos intercensales.

Según los resultados del Censo 2007, el número de convivientes se ha incrementado progresivamente al pasar de 1 millón 336 mil 326 (12,0%) en el año 1981 a 2 millones 488 mil 779 (16,3%) en 1993 y 5 millones 124 mil 925 (24,6%) en el 2007; mientras que el porcentaje de casados ha disminuido en forma acentuada, al pasar de 38,4% en el año 1981 a 28,6% en el 2007.

En el período intercensal 1993 - 2007, la categoría de "separado" se incrementó en 444 mil 747, de 269 mil 495 (1,8%) en 1993 a 714 mil 242 (3,4%) en el 2007. De otro lado, la proporción de viudos descendió ligeramente de 4,0% en 1993 a 3,9% en el 2007 y, en relación a la categoría "soltero" también se observa un descenso de 3,3 puntos porcentuales en el mismo periodo, al bajar de 42,3% a 39,0%.

Los cambios en el comportamiento del estado civil o conyugal en las últimas décadas, pueden estar asociados a los nuevos roles de la sociedad en su conjunto, y sobre todo, a que cada vez existe mayor participación de la población femenina en la actividad laboral, así como también por el incremento del nivel educativo.

CUADRO N° 1.26
PERÚ: POBLACIÓN CENSADA DE 12 Y MÁS AÑOS, SEGÚN ESTADO CIVIL O CONYUGAL,
1981, 1993 Y 2007

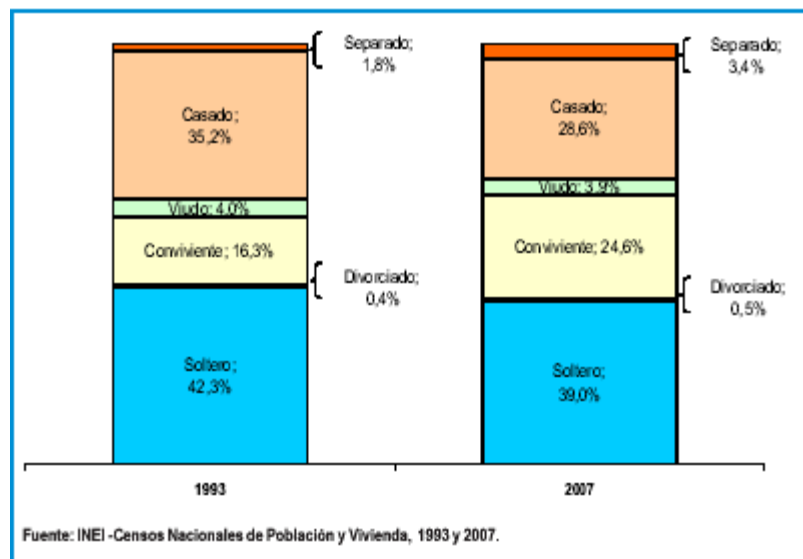
Estado civil o conyugal	1981 a/		1993 a/		2 007	
	Abs	(%)	Abs	(%)	Abs	(%)
Total	11 152 131	100,0	15 307 295	100,0	20 850 502	100,0
Conviviente	1 336 326	12,0	2 488 779	16,3	5 124 925	24,6
Separado	181 813 b/	1,6	269 495	1,8	714 242	3,4
Casado	4 285 091	38,4	5 384 534	35,2	5 962 864	28,6
Viudo	520 589	4,7	617 750	4,0	809 707	3,9
Divorciado	...	-	65 654	0,4	114 093	0,5
Soltero	4 828 312	43,3	6 481 083	42,3	8 124 671	39,0

a/ Excluye a la población que no especificó su estado civil o conyugal.

b/ Comprende separado y divorciado.

Fuente: INEI-Censos Nacionales de Población y Vivienda, 1981, 1993 y 2007.

GRÁFICO N° 1.20
PERÚ: POBLACIÓN CENSADA DE 12 Y MÁS AÑOS DE EDAD, SEGÚN ESTADO CIVIL O
CONYUGAL, 1993 Y 2007



2. ESTADO CIVIL O CONYUGAL POR DEPARTAMENTO

Al analizar el comportamiento del estado civil o conyugal, por departamento, en el año 2007, se observa que, Madre de Dios (34 mil 6 personas) y Ucayali (123 mil 455) presentan el mayor porcentaje de convivientes, con el 41,6% y 40,0%, respectivamente, superando considerablemente al promedio nacional (24,6%). El menor porcentaje se presenta en Huancavelica con 16,1%.

Por otro lado, los departamentos de Huancavelica, Apurímac y Ayacucho, presentan el mayor porcentaje de casados, con 38,4%, 36,2% y 33,2%, respectivamente. En 1993, los

mismos departamentos presentaron una estructura similar en la categoría de "casado", no obstante, los porcentajes fueron mayores, 47,0%, 44,3% y 41,8%, respectivamente.

Respecto al estado civil o conyugal "separado", los departamentos que presentan los mayores porcentajes son: Tacna (4,6%), la Provincia Constitucional del Callao (4,4%), Tumbes (4,2%) e Ica (4,0%), y en menor proporción se encuentra Huancavelica y Apurímac con 2,3% cada uno.

Perfil Sociodemográfico del Perú

En relación a la categoría "viudo", se aprecia que los departamentos de Huancavelica, Ayacucho, Apurímac y Puno presentan los mayores porcentajes con 6,3%, 5,9%, 5,8% y 5,6%, respectivamente; mientras que Madre de Dios (2,0%), Ucayali y Loreto (2,6% cada uno) son los que presentan las menores proporciones.

Se observa que en la totalidad de los departamentos prevalece la condición de "soltero", siendo Lima y Arequipa los que tienen la mayor proporción, 40,9% y 40,4%, respectivamente. Los departamentos de Apurímac (34,8%) y Tumbes (35,4%) son los que presentan los menores porcentajes.

CUADRO N° 1.28
PERÚ: POBLACIÓN CENSADA DE 12 Y MÁS AÑOS DE EDAD, POR ESTADO CIVIL O CONYUGAL,
SEGÚN DEPARTAMENTO, 2007

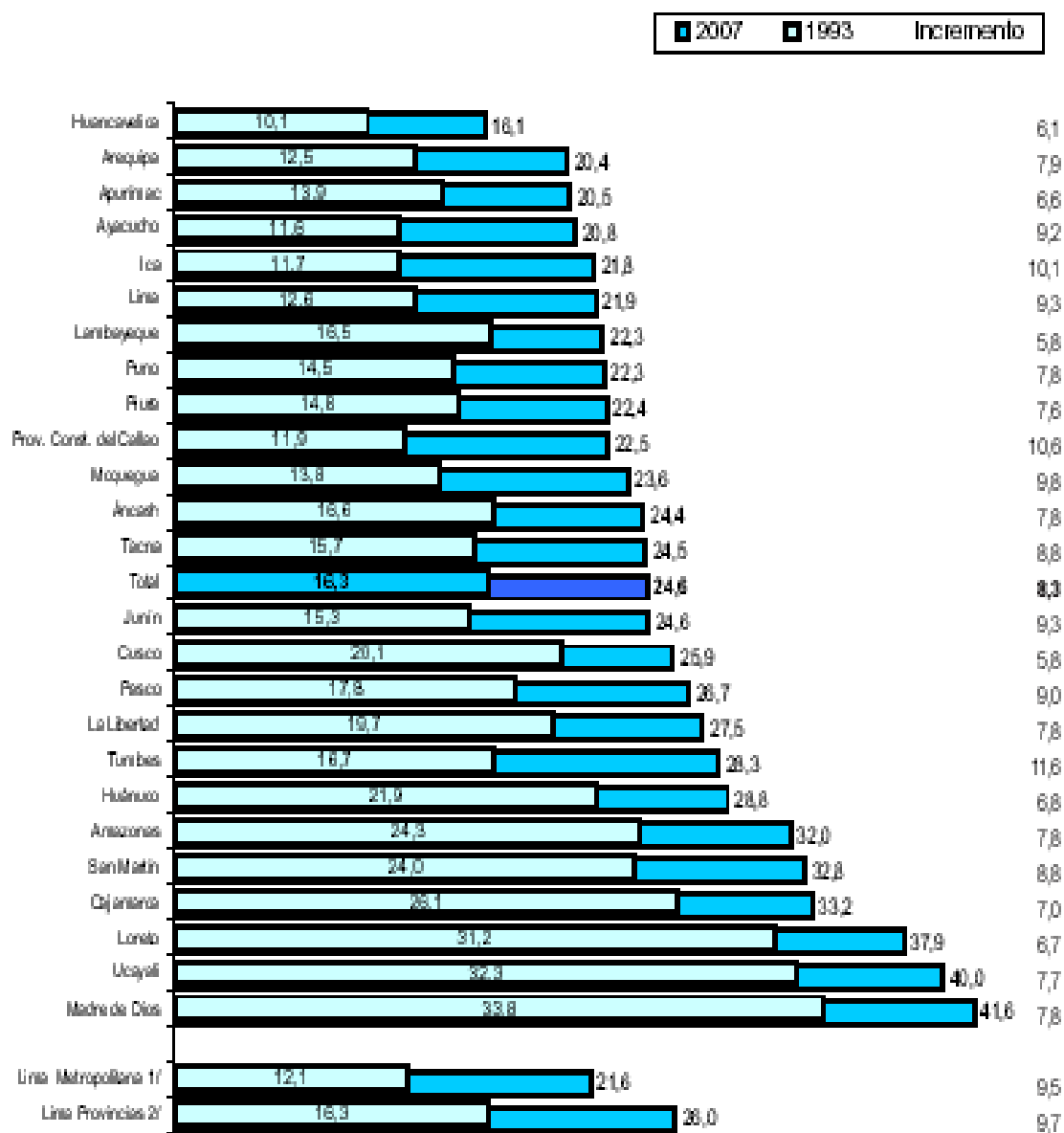
Departamento	Total	Estado civil o conyugal											
		Conviviente		Separado		Casado		Viudo		Divorciado		Soltero	
		Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	20 850 502	5 124 925	24,6	714 242	3,4	5 962 864	28,6	809 707	3,9	114 093	0,5	8 124 671	39,0
Amazonas	262 668	84 171	32,0	7 062	2,7	65 176	24,8	9 378	3,6	769	0,3	95 122	36,6
Áncash	802 483	196 583	24,4	28 510	3,6	239 667	29,9	36 607	4,6	3 094	0,4	299 132	37,3
Apurímac	287 184	58 953	20,5	6 738	2,3	104 014	36,2	16 571	5,8	1 094	0,4	99 804	34,8
Arequipa	914 344	186 884	20,4	29 521	3,2	287 182	31,4	34 678	3,8	6 755	0,7	369 324	40,4
Ayacucho	438 479	91 339	20,8	12 264	2,8	145 384	33,2	25 848	5,9	1 751	0,4	161 893	36,9
Cajamarca	1 009 763	334 790	33,2	31 225	3,1	229 771	22,8	40 047	4,0	3 366	0,3	370 664	36,7
Prov. Const. del Callao	690 756	155 443	22,5	30 343	4,4	201 962	29,2	23 343	3,4	4 473	0,6	275 192	39,8
Cusco	857 125	222 255	25,9	21 469	2,5	250 568	29,2	44 634	5,2	4 672	0,5	313 537	36,6
Huancavelica	312 007	50 366	16,1	7 317	2,3	119 653	38,4	19 594	6,3	1 224	0,4	113 843	36,5
Huánuco	538 672	154 947	28,8	19 183	3,6	128 476	23,9	24 033	4,5	2 190	0,4	209 843	39,0
Ica	550 646	119 987	21,8	22 119	4,0	179 554	32,6	20 046	3,6	2 832	0,5	206 108	37,4
Junín	908 615	223 759	24,6	29 404	3,2	255 540	28,1	40 526	4,5	4 306	0,5	365 041	39,1
La Libertad	1 224 099	336 486	27,5	45 422	3,7	310 182	25,3	47 304	3,9	5 485	0,4	479 220	39,1
Lambayeque	847 524	188 864	22,3	32 797	3,9	266 926	30,3	30 280	3,6	3 311	0,4	335 346	39,6
Lima	6 751 252	1 478 236	21,9	257 837	3,8	1 966 374	29,1	234 323	3,5	52 766	0,8	2 761 717	40,9
Loreto	616 805	233 894	37,9	15 736	2,6	109 681	17,8	16 253	2,6	1 684	0,3	239 568	38,8
Madre de Dios	81 819	34 006	41,6	2 965	3,6	12 849	15,7	1 652	2,0	436	0,5	29 922	36,6
Moquegua	129 568	30 547	23,6	4 922	3,8	42 079	32,5	4 682	3,6	1 006	0,8	45 333	35,8
Pasco	208 879	55 816	26,7	6 294	3,0	54 680	26,2	8 412	4,0	784	0,4	82 893	39,7
Piura	1 241 301	278 653	22,4	39 410	3,2	368 234	32,1	43 891	3,5	3 390	0,3	477 713	38,5
Puno	955 740	213 459	22,3	22 829	2,4	310 798	32,5	53 313	5,6	3 455	0,4	361 886	36,8
San Martín	531 118	173 949	32,8	13 458	2,5	137 780	25,9	14 805	2,8	1 781	0,3	189 345	35,7
Tacna	228 739	56 037	24,5	10 493	4,6	61 735	27,0	7 291	3,2	1 856	0,8	91 288	39,9
Tumbes	152 085	42 987	28,3	6 370	4,2	44 134	29,0	4 238	2,8	465	0,3	63 892	36,4
Ucayali	308 820	123 455	40,0	10 585	3,4	50 555	16,4	7 958	2,6	1 112	0,4	115 155	37,3
Lima Metropolitana 1/	6 752 027	1 464 420	21,6	262 871	3,9	1 983 632	29,2	231 048	3,4	54 580	0,8	2 795 476	41,2
Lima Provincias 2/	649 981	169 258	26,0	25 309	3,9	184 704	28,4	25 618	4,1	2 659	0,4	241 433	37,1

1/ Comprende la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

2/ Comprende el departamento de Lima, excepto la provincia de Lima.

Fuente: INEI-Censos Nacionales de Población y Vivienda, 2007.

GRÁFICO Nº 1.22
PERÚ: PORCENTAJE E INCREMENTO DE CONVIVIENTES DE 12 Y MÁS AÑOS DE
EDAD, SEGÚN DEPARTAMENTO, 1993 Y 2007



1/ Comprende la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

2/ Comprende el departamento de Lima, excepto la provincia de Lima.

Fuente: INEI -Censos Nacionales de Población y Vivienda, 1993 y 2007.