



**UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

---



**TESIS:**

**“EL REGISTRO DE CONVIVIENTES COMO MECANISMO DE  
PROTECCIÓN FRENTE AL CRÉDITO HIPOTECARIO  
REALIZADO DENTRO DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL  
PERÚ”**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**BACHILLER:**

**AMARO JUNIOR SEVILLA CARPIO**

**ASESOR:**

**Mg. FLOR DE MARIA CHUZÓN JIMENEZ**

**CHICLAYO- PERU**

**2021**

EL REGISTRO DE CONVIVIENTES COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN  
FRENTE AL CRÉDITO HIPOTECARIO REALIZADO DENTRO DE LAS UNIONES  
DE HECHO EN EL PERÚ

Tesis “presentada por El Bachiller sr. Amaro Junior Sevilla Carpio, a la Facultad de  
Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título  
Profesional de Abogado”.

---

Sr. Amaro Junior Sevilla Carpio  
Bachiller

---

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez  
Asesor

**Aprobado por:**

---

Presidente

---

Secretario

---

Vocal

## **DEDICATORIA**

**La presente Tesis dedico a mis queridos Padres y Hermanos las cuales me apoyaron en todo para así lograr mis objetivos trazados.  
Dedico también esta presente Tesis a mi estimado amigo Yomi que con sus consejos me incentivo en seguir adelante.**

## **AGRADECIMIENTO**

**En primer lugar agradezco a Dios por haber culminado este trabajo, en segundo lugar agradezco a mis Padres y Hermanos por haberme inculcado en No desmayar en este largo camino.  
De igual manera a mis estimados docentes, familiares y amigos.**

## ÍNDICE

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| DEDICATORIA .....                                                     | 3  |
| AGRADECIMIENTO .....                                                  | 4  |
| RESUMEN .....                                                         | 7  |
| ABSTRACT .....                                                        | 8  |
| I.- INTRODUCCIÓN .....                                                | 9  |
| II.- MARCO TEÓRICO.....                                               | 24 |
| III- METODOLOGÍA. ....                                                | 75 |
| 3.1.- Diseño de la ejecución .....                                    | 75 |
| 3.2.- Población y muestra .....                                       | 75 |
| 3.3.- Variables.....                                                  | 75 |
| Independiente.....                                                    | 75 |
| Dependiente .....                                                     | 75 |
| 3.4.- Técnicas de investigación .....                                 | 75 |
| Selección de las Técnicas, Instrumentos e informantes o Fuentes ..... | 75 |
| La técnica del análisis documental.....                               | 76 |
| Forma de tratamiento de los datos.....                                | 76 |
| Forma de Análisis de las Informaciones.....                           | 76 |
| IV.- RESULTADOS .....                                                 | 78 |

|                                       |           |
|---------------------------------------|-----------|
| 4.1.- Resultados de la encuesta ..... | 78        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>             | <b>90</b> |
| <b>RECOMENDACIONES .....</b>          | <b>91</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>              | <b>92</b> |
| Otras fuentes .....                   | 93        |
| Lincografía.....                      | 95        |
| Sentencias/ Casaciones .....          | 95        |
| <b>ANEXOS.....</b>                    | <b>96</b> |
| <b>ANEXO 01: ENCUESTA.....</b>        | <b>97</b> |

## RESUMEN

La preocupación del Estado a través de sus legisladores en dar soluciones a la normatividad jurídica es por tal razón que violenta el derecho de familia y a que se ha pretendido ignorar y negarle efecto jurídico y a que la razón de ello era evitar que el temor el escándalo que ha pretendido desconocer las leyes de la naturaleza, la problemática jurídica surge no de la constitución misma de la unión marital de hecho, ni de su existencia dentro de la vida de relación porque ello corresponde al ámbito de la intimidad individual de los hombres y cuya repercusión afecta a la colectividad y al Estado. No importa que tanto él varón y la mujer unan sus vidas dentro de una comunidad sexual al margen de las leyes y las que por otra parte no podrán jamás, reglamentar dicha clase de actividad humana, es el resultado de esas relaciones sexuales que está dentro de la Ley.

Las parejas de hecho pueden pactar libremente el régimen económico por el que quieren regir sus relaciones sin que les sean aplicables automáticamente los regímenes económicos propios de las relaciones matrimoniales como son el de gananciales, el de separación de bienes o el de participación.

Así, los convivientes podrán celebrar los pactos que estimen oportunos para gestionar, repartir la titularidad y los rendimientos de los bienes que tengan o que adquieran mientras dure su convivencia.

Dentro de estos pactos podrán acordar regirse por el régimen de la sociedad de gananciales y lo que ellos establezcan respecto a sus relaciones económicas no sólo les afectará a sí mismos de forma directa sino también a sus herederos.

Como objetivo se tiene analizar si el registro de convivientes se puede constituir como mecanismo de protección frente al crédito hipotecario realizado dentro de las uniones de hecho en el Perú.

Se concluye que La actual Constitución, al tratar sobre los Derechos Sociales y Económicos, reconoce el estado convivencial, otorgándole los mismos efectos legales que la Constitución precedente, pero obviando el requisito de temporalidad dispuesto por aquella (Artículo 5° de la constitución Política del Perú). Hoy no solo se reconoce con una norma de máximo rango la existencia de esta institución, sino que con ello se legitima y salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia, antes ignorada y rechazada, pero que tanta aceptación tenía de un gran sector de la sociedad.

## **ABSTRACT**

The concern of the State through its legislators in providing solutions to legal regulations is for such a reason that it violates family law since it has been intended to ignore and deny it legal effect since the reason for this was to prevent fear from the scandal that It has tried to ignore the laws of nature, the legal problem arises not from the constitution of the marital union itself, nor from its existence within the relationship life because it corresponds to the scope of the individual intimacy of men and whose impact It affects the community and the State. It does not matter that both he and the woman unite their lives within a sexual community outside the laws and those that on the other hand will never be able to regulate such kind of human activity, is the result of those sexual relationships that are within the law.

In fact, couples can freely agree on the economic regime by which they want to govern their relationships without automatically applying the economic regimes of marital relationships such as marital, separation of property or participation.

Thus, the cohabitants may enter into agreements that they deem appropriate to manage, distribute the ownership and returns of the assets they have or acquire while their cohabitation lasts.

Within these covenants, they may agree to be governed by the regime of the society of property and what they establish regarding their economic relations will not only directly affect themselves but also their heirs.

Its objective is to analyze whether the registration of cohabitation can be constituted as a protection mechanism against the mortgage credit made within the de facto unions in Peru.

It is concluded that the current Constitution, when dealing with Social and Economic Rights, recognizes the coexistence status, granting it the same legal effects as the preceding Constitution, but obviating the requirement of temporality provided by it (Article 5 of the Political Constitution of Peru ). Today not only the existence of this institution is recognized with a norm of the highest rank, but with it the legitimacy and safeguard of the dignity of those people who had opted for coexistence, previously ignored and rejected, but that had so much acceptance of a great society sector.

## **I.- INTRODUCCIÓN**

La “unión de hecho es reconocida como una fuente generadora de la familia por el principio de amparo a las uniones de hecho establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, situación que se ve reflejada en los planes nacionales sobre niñez y familia y leyes especiales.

La Constitución Política del Perú reconoce a la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de una sociedad de gananciales, en cuanto le sea aplicable. Nuestro constituyente consideró que era necesaria la incorporación de la teoría de la apariencia del estado matrimonial para otorgarle efectos patrimoniales a las uniones de hecho; es decir, los convivientes tendrían que cumplir con el requisito de no tener impedimento matrimonial y que hayan convivido por un período permanente e ininterrumpido, siempre que cumplan fines y deberes semejantes al matrimonio, como el hacer vida en común, el respeto a la fidelidad y la asistencia recíproca.

El modelo peruano de la unión de hecho comprende la convivencia voluntariamente realizada por un varón y una mujer de por lo menos dos años continuos, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar las finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio. Los convivientes cuentan con derechos y deberes extrapatrimoniales como el deber de fidelidad y el deber de cohabitación. En el caso del deber de fidelidad, derivado de la característica de la singularidad de la unión de hecho, los jueces nacionales no han reconocido los casos de convivencias simultáneas, cuando el conviviente mantiene una duplicidad convivencial. Pero, 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.

En España Las relaciones económicas en las parejas de hecho, las situaciones que pueden plantearse al respecto son tan variadas que escapa a las pretensiones de este título recogerlas todas, si bien se ha tratado de realizar una sencilla división entre los dos supuestos que pueden encuadrarse todas ellas en la práctica: Las partes celebran o no un pacto por escrito en el que establecen las relaciones económicas que van a regir su relación de convivencia.

En cualquier caso, siempre resulta más que recomendable solicitar el consejo de un abogado en función de las singularidades que pueda presentar cada caso concreto.

a) *La pareja ha pactado por escrito sus relaciones económicas*, las parejas de hecho pueden pactar libremente el régimen económico por el que quieren regir sus relaciones sin que les sean aplicables automáticamente los regímenes económicos propios de las relaciones matrimoniales como son el de gananciales, el de separación de bienes o el de participación.

Así, los convivientes podrán celebrar los pactos que estimen oportunos para gestionar, repartir la titularidad y los rendimientos de los bienes que tengan o que adquieran mientras dure su convivencia.

Dentro de estos pactos podrán acordar regirse por el régimen de la sociedad de gananciales y lo que ellos establezcan respecto a sus relaciones económicas no sólo les afectará a sí mismos de forma directa sino también a sus herederos.

En el caso de que pacten regirse por la sociedad de gananciales:

- Los bienes adquiridos por cualquiera de los convivientes durante la convivencia, se presumirán comunes y en caso de ruptura se atribuirá la mitad de los mismos o de su valor a cada uno de los miembros de la pareja.

- De la vivienda, aunque adquirida en exclusiva por uno de los convivientes, no se podrá disponer sin el consentimiento del compañero o autorización judicial mientras dure la convivencia.

- Durante la convivencia existe la obligación entre los convivientes de prestarse alimentos.

- Los bienes de ambos quedan sujetos al levantamiento de las cargas familiares.

- Al término de la convivencia, uno de los convivientes podrá solicitar del otro el pago de una pensión por desequilibrio o compensación económica en atención al trabajo realizado bien para el otro compañero, bien para el cuidado del hogar durante dicha convivencia.

- En el caso de sucesión intestada o sin testamento el conviviente, si no viven los ascendientes (padres, abuelos) ni los descendientes (hijos o nietos) y antes que los colaterales (hermanos, sobrinos), sucederá al fallecido en todos sus bienes y derechos; en la sucesión con testamento el conviviente sería considerado como heredero forzoso ”.

b) *No existe "pacto por escrito entre los convivientes*, en estos casos no podrá considerarse aplicable el régimen de gananciales, por lo que el conviviente tendrá que acreditar sus derechos sobre todos y cada uno de los bienes que compongan el patrimonio común.

Así y respecto a los bienes que figuren inscritos a nombre sólo de uno de los miembros de la pareja, el conviviente que no figure como titular tendrá que ejercitar las acciones judiciales oportunas para que se le reconozca su condición de copropietario.

Esto implica que será necesario acreditar que la unión existió, que su forma de actuación fue la propia de un matrimonio, y que también fue conjunta la adquisición, el disfrute y la disposición de estos bienes.

Por ello, deberá estarse a cada caso concreto y a las pruebas que acrediten las relaciones económicas que han mantenido las partes hasta el momento de la disolución de la pareja.

c) *La disolución del régimen económico en las parejas de hecho*, la unión de hecho puede extinguirse por cualquiera de las siguientes causas:

- Por fallecimiento de uno de los convivientes.
- Por mutuo acuerdo entre las partes.
- Por decisión unilateral de uno de ellos o por abandono del domicilio común.

Los miembros de una pareja de hecho pueden liquidar de común su régimen matrimonial de mutuo acuerdo o de modo contencioso.

En el primero de los casos, existirían tres formas de hacerlo:

- De forma verbal, en el caso de que no existan bienes inmuebles comunes.
- Mediante documento privado si ellos lo estiman conveniente.
- Mediante escritura pública si existiesen bienes inmuebles o cuando el régimen económico pactado al inicio de la relación figurase en documento notarial (por ejemplo, las capitulaciones para-matrimoniales)

Sin embargo, si la pareja no alcanza este acuerdo para extinguir el régimen económico y existen bienes comunes, será necesario acudir a los juzgados.

En estos supuestos, será necesario acreditar, en primer lugar, que la unión de hecho ha existido, que en su vigencia se ha regido por un determinado sistema económico, que la unión ha terminado y, por tanto, que debe declararse finalizado su régimen económico

y procederse a su liquidación con la correspondiente atribución de bienes a cada uno de los miembros de la pareja.

Siempre resulta conveniente obtener el consejo de un abogado sobre la conveniencia o no de iniciar las correspondientes acciones legales, así como de las particularidades que puede presentar el caso concreto.

**En Chile,** acercamiento general a las Uniones de Hecho como fenómeno de interés jurídico. **El proceso de juridificación de las uniones de hecho como un desafío ideológico,** las uniones de hecho no constituyen una realidad uniforme, sino un proceso sujeto a múltiples variables, esta característica se encuentra presente tanto en sus causas como en sus fines. Conceptualmente, la denominación que ha logrado posicionarse de mejor manera en la actualidad es la de unión de hecho o pareja de hecho. Este concepto realza el elemento fáctico que caracteriza el fenómeno. Sin embargo, bajo el paradigma actual, este factor se encuentra en entredicho debido a la exhaustiva regulación de la que está siendo objeto, lo que cada vez lo posiciona más cerca del carácter de institución jurídica.

Dentro de las diversas causas asociadas a esta renovada atención por las uniones de hecho, se vinculan los efectos derivados del conjunto de reformas que desde mitad del siglo pasado fueron favoreciendo la situación de la mujer dentro del matrimonio.

De este modo, la incorporación de normas igualitarias dentro del régimen matrimonial permitirán que la mujer salga de la esfera de lo privado a lo público, contribuyendo a la economía del hogar, posibilitando su ascenso social y su autonomía económica; cuestión que históricamente estuvo sustentada en una dualidad de autoridad-sumisión frente a la tutela del marido. Estos cambios favorecerán la posición de la mujer, quien demandará, un sistema mucho más respetuoso de su individualidad y autodeterminación.

Frente a estos cambios, la mirada se centró en la crisis de la institución matrimonial, por esencia cuna de familia jurídica; pero entrado el siglo XXI podemos señalar que este proceso responde a un cambio mucho más profundo, asociado a las características estructurales del modelo social, como consecuencia del surgimiento de una sociedad

industrializada, globalizada y liberalizada. Así, resulta relevante la incorporación de la mujer a otras esferas de la vida pública, esto contextualizado en un cambio de paradigma que trae consigo una sociedad mucho más democrática.

Estas circunstancias implicarán la necesidad de incorporar en los diversos ordenamientos normativos, la regulación de nuevos modelos de uniones convivenciales de tipo afectivo, en este proceso se confrontarán diversas posiciones ideológicas y valorativas, respecto de la manera en que el Estado debe conformar el orden jurídico familiar.

Gran parte de la discusión respecto de las uniones de hecho se centra en el desafío que representa la búsqueda de la forma más armónica de regular esta realidad social; en la indagación de este equilibrio se deberá tener presente elementos esenciales dentro del Estado de Derecho: el respeto a la igualdad, la libre determinación, pasando por los fines estratégicos asignados a la familia. De la misma manera, se debe confrontar la mirada histórica existente en el Derecho de Familia de raíz occidental, sustentada en el predominio de la figura matrimonial, con la consiguiente inhibición de otras formas de convivencias jurídicamente protegidas. (Martínez, 2007)

Las propuestas de regulación estatutarias de las uniones de hecho y su necesidad de legislar sobre la materia, suelen justificarse básicamente en tres tipos de argumentos: a) El dato sociológico, justificado en la demanda de amplios sectores de la población que apoyan la causa; asimismo, en el aumento del número de parejas que conviven y su progresiva aceptación por la sociedad;

b) Los requerimientos en relación con conceptos constitucionales. Los principales son: -la demanda de protección a la familia existente en la convivencia estable y duradera; el respeto al libre desarrollo de la personalidad; -el derecho de igualdad con la prohibición de discriminación (este último se presenta principalmente en la demanda de la población homosexual). En este mismo sentido, se alude también al derecho a no contraer matrimonio, y a optar por un modelo familiar distinto; c) Un tercer argumento de fundamentación es la remisión a las orientaciones y resoluciones de organismos internacionales, vinculadas a la protección de los Derechos Humanos ".(Turner, 2010)

en nuestro país, “La Unión de hecho ha tomado una evolución muy significativa en el Derecho Comparado y, también en el nuestro, para ello basta hacer un análisis histórico de la presente institución, evolución no en el sentido de la historia del término sino como ha ido avanzando en el Derecho Peruano, en su regulación; para ello analizaremos la Constitución Política de 1979, el Código Civil de 1984 y la actual Constitución Política de 1993.

Este trabajo se realiza como fin del curso derecho de familia y sucesiones que vengo siguiendo en el prestigioso profesor universitario Alex Placido Vilcachagua, quien tiene una visión particular del derecho de familia, que en nuestro país todavía no es muy cultivada, y que nos ayuda a superar muchos impases que se presentan cuando aplicamos el Código Civil con una visión netamente exegetica, la visión que nos presenta el profesor Alex Placido, es la Visión Constitucional del Derecho de Familia.

Cuando miramos el derecho de familia a través de la Constitución podemos advertir que muchos supuestos que nos parecían impensables con la mera aplicación del Código Civil, pueden ser aplicadas cuanto busquemos en la constitución su fundamento, como el caso de la impugnación de paternidad por parte del padre biológico, quien no está legitimado para interponer este tipo de acción legal, de acuerdo al Código Civil, pero con una aplicación de derechos fundamentales y solicitando la aplicación del control difuso nuestros tribunales han amparado en muchas oportunidades la referida pretensión, o como el caso que es materia de análisis en el presente trabajo, en el cual se puede determinar de forma clara que el concepto de familia ya no es igual al de matrimonio, por lo cual la unión de hecho o convivencia también genera familia, y que el amparo que da la constitución a las uniones de hecho propias, no son solo patrimoniales, sino también personales, similares a las del matrimonio en cuanto le sean aplicables; esto por cuanto en la constitución de 1993, el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio.

Lo que se pretende en este trabajo, es mirar los fundamentos constitucionales de la unión de hecho en la constitución de 1979, así como en la de 1993, para hacer una comparación y determinar si entre ambas constituciones la institución de la unión de hecho es la misma en dichas constituciones o es diferente.

Las Uniones de Hecho en el Perú, también conocidas como concubinato o relaciones de convivencia, son una forma de unión intersexual muy vetusta y longeva que lleva consigo rivetes muy parecidos a los del matrimonio y que ha tenido existencia en

nuestro País desde épocas muy remotas, motivo por el cual era importante empezar este artículo haciendo algo de historia.

En el incanato, se conoció una especie de unión de hecho bajo el nombre de servinacuy, en realidad el servinacuy era una institución prematrimonial, si quiere llamarse un ‘matrimonio de prueba’; su origen se remonta a épocas anteriores a los Incas, esta institución era y es tan arraigada a las costumbres indígenas, que logró sobrevivir al catolicismo impuesto por la conquista que lo satanizó y a los tres siglos de coloniaje, manteniéndose y robusteciéndose hasta el día de hoy, motivo por el cual el maestro Cornejo Chávez al momento de elaborar el libro de familia del código civil vigente, no pudo obviar su regulación.

El profesor Roberto Mac Lean (2008), y Estenos define esta institución desde diversos puntos de vista: jurídicamente se define como ‘un compromiso entre el padre y el pretendiente de la futura novia’, este último contrae el compromiso de recibir a su hija como parte de su prole, el padre por su parte adquiere la obligación de devolver al pretendiente los obsequios o su equivalente en dinero o en trabajo en caso de que no llegará a formalizarse la relación, socialmente se basa en la necesidad de un previo conocimiento íntimo y completo, sin reserva alguna, aún de índole biológico, para construir después de esta convivencia y siempre que la misma tuviera éxito, un hogar estable y feliz, finalmente etimológicamente servinacuy es un vocablo híbrido, castellano que significa mutuos servicios.

Si el servinacuy no funcionaba, la joven sometida ya a tratos sexuales por parte de su eventual pareja regresaba a su hogar, esto no suponía ninguna clase de perjuicio moral, si hubieran procreado un hijo, este permanecía bajo el cuidado de la madre, el hecho de que la mujer haya perdido su virginidad y que no se considere inmoral la convivencia, demuestran que los incas no valoraban la virginidad y que por el contrario las relaciones sexuales eran un síntoma de prestigio.

El historiador Louis Baudin en su obra *La vida cotidiana en el tiempo de los últimos incas* señala lo siguiente del servinacuy: Este ensayo permite al joven darse cuenta de las actitudes de su futura y eventual esposa, que debe hacer su comida, confeccionar sus trajes, ayudarle en los trabajos agrícolas. Además, y a título secundario, permitía a la joven apreciar el carácter de su pretendiente y evitar así atar su existencia a la de un borracho o un bruto, agregando lo siguiente: La joven que ha tenido relaciones con

hombres ha probado con ello, simplemente, la atracción que ejerce y de esto saca prestigio.

El Concubinato también tuvo sucesión en otras partes del mundo, en Roma no fue considerado como una práctica ilícita, fue considerado como una forma de cohabitación que no poseía *efectio maritalis*. En el derecho germano, fue considerado como la unión de dos personas en desigual condición social.

El catolicismo patrocinado por el Concilio de Trento, le dio al concubinato el carácter de unión ilegítima, siempre se le colocó en rangos al matrimonio.

La Unión de Hecho Impropia es un fenómeno ancestral que ha conseguido mantenerse con escasa protección jurídica a nivel Constitucional ya que no está protegido en la Carta Política del Estado Peruano, el Código Civil Peruano hace mención a la Unión de hecho por enriquecimiento indevido, el mismo que no es preciso ya que tiene el demandante que probar a través de prueba escrita y otras pruebas para que posiblemente se reconozca su derecho patrimonial, lo cual muchas veces es de difícil probanza. Asimismo, la comunidad concubinaria se puede romper debido a que está sujeto solo a la voluntad de cada uno de los concubinos, la ruptura es inminente en dicha relación. La doctrina jurídica poca atención le otorga a tal figura ya que es dispersa y fragmentaria en las diversas legislaciones y es por tal motivo que no existe un esclarecimiento para los ciudadanos del Perú.

Teniéndose en cuenta que la mejor forma de proteger los bienes inmuebles de La Unión de Hecho Impropia es a través del Registro de la unión de hecho impropio, debiendo inscribirse en los Registros Públicos.

La Unión de Hecho Impropia está incrementándose y por ende en el Perú, justamente por la poca credibilidad que ostenta el matrimonio civil; han preferido el concubinato ya que desde el punto de vista de los concubinos, es mejor y sostienen la convivencia marital diaria ya que es posible si ambos concubinos impropios logran divorciarse de su anterior relación podrían casarse, caso contrario existiría un impedimento legal, al estar en concubinato impropio, es por ello que para proteger el patrimonio del concubinato impropio es necesario registro de los bienes patrimoniales de la unión concubinaria impropia en los registros públicos.

En nuestro país poca atención tiene respecto al concubinato impropio ya que es una realidad, en razón que existen relaciones concubinarias impropias por existir impedimento legal para casarse, sin embargo, ello no es óbice para que la relación ”.

El “Planteamiento del problema, señala que la preocupación del Estado a través de sus legisladores en dar soluciones a la normatividad jurídica es por tal razón que violenta el derecho de familia y a que se ha pretendido ignorar y negarle efecto jurídico y a que la razón de ello era evitar que el temor el escándalo que ha pretendido desconocer las leyes de la naturaleza, la problemática jurídica surge no de la constitución misma de la unión marital de hecho, ni de su existencia dentro de la vida de relación porque ello corresponde al ámbito de la intimidad individual de los hombres y cuya repercusión afecta a la colectividad y al Estado. No importa que tanto él varón y la mujer unan sus vidas dentro de una comunidad sexual al margen de las leyes y las que por otra parte no podrán jamás, reglamentar dicha clase de actividad humana, es el resultado de esas relaciones sexuales que está dentro de la Ley.

El Estado puede ignorar dichas relaciones pero no puede permitir que nazcan niños sin nombre y que una mujer preste sus servicios y asistencia a un hombre sin remuneración alguna, ni participación en los bienes que adquiere con el trabajo y que en nombre de la Ley se burlen los derechos del acreedor alegándose que las obligaciones contraídas por la mujer no son de responsabilidad del hombre por cuanto no es su esposa legal; es por tal motivo que también en las empresas no pagan las obligaciones por compensaciones por tiempo de servicios o la reparación indemnizatoria en caso de muerte por accidente del trabajador (esposo) y la reclamante no sea la esposa legal.

Debe tenerse en cuenta también que la problemática se observa en aquellas relaciones de concubinato impropio y a que son aquellas uniones de hecho que no tiene la categoría de concubinato propio y a que muchas veces ambos concubinos están casados, y tienen impedimento matrimonial o son del mismo sexo. Esta realidad descrita me ha llevado a formular la siguiente interrogante de investigación.

#### La Igualdad de derechos entre hombre y mujer

Artículo 4°. - El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

El artículo 4º del código tiene como antecedente legislativo el artículo 5º de código civil de 1936. La nueva redacción, sin embargo, no considera la excepción que en dicho artículo 5º se expresaba mediante la frase salvo las restricciones establecida respecto de las mujeres casadas.

Al haberse suprimido la salvedad en referencia se consagra la igualdad e derechos entre varón y mujer, aun cuando fuere casada, tal como acontece en las legislaciones más modernas y la constitución de 1979.

El numeral propuesto resulta más amplio que el de I citado artículo 5º del código de 1936 en cuanto no se limita a regular exclusivamente la capacidad de goce del varón y de la mujer, sino que también se refiere a la capacidad de obrar o de ejercicio de los derechos civiles.

Las repercusiones de la nueva formulación igualitaria en materia de derechos civiles entre varón y mujer son de indudable transcendencia e incide fundamentalmente en lo que se refiere a las relaciones entre cónyuges. En cuando al derecho de las personas dichas repercusiones se traducen en lo que concierne al nombre y domicilio de la mujer casada. En lo atinente al nombre, el artículo 24º preceptúa que la mujer casada tiene derecho a llevar el apellido del marido agregando el suyo, lo que supone que puede prescindir del mismo si así lo determinase. En cuando al domicilio, el artículo 36º prescribe que el domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consumo.

Es evidente que la disposición contenida en el artículo 4º tiene vasta aplicación en la disciplina del derecho de familia, así, advertimos sus efectos, entre otros aspectos, en lo que se contrae el ejercicio de la patria potestad, al gobierno del hogar, a la decisión en asuntos de carácter económico, al sostenimiento de la familia, a la representación de la sociedad conyugal, al ejercicio del trabajo. Esta nueva relación entre cónyuges, regida por el artículo 4º, se refleja principalmente en el articulado del Título II de la Sección Segunda del Libro III del Código.

Artículo 326º 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 indebido.

Plan Regional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres -Ordenanza Regional N° 027-2008-GR.LAMB./CR.

Que, avanzar hacia la igualdad de oportunidades supone superar los problemas de exclusión y generar oportunidades que mejoren la calidad de vida de hombres y mujeres, donde el desarrollo humano pasa por el reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, y en cuya tarea está involucrada la sociedad civil y el Estado para compartir esfuerzos y responsabilidad que ayuden a promover una sociedad más igualitaria sin exclusión en la que todos y todas podamos vivir con dignidad.

Que, de conformidad con el Plan de desarrollo regional concertado al 2021, en la Visión y objetivos estratégicos, el gobierno regional del departamento de Lambayeque aspira a tener **...Una sociedad regional con igualdad de oportunidades, equidad de género, en paz y justicia social...**, por tanto es su deber revertir la actual situación de las mujeres en el departamento de Lambayeque, con énfasis en las rurales de la costa y la región alto andina y urbano marginales, a través de la implementación del Plan Regional de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, y la priorización en la agenda regional de acciones afirmativas debidamente planificadas, articuladas e implementadas, que atiendan a disminuir las brechas de género existentes.

Este antecedente guarda relación con la tesis presentada en lo que respecta a la igualdad de la mujer al momento de realizar cualquier operación crediticia, pero que en la actualidad se ve vulnerado debido a que en el momento que la conyugue quiera o desee hacer alguna transacción crediticia deberá realizarla con el apellido del

esposo. Lo que busca de alguna manera la tesis presentada, una igualdad tanto para el esposo como la esposa al momento acudir a cualquier entidad financiera.

A su vez se diferencia en cuanto la tesis presentada especificara en lo que respecta en si a la obligatoriedad de la esposa de llevar el apellido del marido cuando desee realizar cualquier operación crediticia no dejando de lado la seguridad jurídica que esto implica.

Por otro lado, el estado de familia se prueba con el título formal formalmente valido. Por ejemplo, el estado de hijo y el de casado se prueban con las partidas de nacimiento y de matrimonio, respectivamente, expedidas por los registros del estado civil.

Si existe título de estado formalmente valido, este hace oponible el estado de familia erga omnes y, además, lo prueba. A falta de aquel, sin embargo, puede probarse el estado de familia con otros medios cuando no sea factible obtener el título. Por ejemplo, si no es posible obtener la partida de nacimiento por determinados motivos, el hijo puede suplir la carencia del título acreditando judicialmente que le corresponde el estado de familia que reclama por ser sus padres aquellos contra quienes acciona.

Además, cuando el estado de familia se obtiene a través de un proceso judicial como cuando se trata de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, la sentencia respectiva constituye también el título de estado en sentido formal. El hecho de la inscripción de la sentencia genera la publicidad del título, pero este, como tal, existe desde que la sentencia adquirió la calidad de cosa juzgada ”.

Formulación del Problema: ¿El registro de convivientes se constituirá mecanismo de protección frente al crédito hipotecario realizado dentro de las uniones de hecho en el Perú?

La Justificación “de la Investigación, esta investigación es necesaria para los responsables y comunidad jurídica en general desde una perspectiva teórica porque al revisar y analizar doctrinas que estudian los diferentes alcances del derecho al Nombre y las consecuencias del mismo en sus diferentes ámbitos para cual tendrá además en cuenta sus objetivos y conceptos referidos a los deberes y derechos en la unión de hecho para realizar créditos hipotecarios, aportando lineamientos y recomendaciones que contribuyan a reforzar la seguridad jurídica; así mismo, complementariamente, contribuir a que la incidencia social sea de manera positiva y no de la forma contraria.

*Metodológica.* -Es importante porque nos permite realizar análisis jurídicos respecto a la problemática de la Ley 30007, y sus implicancias en el registro de conviviente como mecanismo de protección frente al crédito hipotecario.

*Ámbito doctrinario.* Actualmente la doctrina del concubinato impropio sostiene que es aquella convivencia consensuada estable y habitual de dos personas que ostentan impedimento matrimonial sea porque ambos o uno de los convivientes se encuentran desposados civilmente con una tercera persona. Es por tal razón, que para el legislador la unión extramatrimonial ilegítima, es jurídicamente repudiable ya que no se han reconocido efectos personales y patrimoniales de las que gozan las uniones de hecho propias.

*Práctica.* - Actualmente el marco legal para el concubinato impropio no se encuentra establecido en el Art.5° de la constitución Política del Perú, justamente porque existe un impedimento legal ya que ambos son casados, o uno de ellos es el libre y el otro casado, lo que implica, que la carta política del Estado no tome en cuenta el régimen patrimonial del concubinato impropio. En el Código civil, en el Art. 326 Aborda el concubinato propio dejando totalmente a un lado el concubinato impropio.

*Social.* - En la ciudad de Chiclayo se ha dado y se sigue dando el concubinato de hecho impropio, por el qué se tiene la convicción de que este tipo de uniones de hecho impropia es el más adecuado ya que su unión concubinaria en la sociedad es inmediata y solo se unen y hacen vida de marido y mujer para que frente a la sociedad sea visto y aceptado como si fuese matrimonio.

*Importancia.* - El estudio es importante debido a que permitirá tener una visión sistemática de naturaleza jurídica de la unión de hecho, haciendo énfasis en la obligatoriedad de los convivientes de intervenir en los créditos hipotecarios realizadas en la unión de hecho, siendo de utilidad no sólo para los operadores del derecho, sino también para todas las personas, pues indicaremos los efectos jurídicos que generan tales situaciones jurídicas.

Actualmente se cuenta con un marco legal constitucional jerárquico desde el punto de vista jurídico y en primer orden la Constitución Política del Perú, en su Art 5° aborda

el caso del concubinato propio dejando en forma aislada el concubinato impropio. La investigación hace un análisis minucioso sobre lo que afirma la constitución en materia del concubinato; el mismo que permitirá clarificar el asunto en favor de muchos ciudadanos concubinos en la cuestión de repartición de bienes patrimoniales.

La Hipótesis. Si es necesario la apertura de un registro de convivientes, entonces se obtendrá un mecanismo de protección frente al crédito hipotecario realizado dentro de las uniones de hecho en el Perú

Objetivo General. - Analizar si el registro de convivientes se puede constituir como mecanismo de protección frente al crédito hipotecario realizado dentro de las uniones de hecho en el Perú.

Objetivos Específicos.

- Analizar la obligatoriedad de los convivientes de intervenir en el crédito hipotecario por el conviviente.
- Describir los aspectos generales de la unión de hecho y sus implicancias jurídicas.
- Proponer lineamientos para el registro de convivientes como mecanismo de protección en el crédito hipotecario ”.

*Limitaciones:* ”En el desarrollo de la investigación se previó algunas limitaciones durante la ejecución de la misma que requerirían de estrategias específicas para llegar a sobrepasarlas; en efecto, dichas limitaciones fueron superadas y fueron las siguientes:

- Acceso limitado a las sentencias o expedientes en donde se da cuenta de las sanciones emitidas por los jueces, o trámites realizados en las notarías de la ciudad de Chiclayo
- Escasos recursos económicos y materiales que permitan al investigador ampliar la jurisdicción de la presente investigación, por lo que nos hemos remitido a casos o encuestas que se realizan en el Distrito Judicial de Lambayeque ”.



## II.- MARCO TEÓRICO.

Antecedentes.

En España Etna Arceo Baranda (Arceo, 2016), Uniones de hecho familiares. El resumen de la tesis para la base de datos Teseo debe ser una presentación de la tesis y tener la extensión suficiente para que quede explicado el argumento de la tesis doctoral. El formato debe facilitar la lectura y comprensión del texto a los usuarios que accedan a Teseo, debiendo diferenciarse las siguientes partes de la tesis:

1. introducción o motivación de la tesis En Uniones De Hecho Familiares, Arceo Baranda expone que, en España y en México, desde hace algunos años se viene discutiendo si conviene que adquieran una mayor presencia o protección jurídica las uniones de hecho familiares.

Entonces la hipótesis de partida sería:

¿Es pertinente considerar tanto en el ámbito jurídico, político y social como o entre los nuevos tipos de familia a las uniones de hecho? Hipótesis que, concretada en objetivos específicos, podría formular dos interrogantes:

A. ¿Es pertinente que los sistemas jurídicos español y mexicano pretendan regular estos nuevos tipos de familia mediante figuras alternas al matrimonio? B. ¿Los diseños de estas nuevas formas de regulación de uniones de hechos, satisfacen todas las dudas posibles o generan mayores problemáticas sociales a las uniones de hecho constitutivas de cualquier tipo de familia española y mexicana? Ya que los derechos que contempla cada nueva unión regulada por el derecho no son equiparables a los de una unión regular entre heterosexuales, como es la unión de hecho constitutiva de familia a lo largo de la historia en casi todas las latitudes del planeta: el concubinato, pues no es en realidad un reconocimiento pleno por parte del Estado para con estos nuevos tipos de uniones, como familias.

Lo anterior lleva a problemas mayores como la estigmatización, discriminación o exclusión social de las personas, pero sobre todo a la reducción de los derechos integrantes de su radio de acción legal, gueto excluyente que el legislador les ha creado so pretexto de reconocerles personalidad en el ámbito jurídico, es decir, es demagogia o eufemismo, realmente perjudicial para el libre desarrollo de la personalidad, la construcción y desenvolvimiento de las familias.

2. Contenido de la Investigación La tesis presenta la problemática que existe actualmente acerca del reconocimiento de las uniones de hecho como familia, basada en el análisis de la doctrina, legislación relacionada y jurisprudencia, ofreciendo alternativas de solución a las necesidades de estas nuevas realidades en materia de uniones. Lo anterior presentado en cuatro capítulos, referentes el primero, a las perspectivas sociológicas y antropológicas de la familia, el segundo a sus antecedentes históricos, el tercero a las uniones de hecho como familia en México y el cuarto a las uniones de hecho como familia en España.

La investigación es monográfica, cualitativa, explicativa-correlacional, a partir de la descripción de conceptos y fenómenos relacionados pretendiendo exponer el contexto de las uniones de hecho en España y México, así como analizar su status respecto de otro tipo de uniones más formalizadas como el matrimonio, e incluso con otras no formalizadas, aunque más reguladas desde hace mucho, como el concubinato.

3. Conclusión Con el rango de conclusión general a guisa de silogismo con dos premisas y una conclusión:

A).- Si las uniones para cohabitar y posiblemente engendrar, o no, se inscriben en el derecho de familia y las uniones de hecho de cualquier tipo, son instituciones o figuras jurídicas familiares, deben también ubicarse en el Código Civil o Familiar.

B).- La inclusión de dichas figuras en el Código Civil o Familiar no se ha hecho en México ni en España en la totalidad de la legislación general para el reino o a nivel federal para la república, ni en toda la legislación autónoma o de las Entidades Federativas ”.

Colombia, (Briones, 2012), “ las garantías de los derechos del ser humano realmente adquieren relevancia y gracias a las cualidades que caracterizan al Estado Ecuatoriano, y estas están consagradas en la Constitución de la República, en el Artículo 68 en la que se refiere de las uniones de hecho.

En este contexto, la finalidad y el rol del Estado y de las relaciones económicas, sociales y políticas son determinadas con la finalidad de que las personas que viven en este régimen estado de uniones de hecho, tengan el mismo derecho y garantía como que si vivieran casados, así mismo lo establece la ley en el Libro 1, Título VI del Código Civil Ecuatoriano, se refiere de las uniones de hecho, desde el Art. 222 hasta el Art. 232, sobre la unión de dos personas, libres de vínculo matrimonial que constituye la unión de hecho. Esta figura jurídica que fue creada en el año 1982 con la intención positiva de proteger a

la familia que sin haber celebrado solemnemente un contrato matrimonial, se establezca la unión de hecho como también la sociedad de hecho.

Al desarrollar el presente tema investigativo, se ha planteado como objetivo primordial efectuar un análisis acerca de la falta de un procedimiento específico para la terminación de las uniones de hecho, ya que surge como una necesidad imperiosa de conocer los diferentes vacíos jurídicos que existe en la norma positiva civil.

Por lo que, se recopiló para el efecto información suficiente y necesaria referente a la terminación de unión de hecho; con reseñas históricas; revisando varias leyes, que deslumbra ideas clara y precisa; el derecho comparado de otros países, para el análisis a los vacíos jurídicos existente en el Código Civil ecuatoriano en el Art. 226 literal b.

La investigación del respectivo tema se inicia con el conocimiento previo de la problemática con la delimitación de la misma, recurriendo a la justificación y se planteó objetivos, con la finalidad de que existan las debidas garantías legales a la terminación unión de hecho controversiales, tal como el principio de la legalidad, el principio de equidad, el principio de igualdad, de todos los bienes adquiridos en la constitución de la unión de hecho e inclusive que exista la seguridad jurídica de los hijos, para que de esta manera no se permita la vulneración más los derechos del accionado(a) .

Nacional, (Bermeo, 2016); “la presente investigación tuvo como objetivo general demostrar que la regulación de la institución del patrimonio familiar en nuestro Código Civil constituye un instrumento eficaz para el garantizar el respeto de los derechos fundamentales a favor de quienes conforman una unión de hecho: El diseño dela investigación fue no experimental, con una muestra de 174 abogados civilistas con especialidad en el área de familia, con más de diez años de experiencia, seleccionados por muestreo probabilístico simple al azar, quienes fueron encuestados.

La regulación del patrimonio familiar, o bien de familia como se le conoce en otros países, a favor de quienes conforman unión de hecho, permite el respeto de los derechos constitucionales a la Dignidad Humana así lo consideró el 93.1% de los encuestados afirmó que consagra el respeto a la autonomía de los convivientes y el 95.4% que garantiza el respeto al Principio Pro Homine; así como el Derecho de Igualdad ante la Ley y la no discriminación como los obtuvo el 96.6% de la muestra. En el Perú existen muchas familias formadas por personas que no teniendo impedimento de contraer

matrimonio, deciden no casarse, y siendo la familia una institución natural, sus derechos no pueden supeditarse a la formalidad del matrimonio, por ende el patrimonio familiar, no puede ser un mecanismo de amparo familiar exclusivo para los cónyuges, sino también para quienes conforman una unión de hecho, pues ello concretiza la protección de la familia como lo sostuvo el 80.5% de la muestra, además de proteger la vivienda familiar y garantizar la subsistencia de la familia y la propiedad de acuerdo al 83.9% y 86.2% de la muestra encuestada, además de cautelar el carácter inalienable e inembargable del patrimonio, así lo consideró el 86.2% y el 82.9% de los encuestados”.

(Quispe De La Cruz, 2017), la “presente investigación está referida al estudio del Reconocimiento de unión de hecho, por un centro de conciliación y su influencia del ordenamiento jurídico colombiano en la localidad de Huancavelica, en el período 2016, pues en el ámbito jurídico – familiar es significativo que algunas instituciones jurídicas familiares sean reconocidas en forma sucinta como es el caso de las uniones de hecho; siempre en cuando cumplan con las formalidades requeridas para tal reconocimiento. La siguiente investigación se basará en profundizar ¿Cuál es la influencia de los fundamentos del ordenamiento jurídico colombiano para un reconocimiento de unión de hecho por un centro de conciliación autorizado, en la localidad de Huancavelica - 2016?

Esta investigación se realizó a partir del siguiente Objetivo General: Determinar la influencia de los fundamentos del ordenamiento jurídico colombiano en el reconocimiento de unión de hecho por un centro de conciliación autorizado, en Huancavelica - 2016. Para ello, resulta necesario señalar que a través de la Ley 979 de 2005, el Congreso de Colombia Decretó lo siguiente:

**Artículo 1°.** El artículo 2° de la Ley 54 de 1990, quedará así: Artículo 2°. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios: 1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo. VIII 2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo”.

(Castro, 2016), “La presente tesis de grado, titulado La unión de hecho que se da en el centro comunal familiar del barrio de Santa Ana, frente al matrimonio – Huancavelica - 2015, está compuesta de cuatro capítulos en los cuales se desarrolla una síntesis del tema investigado. Asimismo, se da a conocer la realidad de estas dos figuras jurídicas, como es la Unión de Hecho y el Matrimonio dentro del yugo familiar.

Para hacer posible de este trabajo de investigación, fue necesario ver los antecedentes, bases teóricas, jurisprudencias, convenciones, acuerdos plenarios y leyes que protegen a la figura de Unión de hecho, de los cuales se ve que la figura de Unión de Hecho o más conocidos también como concubinato, uniones libres, entre otras (conocidas en otras legislaciones); fue adquiriendo campo en el ámbito familiar, de manera muy liberada sin mucha restricción y protección a la familia propiamente dicha.

Por otra parte, la figura del matrimonio es una institución reconocida por la legislación peruana, con todas las garantías y protecciones establecidas; por lo que no genera problemas en el yugo familiar, consecuentemente, no es materia de investigación en el presente trabajo abordado. Consecuentemente para determinar o llegar a una respuesta sustentada, fue necesario recoger información de un determinado población, elegida en este presente trabajo el Centro Comunal Familiar del Barrio de Santa Ana del distrito provincia y departamento de Huancavelica, con una población de 50 personas; una vez recogido información mediante una encuesta, se procedió a analizar y deliberar las hipótesis planteadas en el presente trabajo de investigación; llegando así que la figura Unión de hecho debe ser una alternativa de dar solución en hechos muy específicos dentro de una situación familiar y no abarcar a la igualdad de un matrimonio, que es necesario su cumplimiento de ciertos requisitos estipulados en la legislación peruana”.

### Bases Teóricas.

La Unión de Hecho.- “Etimología, Algunos autores manifiestan que el término concubinato proviene del latín concubinatur, que significa dormir juntos; también se sostiene que el término concubinus derivaría de las voces cum (con) y cubare (unirse), haciendo referencia al consorcio lícito de un hombre con una mujer sin que entre ellos hubiese matrimonio (licita consuetudo, causa non matrimonii).

Para (Varsi Rospligliodi, 2011), el término concubinato deriva del latín concumbere, cum (con) cubare (dormir). Literalmente significa acostarse con, dormir junto a, yacer juntos, una comunidad de lecho. Se trata de una situación de hecho consistente en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables y vivir juntos.

Antecedentes históricos del concubinato, En el Derecho Romano.- El derecho romano consideró al concubinato como una forma de cohabitación que no poseía ‘affectio maritalis’. Los romanos permitieron el concubinato como forma de facilitar la unión de ciertas parejas, cuando según las estrictas costumbres del ius civile, la mujer no podía obtener el rango de esposa legítima.

Ejemplos de concubinato en la época romana era la unión de un patrón con su liberta, la unión de un ciudadano romano con una manumitida, o la unión de un gobernante con una mujer de su provincia considerada indigna, en términos generales, se tomaba como concubina a la mujer con quien según las normas y las clases sociales romanas, no se podía contraer matrimonio. Los romanos no podían tener más de una concubina.

Para los romanos el concubinato tenía la naturaleza de matrimonio inferior en referencia a las justas nupcias, los romanos dan el nombre de concubinus a una unión de orden inferior, más duradera, y que se distinguían así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa; tal y como una manumitida o una ingenua de baja extracción.

Sólo las justas Nupcias eran consideradas como la unión indisoluble de un varón y una mujer reconocidas por el derecho de los ciudadanos romanos o derecho civil (ius civile), a diferencia del concubinato, las justas nupcias o matrimonio romano, producían

efectos jurídicos tales como la patria potestad o el parentesco civil, tomando el varón el título de vir y la mujer el título de uxor, para ellos estaba reservada la dote.

El concubinato se mantenía excluido del derecho civil romano, en razón de esto no producía efectos jurídicos, no había ninguna formalidad para constituir y disolver el concubinato, este podía disolverse en cualquier momento por voluntad concertada o unilateral de la pareja, sin que se aplique la figura del repudio. El rango inferior del concubinato se dio también a nivel de los hijos nacidos de esta unión, quienes no eran considerados legítimos, adquiriendo la condición y el estatus jurídico de la madre.

Con el paso del tiempo, la severidad de las leyes romanas se fueron atenuando, permitiéndose a algunos concubinatos alcanzar la calidad de justas nupcias, las libertas podían ya adquirir la calidad de uxor, en la época de Justiniano se amplió aún más la legislación y los derechos de los concubinos. Este emperador, les reconoció a los hijos un derecho a la herencia intestada del padre, derecho que hizo extensivo a la misma concubina que concurría a ella con sus hijos. Y, al efecto, tomaba la sexta parte de los bienes intestados y se la dividían por cabezas, siempre que no existiesen legítimos, pues en este caso o de sobrevivir la esposa, apenas gozaban de alimentos. El padre, por su parte, adquirió también en aquella época un derecho de sucesión en los bienes de sus hijos naturales.

Los emperadores cristianos buscaron suprimir el concubinato, por considerarlo una unión inmoral, para ello ofrecieron ventajas jurídicas a los concubinos con el fin de que optarán por formalizar su unión, convirtiéndole en justas nupcias. Constantino ofreció legitimar a los concubinos y a sus hijos siempre que contrajeran justas nupcias; Anastasio fue todavía más lejos, pues decidió que, tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las justas nupcias; a pesar de los intentos de los emperadores romanos, el concubinato subsistió como institución.

En el Derecho Canónico y español. - En la Biblia encontramos pasajes que hacen referencia al concubinato. En el libro de Génesis se cuenta que Abraham tomó a la esclava Agar como concubina, en vista que su esposa Sara no había podido concebir, es su misma esposa Sara quién ofrece a su esclava Agar para que esta le dé un heredero, es entonces que Agar dio a luz a Ismael; asimismo en el libro de Reyes se cuenta que el Rey Salomón

amó a muchas mujeres extranjeras, el Rey tuvo setecientas esposas oficiales y trescientas concubinas. Como se puede apreciar de estos pasajes del antiguo testamento, el concubinato era una práctica común de los patriarcas y reyes.

El derecho canónico contempló 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 Sevilla.

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.

Es recién en el siglo XVI, que la Iglesia Católica tomó una dura postura contra el concubinato, el cual había sido tolerado hasta entonces. Los protestantes siguieron el ejemplo de la Iglesia Católica en este sentido, y también comenzaron a tomar medidas enérgicas contra esta práctica. Ambas iglesias favorecieron el 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 territorios. La condena al concubinato se dio principalmente a través del Concilio de Trento, a partir de este Concilio se exigió que los contrayentes maritales manifestarán su consentimiento ante un párroco y en presencia de dos testigos, asimismo se crearon los registros parroquiales a fin de inscribir los matrimonios, se prohibió y se condenó cualquier clase de convivencia fuera del matrimonio religioso, estableciendo severas penalidades para los concubinos que no hubieran formalizado su unión, el concubinato se convirtió en algo ilegítimo, en un delito.

Hasta el Concilio de Trento, la prohibición de la Iglesia tenía como único propósito el concubinato cualificado (sacrilegio, adulterio, incestuoso y familiar) pero con este Concilio hasta el propio concubinato sencillo se convirtió en objeto de castigo.

En el Derecho Liberal-Francia, La Revolución Francesa cambió radicalmente la política legislativa del concubinato, la ley simplemente ignoró al concubinato, ni le brindó reconocimiento, muchos menos derechos, ni lo condenó, simplemente lo desconoció. Napoleón había dicho: Los concubinos de 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 jurisprudencia ”.

El Concubinato “en el Perú.- En la época Precolonial y Colonial, a propósito del Servinakuy.- En el incanato, se conoció una especie de unión de hecho bajo el nombre de servinacuy o servinakuy. Este término servinakuy no es quechua ni castellano, sino un híbrido surgido durante la Colonia. Se forma con la abreviación castellana, serví, alusiva a servicio, y el afijo quechua nakuy, que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación.

El servinakuy era una institución prematrimonial, si quiere llamarse en otras palabras un matrimonio de prueba, se basaba en un conocimiento previo de la pareja, en un trato intersexual previo, la pareja convivía por un tiempo, si la convivencia no funcionaba, la pareja se separaba y la doncella simplemente regresaba a su casa, en caso contrario se pasaba a la etapa del matrimonio; su origen se remonta a épocas anteriores a los Incas, esta institución era y es tan arraigada a las costumbres indígenas, sobretodo de la sierra central del Perú, que logró sobrevivir al catolicismo impuesto por la conquista que lo condenó y a los tres siglos de coloniaje, manteniéndose en la época republicana hasta el día de hoy.

En la época de La República. - Nuestra tradición católica y la influencia del derecho canónico, dieron lugar en un principio, a la confinación jurídica del concubinato, de hecho, el concubinato no era un tema a tratar para el legislador de los códigos civiles de 1852 y de 1936.

En los inicios de la República, el único matrimonio reconocido por la norma civil, era el matrimonio religioso, por ello cualquier relación mantenida al margen de esta unión era inmoral; la discriminación no sólo se dio a expensas de la pareja convivencial, sino también a expensas de sus hijos, quiénes al no haber nacido en una unión formal para la sociedad de aquel tiempo, eran considerados con el término poco afortunado de ilegítimos, poco afortunada también fue la regulación jurídica de los hijos ilegítimos, quiénes vieron degradados sus derechos en relación a los hijos legítimos, los mal llamados hijos ilegítimos prácticamente fueron repudiados por el Código Civil de 1852.

El código civil de 1936, tampoco reconoce efectos jurídicos a las uniones de hecho y mantuvo la infeliz terminología de hijos ilegítimos. Los avances en cuanto al tema concubinato en este tiempo se dio a través de la jurisprudencia, el concubinato era tratado principalmente desde una óptica patrimonial, se cauteló el enriquecimiento indebido, entendiéndose que uno de los concubinos no podía enriquecerse a expensas del otro, otorgándose en muchos casos a las concubinas, casi siempre la persona afectada por el abandono de su conviviente, el 50% del patrimonio formado durante la convivencia.

Tuvieron que pasar muchas décadas, para que las uniones de hecho encontraran reconocimiento en la norma civil, así finalmente el Código Civil de 1984, que siguió los lineamientos de la Constitución Política de 1979, reconoció la existencia de las uniones de hecho y con ello, reconoce efectos jurídicos patrimoniales y personales a los concubinos, aunque de manera limitada; en lo que respecta a los hijos, se establece el principio de igualdad de la filiación a través del art. 6 de la Constitución de 1979, descartándose para siempre el desventurado término de hijos ilegítimos y las diferencias establecidas en el pasado entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

*Nomen iuris y definición.* - Para la Real Academia Española concubinato es la relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados. Este término ha sido adoptado por el artículo 5 de nuestra Constitución Política vigente.

Durante el tiempo se han utilizado una serie de términos para llamar a esta forma familiar, dentro de éstos se le suele comúnmente llamar concubinato como lo ha denominado nuestro Texto Constitucional, también se le conoce como uniones de hecho como lo llama nuestro Código Civil, asimismo es común llamarles uniones estables, convivencia more uxorio, unión libre, unión extramatrimonial, familias de hecho o matrimonio aparente, también se les llamó en el pasado despectivamente como uniones ilegítimas o uniones informales; sea cual sea la denominación que utilicemos en esta obra para llamar a esta forma familiar de las antes citadas, a excepción de términos carentes de sentido como llamarlas uniones ilegítimas, pues la unión estable no es una forma familiar que se oponga a la ley, es que el lector deberá identificar que nos referimos a un mismo y único molde familiar.

Del término concubinato, es que se derivan los términos concubino y concubina, comúnmente utilizados por la jurisprudencia y por la doctrina para llamar a la pareja

heterosexual que conforman este núcleo familiar, aunque la utilización del término concubino ha encontrado oposición de cierta parte de la doctrina, así manifestaba Néstor Solari, que concubina es la mujer que hace vida en común con el hombre. En cambio, concubinario, es el hombre, que hace vida en común con la mujer. Adviértase que el diccionario, según la Real Academia Española, no contempla el término usual entre nosotros, de concubino. (Solari, 1999. p.18)

También se suele llamar convivientes a la pareja que conforma una unión de hecho.

Antes de dar nuestra propia definición de este núcleo familiar, es que nos hemos permitido recoger la opinión de reconocidos juristas, así:

Para Bossert y Zannoni, el concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos en matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida similar a la que existe entre cónyuges. Estos juristas argentinos manifestaban asimismo que el concubinato, como unión de hecho, se distingue de las uniones sexuales accidentales que no generan las situaciones de trascendencia jurídica a que da origen la unión estable o permanente. (Bossert, 2004, p.423)

Para Arturo Yungano, el concubinato es el estado aparente de matrimonio. Dos personas -de distinto sexo- viven en común, constituyen un grupo familiar juntos con sus hijos, pero no tienen el título de estado, es decir, no están casados. Tal situación si bien no se asimila al matrimonio tiene algunos efectos. (Yungano, 2001, p. 35)

Néstor Solari recogiendo la opinión de Julio López de Carril y dándonos un concepto amplio de concubinato, lo define como la unión estable de un hombre y una mujer que sin haber celebrado matrimonio hacen vida marital cualquiera que sea el estado de ambos.

Citando a Hernán Corral Talciani, Javier Peralta manifestaba que se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables y vivir juntos no ‘hasta que la muerte los separe’, sino hasta que la Vida los separe’.

Para Cornejo Chávez, debajo de la unión legal que es el matrimonio, existe la de hecho, que es el concubinato.

Francisco M. Ferrer, manifestando una postura radical y despreciativa respecto del concubinato, sostiene que no es una forma de derecho, sino simplemente un hecho; una

situación jurídicamente inexistente, inorgánica, desprovista de todo status, de toda fuerza obligatoria. No existe ningún vínculo de derecho entre los concubinos. Jurídicamente son extraños entre sí, y por lo tanto esa unión no es fuente de derechos ni de obligaciones recíprocas para quienes la mantienen.

Desde nuestro punto de vista, hablamos de concubinato, unión de hecho o unión estable, para referirnos a aquel tipo de familia originada por la unión monogámica de un varón con una mujer, quienes sin estar casados, hacen vida de casados, con propensión de habitualidad, permanencia y publicidad”.

Naturaleza Jurídica. – “Son muchas las teorías que han tratado de establecer la naturaleza jurídica de las uniones de hecho.

Algunos han citado que se trataría de una relación contractual o de un acto jurídico familiar, aplicando la misma teoría contractualista que alguna vez se le atribuyó al matrimonio, bajo esta teoría, la unión estable sería la respuesta a la libre voluntad de los concubinos, quienes partiendo de su insubordinada autonomía, establecen relaciones jurídicas entre ellos. Esta acepción no sería la más adecuada, pues todo contrato hace referencia a una relación jurídica de orden patrimonial, no teniendo en sí el concubinato ni un contenido patrimonial, ni un contenido económico, en efecto, en la unión de hecho se establecen relaciones jurídicas familiares que van más allá de lo puramente patrimonial, se establecen relaciones personales entre los convivientes y entre éstos y sus descendientes, que prevalecen y llegan a escapar de toda concepción contractualista.

Es entonces más acertado y más acorde con esta tipología familiar, establecer la naturaleza jurídica de las uniones de hecho a partir de una teoría de similitud, a partir de una teoría de equivalencia o de apariencia, lo que nos llevaría a concluir que las uniones de hecho son en esencia una institución familiar semejante al matrimonio, algunos incluso lo han llegado a catalogar como un tipo de matrimonio, como un matrimonio informal. Es acertado establecer la naturaleza jurídica del concubinato a través de la teoría de la equivalencia o apariencia, toda vez que las uniones de hecho poseen una estructura, un funcionamiento o si quiere llamarse en otras palabras, una naturaleza jurídica equivalente al matrimonio. En ambos casos hablamos de la unión intersexual voluntaria de un hombre con una mujer, en ambos casos hablamos de una unión con características de permanencia

y habitualidad y con vocación de asistencia recíproca y fidelidad, en ambos casos se establecen relaciones patrimoniales semejantes.

Nuestra legislación ha acogido esta teoría de la similitud, entendiendo a la unión de hecho como una apariencia del estado matrimonial, al menos en lo que se refiere al aspecto patrimonial, así tanto nuestra Constitución, como nuestro Código Civil vigente establecen 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 la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Clasificación. - Unión de Hecho Propia, Pura o Unión Estable.- También llamado por la doctrina como concubinato propio. Es la convivencia intersexual, consensuada, estable y habitual, de un varón con una mujer, libres de todo impedimento matrimonial. Hablamos de unión de hecho propia, para referirnos a la unión libre de dos personas solteras, de dos personas que no se encuentran atadas por ningún compromiso matrimonial previo y quiénes se encuentran habilitados para trasmutar su unión en un matrimonio civil. Este es el tipo de concubinato que ha encontrado reconocimiento en el texto Constitucional de 1993 y en el Código Civil de 1984, extendiéndosele tanto derechos patrimoniales como personales, pues tanto en el artículo 5 de nuestra Constitución, como en la unión estable genere efectos jurídicos, esto es que la unión provenga de un varón con una mujer libres de impedimento matrimonial.

Siguiendo las ideas de Emilio Valverde, Héctor Cornejo refiriéndose a este tipo de concubinato, lo clasificaba como un concubinato en sentido restringido, 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 matrimonio, de donde se infiere que no solamente la relación sexual esporádica y el libre comercio carnal, sino también la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio, queda excluida del concepto estricto de concubinato .

*Peralta*, Javier (1995) se refería a este tipo de concubinato manifestando que se presenta como una unión extramatrimonial duradera, entre un varón y una mujer, de modo que puedan transformar su situación de hecho en una de derecho, por no existir

impedimento alguno que obste la realización del matrimonio civil. Viven en concubinato propio los solteros, los viudos, los divorciados y aquéllos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo judicialmente.

Siguiendo el sistema jurídico y la doctrina brasileña, Enrique Varsi no se muestra conforme con la terminología usualmente empleada y diferencia los términos unión estable y concubinato, quiénes a decir de este autor no son locuciones sinónimas. Varsi manifiesta que la unión estable y el concubinato siempre serán una unión de hecho. La unión estable sería la unión de hecho pura o propia. El concubinato sería la unión de hecho impropia o impura, porque las partes están en una situación que les impide casarse.

Unión de Hecho Impropia o Impura. - También llamado comúnmente concubinato impropio, que ha contrario sensu de la unión de hecho propia, es la convivencia consensuada, estable y habitual, de dos personas que ostentan impedimento matrimonial<sup>1</sup>, sea porque uno o ambos convivientes, se encuentra o se encuentran desposados civilmente con una tercera persona.

(Peralta, J 1995) nos ilustra manifestando que esta unión de hecho, se presenta como una unión extramatrimonial ilegítima por existir un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio. En este caso, los concubinos no pueden contraerlo porque uno de ellos o ambos a la vez tienen impedimento o se hallan unidos a otro enlace civil anterior. Es de advertir, que, en el concubinato impropio, no sólo no pueden contraer matrimonio civil en razón que uno o ambos están ligados anteriormente a otro enlace, de igual naturaleza, sino además porque medien otras causas expresamente determinadas en la ley. Estas causas son la impubertad, la enfermedad crónica, contagiosa o transmisible por herencia o vicio que constituya peligro para la prole; la enfermedad mental crónica, la consanguinidad en línea recta, etc.

---

1 El art. 241 del C.C. de 1984, norma los impedimentos matrimoniales absolutos para contraer matrimonio civil, manifestándose de la siguiente forma: No pueden contraer matrimonio:

1.- Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.

2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole.

3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.

4.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosordos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable (Inciso derogado por la ley 29973, ley general de la persona con discapacidad).

5.- Los casados.

A su vez el art. 242 del mismo Código (...).

Algunos autores, han extendido el concepto de unión de hecho impropia hasta las familias homoafectivas, pues a diferencia de las uniones de hecho propias donde se exige la concurrencia de una pareja heterosexual para encontrar reconocimiento jurídico, el concubinato impropio al no estar atado a las antes mencionadas reglas, podría establecerse respetando o no la diversidad de sexos. Max Arias Schreiber, refiriéndose a este tipo de concubinato manifestaba que la unión de hecho impropia no reúne las condiciones relativas a la diversidad de sexos, a la monogamia y a la libertad de impedimento matrimonial -no produce los efectos contemplados en la ley”.

(ARIAS SCHREIBER PEZET, 2002. p.266) “al ser el concubinato impropio para el legislador una unión extramatrimonial ilegítima, prohibida, jurídicamente repudiable, es que no se le han reconocido los efectos personales y patrimoniales de los que gozan las uniones de hecho propias, sin embargo, este tipo de unión tampoco ha sido confinada al absoluto desamparo legal, pues tal y como lo establece el último párrafo del art. 326 del C.C., para los concubinos de una unión de hecho impropia, se les ha reservado el derecho de reclamarse entre sí, el enriquecimiento indebido, figura del libro de fuentes de las obligaciones regulada en el art. 1954 del C.C., el cual establece que: Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

#### Teorías legislativas de las uniones de hecho

*Teoría de la uniformidad.*- Esta teoría reconociendo a las uniones de hecho como un fenómeno social cierto y presente, que produce efectos jurídicos y que no puede ser ignorado, equipara al concubinato de forma plenaria con el matrimonio civil, brindándole a aquél sin hacer distinción alguna, todos los efectos jurídicos de éste. Bastará para alcanzar dichos efectos, que se acredite la existencia, la permanencia y la estabilidad de la convivencia.

Esta teoría también se condice con la teoría de la no discriminación, manifestándose que no puede discriminarse ni a los concubinos, ni a los descendientes de éstos, por el sólo hecho de no existir vínculo matrimonial. Generalmente han asimilado esta teoría los países de influencia socialista.

Para esta teoría, no puede establecerse un trato diferenciado entre individuos, considerándolos dentro de uno u otro grupo social, es inconciliable privilegiar a un grupo

sobre otro y más aún, es incompatible establecer diferencias entre uno u otro grupo social, desconociendo su análoga identificación.

Los críticos de esta teoría señalan que imponer a los concubinos el mismo tratamiento jurídico que a los consortes maritales, sería una forma de quebrantar su derecho a la libertad, pues estas personas en ejercicio de dicho derecho optaron por la convivencia more uxorio para desasirse de los derechos, obligaciones y formalidades del matrimonio. Así por ejemplo para Rafael Navarro, la regulación orgánica del concubinato supondría una doble desnaturalización: la de la propia unión libre al hacer perder la libertad a los concubinos y, por otro lado, la dilución de la familia matrimonial al equipararse ésta a la convivencia more uxorio. (VEGA MERE, 2009)

*Teorías Negativas.* - Que a contrario sensu de la teoría de la uniformidad, son aquellas que no reconocen, ni otorgan ningún efecto jurídico a las uniones de hecho. Dentro de ellas encontramos las siguientes:

*a.- Teoría Sancionadora.*- La teoría sancionadora que es la más radical de las antes indicadas, prohíbe y sanciona toda forma de concubinato, para esta teoría el concubinato pone en riesgo a la familia, al ser una unión frágil e informal, que puede terminar por el simple deseo de uno de los concubinos, en detrimento de su pareja convivencial y de los hijos nacidos de esta unión, para esta teoría por lo tanto, el concubinato es un verdadero peligro para la sociedad, para el matrimonio y debe ser erradicado, esta teoría radical sigue las ideas del Concilio de Trento, que en el pasado llegó a criminalizar a las uniones de hecho impropias y aún a las uniones de hecho propias.

*b.- Teoría de la Indiferencia.* - La teoría de la indiferencia, en cambio sigue las ideas napoleónicas, para esta teoría el concubinato simplemente tiene que ser ignorado, es inexistente para la norma, esta teoría se basa en ese viejo enunciado que ya hemos citado, por el cual se dice que así como los concubinos ignoran a la ley, la ley debe ignorar a los concubinos. En los países donde se ha aplicado esta teoría, han sido los jueces, es decir la jurisprudencia, la que ha debido determinar la solución a los conflictos originados al interior de las familias de hecho.

Teoría de la retracción. - Esta teoría reconoce la existencia del concubinato y como fenómeno social real y palmario, le brinda ciertos efectos jurídicos muy limitados, principalmente de orden patrimonial, que procuren su no equiparación con la unión matrimonial.

Al momento de su dación, el Código Civil de 1984 acogió esta teoría, siguiendo los lineamientos de la Constitución Política de 1979, en ésta no se condena a la convivencia *more uxorio*, no se le niega, ni se le ignora, más bien reconociendo que al interior de las uniones de hecho se producen relaciones familiares, es que se otorga a los concubinos efectos jurídicos personales y patrimoniales, con la característica precisa de la contracción o retracción, es decir de la limitación de estos efectos. Para la teoría de la retracción, la ley no puede desconocer, ni ignorar la relación de vida establecida ente los convivientes, debe protegerse a las partes débiles de las familias convivenciales, que comúnmente son la mujer y los hijos, razón por la que el concubinato debe ser reconocido por el derecho objetivo, pero de forma circunscrita, lo cual implica impedir a los concubinos el acceso integral a los derechos matrimoniales, pues estando esta teoría aun influenciada por el pensamiento romano, es que el concubinato es visto todavía como una unión de segundo grado.

Esta teoría se resiste a asemejar jurídicamente a las uniones de hecho con los matrimonios civiles, pues originalmente el fin de la misma no es la equiparación de la unión de hecho con la unión matrimonial, sino la extirpación progresiva de aquella y la prevaecía de ésta, en palabras menos extremas, busca desincentivar a las parejas de unirse en concubinato a través de la limitación de sus derechos personales y patrimoniales. Así decía Cornejo Chávez, que el mero raciocinio parece conducir a la conclusión que en primer término se ha sugerido, esto es, a la necesidad de buscar la extirpación del concubinato y su sustitución por la unión matrimonial ajustada a ley.

*Teoría del Equilibrio.* - Existiría una cuarta hipótesis, a la que nosotros hemos decidido llamar teoría del equilibrio, también podríamos signarla como teoría de la proporción o teoría de la sensatez; que es la teoría a la cual creemos que viene virando nuestro Derecho de Familia actual, prueba de ello es el reconocimiento de derechos sucesorios o la pensión de viudez a los concubinos. Esta teoría propone que al ser las uniones de hecho un fenómeno recurrente en nuestra sociedad, al ser las mismas fuente

de relaciones familiares y consecuentemente a ello, fuente de relaciones jurídicas, donde se producen efectos patrimoniales y personales similares al matrimonio; es que a fin de evitar situaciones injustas para los convivientes y a fin de brindarles seguridad jurídica, que en determinadas circunstancias deberán de resolverse los conflictos de las uniones de hecho, aplicándose las mismas reglas jurídicas destinadas a los consortes maritales, al ser reglas más oportunas y eficaces, pues han tenido su origen en el Derecho de Familia y no así en el Derecho de Obligaciones, sin que esto signifique una paridad normativa entre ambas formas familiares.

Siguiendo las ideas de Guido Alpa, Yuri Vega Mere manifestaba que dentro de las actitudes asumidas por los juristas en cuanto a las familias de hecho, existe la actitud favorable provenientes de aquellos que entienden que la familia de hecho es un fenómeno jurídico, tutelado por la Constitución, disciplinado en algunos aspectos por la ley, que se debe acercar en algunos casos a la familia fundada en el matrimonio, sin discriminaciones, este autor, señala que ésta es la posición imperante en la doctrina italiana de hoy y que se va abriendo camino en otras latitudes, dado que no equipara la convivencia more uxorio a la familia matrimonial en todos sus aspectos ”.

#### Teorías Legislativas de las Uniones de Hecho

##### Cuadro Resumen Nro. 1

|                          |                                                                                                                                                                                                                                                    |
|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Teoría de la Uniformidad | Brinda a las uniones de hecho todos los efectos jurídicos del matrimonio, sin hacer distinción alguna. Su objetivo es proteger plenariamente a las uniones estables.                                                                               |
| Teorías Negativas        | <p>Teoría Sancionadora</p> <p>Sanciona toda forma de concubinato. Busca la extirpación radical del concubinato, condenándolo.</p> <p>Teoría de la Indiferencia</p> <p>Sigue las ideas napoleónicas, simplemente ignora a las uniones de hecho.</p> |

|                         |                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Teoría de la Retracción | Basada en las ideas romanas, ve al concubinato como una unión de segundo grado o de segunda categoría, busca erradicarlo progresivamente, haciéndolo poco atractivo, mediante la limitación de los derechos personales y patrimoniales de los concubinos. |
| Teoría del equilibrio   | Sin equiparar jurídicamente concubinato con matrimonio, otorga efectos jurídicos matrimoniales a las uniones de hecho, a partir de la autointegración analógica, su fin es la seguridad jurídica y el bien común de los convivientes.                     |

*Características de las uniones de hecho según nuestra legislación.* - El art. 5 de la Constitución Política de 1993, regula al concubinato señalando 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 la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable asimismo el art. 326 del Código Civil regula al concubinato señalando 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, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Como se puede apreciar, nuestra legislación regula y brinda efectos jurídicos al llamado concubinato propio, por lo que todas aquellas familias de hecho que no reúnan las características a continuación descritas, son consideradas como concubinato impropio.

De la definición de concubinato que nos da la propia norma, es que se desprenden sus principales características, así tenemos las siguientes:

Unión Heterosexual, Monogámica y Singular. - La norma constitucional y civil se refieren a la unión estable de un varón y de una mujer, entendemos por lo tanto que se trata de una unión intersexual, varón-mujer, de una unión heterosexual, quedando descartadas las uniones homoafectivas, dado que se propugna el respeto a la diversidad

de sexos; por otro lado, se habla de la unión de un solo varón con una sola mujer, por lo que se desprende que esta unión es monogámica.

Esta característica de la singularidad, es descrita por Zannoni y Bossert, manifestando que, en cuanto a la singularidad de la unión, se tiene en cuenta que la posesión de estado de los concubinos se traduce en el hecho de la unión estable y permanente monogámica, remedo del matrimonio mismo. Por eso se requiere que los caracteres de estabilidad y permanencia de la unión se den solamente entre un hombre y una mujer.

*Unión Libre y Voluntaria.* - Al citar la norma civil que es una unión voluntariamente realizada, es que se desprende que el concubinato nace de la libre determinación y voluntad de los concubinos, como decía Yuri Vega, debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes; no cabe, no es posible pensar en una convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela el *affectio maritalis*, aunque la voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios).

*Unión Estable y Permanente.* - Al citar la norma constitucional que se trata de la unión estable de un varón con una mujer, hace referencia la solidez y permanencia de la vida de pareja convivencial, por lo que se descarta la unión sexual azarosa, se descarta el encuentro sexual eventual y el comercio sexual, se requiere necesariamente que exista comunidad de vida entre los concubinos y no podría ser de otra manera, pues de otra forma no podríamos hablar de un estado aparente de matrimonio.

Como bien señalaba Enrique Varsi citando a la autora argentina Graciela Medina, la cohabitación implica compartir conjuntamente un mismo domicilio, una relación de pareja y tener una organización económica común. Ello permite descartar como unión de hecho a aquellas parejas que se comparten solamente los fines de semana o las vacaciones, o encuentros casuales.

Para hablar de una comunidad de vida y de un estado de vida matrimonial aparente, es necesario que los concubinos convivan juntos, compartiendo el lecho y habitación, tengan trato sexual permanente y mantengan una relación de pareja similar a los cónyuges, compartiendo por lo tanto deberes como el deber de asistencia y el deber de

fidelidad, resumiendo, es necesario que los concubinos hagan vida de casados, por lo que se descartan las relaciones pasajeras y las aventuras sexuales.

A diferencia del texto constitucional vigente, la norma civil contempla además al elemento temporal del concubinato, este se da principalmente con el fin de regular los aspectos patrimoniales de dicha unión, así el Código Civil establece que en el concubinato se origina una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Para el legislador del Código Civil de 1984, este tiempo de dos años, es el tiempo mínimo de duración de la unión para situarse dentro de la norma; y la de otorgar al abandonado un eventual derecho alimentario, además de una indemnización, explicando esta situación, citaba el autor del texto legislativo, Héctor Cornejo Chávez, que en lo que atañe a la duración que la unión debe tener para considerársele estable, en el seno de la Constituyente no prosperó una iniciativa aislada de uno de sus miembros para fijar el plazo en veinte años, lo que en realidad habría equivalido a no acoger en la práctica la figura; el ponente del Libro de Familia propuso cinco y el texto final del Código lo ha reducido a dos, que acaso sea demasiado poco.

Para Alex Plácido no cabe duda que es necesario establecer, como pauta objetiva, un plazo mínimo; aunque adaptado a los diversos conflictos de tiempo que a la unión de hecho se pueden vincular. Por eso en el texto constitucional actual, a diferencia del derogado, no se hace referencia alguna a la fijación de un tiempo, lo que corresponde efectuar al legislador de acuerdo a cada circunstancia, así por ejemplo, para los efectos patrimoniales que resultan de la aplicación de las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes que se origina en la unión de hecho, la ley exige el transcurso mínimo de dos años continuos (artículo 326 del Código Civil); para efectos de reclamar la filiación extramatrimonial, tiene que haber habido unión de hecho, durante los primeros ciento veintiún días de los trescientos que precedieron al nacimiento del hijo extramatrimonial (artículo 402, inciso 3, del Código Civil); para efectos de conservar la vocación hereditaria del cónyuge supérstite. En el caso de matrimonio in extremis, tiene que haber habido unión de hecho desde antes de los treinta días siguientes a la celebración de ese matrimonio (artículo 826 del Código Civil). (Plácido, 2002. p.250)

La segunda postura, a la cual nos adherimos, defiende la existencia de un plazo para brindar reconocimiento a las uniones de hecho, no sólo basado en un principio de

especialidad, teniendo en cuenta que las instituciones del Derecho de Familia se encuentran reguladas por norma especial, en este caso por el Libro de Familia del Código Civil, las cuales complementan la postura genérica que asume el texto constitucional; sino porque además al citar el propio texto constitucional vigente y hacer referencia a una unión estable, es que implícitamente se está haciendo referencia a la existencia de un plazo, toda vez que la estabilidad únicamente podrá decretarse por la permanencia de la unión en el tiempo, de no exigirse un plazo, no podría hablarse de permanencia, no podría hablarse de estabilidad de la unión de hecho, ni de posesión de estado de los concubinos, en efecto, al no ser exigible la existencia de un plazo que demuestre la estabilidad de la convivencia, hasta las uniones de hecho ocasionales estarían habilitadas para recurrir al fuero judicial y reclamar derechos, lo cual desnaturalizaría la figura, toda vez que la naturaleza jurídica del concubinato ha sido establecida a través de la apariencia con la unión matrimonial, siendo esta última estable y permanente en el tiempo.

En concordancia con las ideas expuestas en el párrafo precedente, ha señalado el Tribunal Constitucional lo siguiente:

La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia, que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326° del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia .4°

Unión de Público Reconocimiento. - La unión de hecho no puede ser subrepticia, deber ser de público reconocimiento, esto significa que su estado de familia sea aceptado, reconocido y respetado por todo su entorno social. La unión de hecho por lo tanto debe ser notoria para los parientes, vecinos y allegados de los concubinos.

Ausencia de Impedimento Matrimonial. - Tanto la Constitución, como el Código Civil, definen al concubinato como la unión de un varón y de una mujer, libres de impedimento matrimonial, estableciendo por lo tanto la propia norma el concepto del concubinato desde el concubinato propio del que ya hemos escrito y desmarcándose del llamado concubinato impropio.

Al respecto el Prof. *Cornejo Chávez* (1991) manifestaba que lo que sí es evidente en todos los textos y propuestas es que la unión que de algún modo se ampara es solamente aquella que en doctrina se llama concubinato stricto sensu, es decir, la unión de hecho entre un varón y una mujer que podrían casarse legalmente, pues lo contrario sería inmoral y perjudicaría eventualmente legítimos derechos de terceros.

*Tratamiento constitucional “de las uniones de hecho. - Introducción al tema - realidad cierta y en acrecentamiento.*

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 demuestra 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 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 ellos la unión marital. Indudablemente el matrimonio al ser enteramente regulado por el Derecho de Familia, desde su constitución hasta su disolución, resulta siendo más gravoso, siendo por eso también más estable, existen pues rígidas normas para disolver la unión matrimonial, que se manifiestan a través de tediosos, dispendiosos y peliagudos procesos judiciales sustentados en supuestos legales de incumplimiento de deberes matrimoniales preestablecidos; en cambio la convivencia more uxorio no exige mayores formalidades para constituirse y para disolverse, basta el simple y automático acuerdo mutuo o inclusive la decisión unilateral de uno de los convivientes, de esta manera no tendrá que pasarse por un traumático proceso judicial para disolverse una convivencia de pareja que no llegó a funcionar, inclusive algunas parejas asemejando su unión al servinakuy, prueban la convivencia more uxorio por un tiempo, si funciona, le brindan mayor estabilidad contrayendo nupcias, si no funciona, simplemente se separan, también existen en nuestra sociedad muchos concubinatos impropios, dado que uno o los dos convivientes, no pueden pasar a la etapa del casamiento por ostentar alguna clase de impedimento matrimonial.

Las estadísticas muestran que la intención del legislador de 1984 de suprimir progresivamente al concubinato descentivando esta unión, a través de la confinación de los derechos personales y patrimoniales de los convivientes, no ha surgido el efecto deseado, pues en lugar de disminuir, el porcentaje de las convivencias more uxorio se han incrementado en nuestra sociedad. Así de acuerdo al último censo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en ciudades grandes del Perú como Arequipa, el 20.44% de la población mayor convivía con su pareja, mientras que el 31.41% eran casados, pero el 40 % dijo ser soltero. Mientras que a nivel nacional, el número de mujeres convivientes en Perú se incrementó en 16.2% en los últimos veinte años, en tanto que el de casadas disminuyó en 14.3% en ese mismo período.

*Regulación constitucional de las uniones estables.* - 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.

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

Al respecto ha citado Alex Plácido, 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 la 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 Civil de 1984 deben ser releídas desde la perspectiva de la Constitución de 1993.

El mismo Profesor Plácido 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. Surgiendo, por tanto, de la unión de hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como la principal base de constitución.

No queda duda alguna entonces que la unión de hecho es reconocida explícitamente en el texto constitucional vigente como familia, siendo así, es que le es extensible el principio de protección constitucional de la familia, regulado en el art. 4 de la ley de leyes, este principio implica que el Estado otorgue a las familias todas las facilidades y beneficios necesarios para su pleno desarrollo, absteniéndose de toda acción que pueda dañar o poner en peligro la institución familiar, emprendiendo toda acción que redunde en beneficio de las familias, buscando su integración humana y social.

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 facto. Nuestra Constitución vigente a través de un concepto pluralista 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. Solo 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 familia 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.

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 esto, 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.

El reconocimiento de efectos jurídicos matrimoniales al concubinato.

La conservadora postura, que rechaza reconocer efectos jurídicos matrimoniales a las uniones de hecho, se sustenta principalmente en los siguientes supuestos:

- I. Amparar al concubinato reconociéndole los efectos jurídicos del matrimonio, nos llevaría al absurdo de establecer un segundo matrimonio, lo cual no se condice con la postura tradicional y milenaria, que ve al concubinato como una unión de segundo grado, inferior en todas las épocas y en todas las culturas, a la unión matrimonial.
- II. Brindarle al concubinato los mismos efectos jurídicos que se brinda al matrimonio, terminaría por desnaturalizar, llevar peligrosamente a su extinción y desincentivar la institución matrimonial, pues a través de la informalidad las parejas accederían a los mismos derechos, lo cual los llevaría a soslayar toda formalidad.
- III. Brindarles a los concubinos el mismo tratamiento jurídico que se brinda a los cónyuges, iría en contra de la voluntad y la libertad de aquellos, se iría en contra de su derecho a no casarse, toda vez que los estaríamos sometiendo por mandato de la ley a un matrimonio forzado, que ellos evidentemente no desearon, al sortear la celebración del matrimonio ”.

No se puede “reconocer los mismos efectos jurídicos de la unión formal, a una unión caracterizada por la informalidad y por la inestabilidad, que puede terminar con la sola decisión unilateral de uno sólo de los concubinos, poniendo en riesgo a los hijos, a la mujer que por lo general es la conviviente que padece del abandono e incluso a terceros que hayan contratado con la unión de hecho.

No se puede negar la importancia de estas ideas, sin embargo, como antes hemos visto al tratar la teoría del equilibrio y teniendo como sustento al Principio de Protección Constitucional de la Familia, del que ya hemos escrito, teniendo además en cuenta que la realidad ha sobrepasado a los intereses del legislador, pues el propósito de desincentivar a la Sociedad del concubinato, recortando los derechos de los concubinos, no ha surtido efecto; es que es necesario establecer un régimen legal estable que reconozca diversos

efectos jurídicos a las uniones de hecho, cuyo origen o punto de partida sean preceptos constitucionales, como el Principio de Protección Constitucional de la Familia, así como permitirles a los concubinos el acceso en condiciones de igualdad al goce efectivo de sus derechos humanos, reconocidos por nuestra norma constitucional y por los tratados internacionales, el Derecho de Familia moderno ha virado su postura, pues no tiene más como objetivo la extirpación del concubinato, sino su protección.

La protección constitucional del concubinato sólo se llega a plasmar al otorgarle efectos jurídicos, efectos jurídicos originariamente reconocidos a la pareja matrimonial, el fin no es asemejar, ni equiparar los efectos jurídicos de ambas uniones, el fin no es desnaturalizar la institución matrimonial, ni establecer un segundo matrimonio, sino que el fin es establecer una regla legal efectiva para los concubinos, teniendo en consideración que la solución a sus conflictos y a su incertidumbre, encuentran mayor resguardo en la aplicación por analogía de los efectos jurídicos de su semejante.

Esta segunda postura que viene siendo aceptada mayoritariamente por el Derecho de Familia contemporáneo, se cimienta en base a los siguientes supuestos:

- I. El derecho a contraer matrimonio reconocido por convenios internacionales y por las Constituciones de los diferentes países, importa también el derecho a no hacerlo. En ese sentido la convivencia entre hombre y mujer, cualquiera que sea su denominación, no contradice los valores culturales de la comunidad, en razón de que las funciones asumidas por la pareja son similares a las matrimoniales. A efectos de asegurar el cumplimiento de los elementales principios de solidaridad y cooperación familiar, corresponde regular los efectos de estas uniones.
- II. Brindar efectos jurídicos matrimoniales a las uniones de hecho, no significa equiparar el tratamiento legal de las convivencias de hecho con las convivencias matrimoniales, sino que significa establecer un régimen jurídico adecuado que procure brindar protección a las personas de los concubinos frente a las injerencias del Estado, de la Sociedad y frente a las circunstancias de su propia vida familiar, que les permita el acceso en condiciones de igualdad a sus derechos familiares, así como la eficaz eliminación de la incertidumbre jurídica y conflictos de intereses surgidos en estos núcleos familiares.

Téngase presente que la convivencia more uxorio, al no exigir ninguna formalidad para constituirse y para disolverse, es menos estable que el matrimonio, es por eso que algunos llaman compromiso débil, al compromiso asumido por los concubinos, a fin de superar esta inestabilidad en propio beneficio de los miembros que conforman una familia de hecho, es que resulta imprescindible otorgar efectos jurídicos a esta clase de familias.

En una interesante disertación, el Profesor Alex Plácido nos ilustra manifestando que cabe recordar que, disponiendo la Constitución el reconocimiento de que de la unión de hecho surge una familia que debe ser también objeto de protección constitucional y el mandato de promoción del matrimonio, resulta claro que hoy los efectos legales estructurados sobre la idea de la protección de la familia deben ser reconocidos tanto a aquella que nace de un matrimonio como la que surge de una unión de hecho; debiéndose enfatizar en que los mecanismos legales para acceder a ellos admitidos a favor de los casados, deben ser diferentes a los que corresponden a los convivientes.

De acuerdo con ello, el tratamiento y las consecuencias jurídicas de los deberes familiares emergentes de una unión de hecho son diferentes a los del matrimonio. Así, si se analiza el deber de asistencia en su ámbito material, se comprueba que entre los cónyuges existe una obligación legal de alimentos que puede subsistir, excepcionalmente, después de disuelto el vínculo matrimonial. En cambio, en la unión de hecho se presenta una obligación alimentaria similar a la que existe entre los cónyuges; sin embargo, ésta no es legal sino de carácter natural. Este derecho a los alimentos entre convivientes se fundamenta 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 entre convivientes tiene como consecuencia principal la irrepetibilidad de lo que se ha pagado en cumplimiento de dicha obligación, de acuerdo con el artículo 1275 del Código Civil: no hay repetición de lo pagado para cumplir 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 opta por esta pretensión, de acuerdo con el artículo 326 del Código Civil.

De otro lado, si se considera el deber de cohabitación, observamos que los cónyuges deben hacer vida común en el domicilio conyugal; que de incumplirse unilateral e injustificadamente origina una separación de hecho susceptible de configurar una causal 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 ex convivientes no ingresan en un estado de separación de hecho.

De otra parte, si se analiza el deber de fidelidad, comprobamos que los cónyuges recíprocamente deben ser fieles; que de incumplirse en el aspecto material negativo (abstenerse de sostener relaciones sexuales con personas distintas al cónyuge), se configura el adulterio y la homosexualidad, 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 continencia sexual (no tener relaciones sexuales con persona distinta al conviviente), no se configuran las causales mencionadas, en todo caso sólo provocará la terminación de la unión de hecho por decisión motivada del conviviente ofendido ”.

#### Desnaturalización del Matrimonio- Cuadro Resumen Nro. 2

| <b>A favor de la desnaturalización</b>                                                                       | <b>En contra de la desnaturalización</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Brindar efectos jurídicos matrimoniales al concubinato lleva al absurdo de establecer un segundo matrimonio. | Brindar efectos jurídicos matrimoniales al concubinato, no significa equiparar ambas uniones, la sociedad prefiere al matrimonio, sin embargo es necesario establecer un régimen jurídico estable que procure protección a los convivientes, el acceso a los derechos matrimoniales de los convivientes es disímil al que poseen los cónyuges. |

|                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Brindarle al concubinato los mismos efectos jurídicos del matrimonio, terminaría por desnaturalizar, desincentivar y llevar a su extinción a la unión marital.</p>                                        | <p>Corresponde regular los efectos jurídicos de las uniones de hecho a partir de su semejanza, la unión matrimonial. Sin dejarse de lado, que por mandato constitucional, el matrimonio debe promoverse.</p>                                                                                                             |
| <p>Al brindar efectos jurídicos matrimoniales a los concubinos, los estaríamos obligando a llevar a cabo un matrimonio forzado, que ellos no quisieron, al huir de las formalidades de la unión marital.</p> | <p>No es admisible que se excluya al concubinato de toda regla jurídica, dejando el íntegro de su vida familiar al gobierno de su libre albedrío, ambas uniones gozan de la misma protección constitucional, protección que implica el otorgamiento de seguridad jurídica, a través de la dación de normas estables.</p> |
| <p>No debe otorgarse efectos jurídicos matrimoniales a una unión informal e inestable.</p>                                                                                                                   | <p>Los convivientes no se juntan para separarse o para ordenar su fácil salida huyendo del matrimonio.</p>                                                                                                                                                                                                               |

Fenecimiento “de la unión de hecho. - En el tercer párrafo del artículo 326 del Código Civil, se establecen los supuestos de fenecimiento de la unión de hecho, dentro de los cuales se hace mención a los siguientes:

**Muerte.-** El concubinato fenece por la muerte de uno o de ambos concubinos. La muerte pone fin a la persona. Decía el Profesor Fernández Sessarego que la muerte en cualquier caso, termina con la calidad de sujeto de derecho inherente a la persona natural y, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 660 del Código (Civil), desde el momento de la muerte se transmiten a los sucesores los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Expresar que la muerte pone fin a la persona significa, en otros términos, que no existe más sujeto de derecho, ente o centro de referencia normativo

al cual atribuir situaciones jurídicas, derechos y deberes. Con la muerte concluye la capacidad jurídica inherente a la persona en tanto ser humano viviente.

Nuestras normas sustantivas, también han regulado la declaración de muerte presunta, la declaración de muerte presunta produce los mismos efectos jurídicos de la muerte natural. La regulación de esta figura en nuestro Código Civil tiene por finalidad solucionar situaciones inciertas, respecto a la vida o fallecimiento de una persona que no se encuentra presente, o mejor dicho, se halla desaparecida, del lugar de su domicilio durante un tiempo prolongado. Es decir, tiene por objeto tutelar el interés de la persona desaparecida; el interés de los terceros, principalmente de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido; y, el interés general de la sociedad que no haya bienes y derechos abandonados.

La muerte natural y la declaración de muerte presunta, darán lugar no sólo al fenecimiento del concubinato, sino a la apertura de la sucesión, a favor de él o de la conviviente sobreviviente y de los hijos que hayan nacido fruto de esta unión.

*Ausencia.* - Figura también regulada en nuestra norma sustantiva. Tratándose de uniones de hecho, tanto la desaparición como la ausencia, implicarían la concurrencia de un supuesto fáctico común a ambas figuras, expresado en que uno de los concubinos, sin ninguna clase de justificación (razones que justificarían el traslado del conviviente a otra residencia, serían laborales o médicas), desaparezca del domicilio común, es decir de su lugar de residencia habitual, desconociéndose su paradero, sin tenerse noticia alguna de su ubicación, como podría darse en el caso de un abandono premeditado y clandestino del hogar convivencial o de haber perecido el ausente sin que se tenga cabal conocimiento de su destino. La ausencia pone fin a la unión de hecho y de ella pueden derivarse otras consecuencias jurídicas dadas por el legislador en resguardo de las personas dependientes económicamente del ausente (Como son sus herederos forzosos, en los cuales se incluye al conviviente presente).

Si bien ambas figuras, desaparición y ausencia se sustentan en un mismo supuesto fáctico, nuestro Código Civil ha diferenciado ambas figuras, en sus artículos 47 (Desaparición) y 49 (Declaración de ausencia), al respecto nos ilustra el Profesor Fernández Sessarego manifestando que, a diferencia de la desaparición, que responde a una circunstancia de hecho, la ausencia debe estar precedida de una expresa declaración

judicial. En el primer caso, o sea en el de la desaparición, el juez solo comprueba que la persona no se halla más en el lugar del domicilio y que se carece de noticias entorno a su paradero, así como se verifica que no tiene representante con facultades suficientes. La desaparición no se trata, por ende, del caso de alguien que simplemente está lejos, en otro lugar, sino de una persona cuya ubicación es incierta, desconocida. Ello da lugar solamente a la designación por el juez de un curador interino encargado de adoptar medidas cautelares y urgentes en torno a su patrimonio y a velar por sus intereses, mientras dure la incertidumbre en torno al paradero de la persona del desaparecido. La ausencia requiere de una expresa declaración judicial que tiene como importante consecuencia la entrega de la posesión temporal de los bienes del ausente a quiénes-serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. La declaración de ausencia presupone la previa existencia de dos elementos. De una parte, que se presente el caso de una desaparición, es decir, de una situación de hecho. De la otra, el transcurso del tiempo que, en este caso, es de dos años contados a partir de la última noticia que se tuvo del desaparecido.

Por lo tanto, una vez declarada la ausencia del concubino, los herederos forzosos del ausente, en los que se incluye al concubino presente y a los descendientes en común, podrán tomar los bienes de aquel en posesión temporal, pudiendo gozar de los frutos de dichos bienes, pudiéndose inclusive gravar o enajenar estos bienes en casos de necesidad y/o utilidad. La solución del Código contempla el interés de aquellos que forman el núcleo íntimo de la familia, es decir, de los que, presumiblemente, han dependido económicamente del ausente y que, en cierta manera, han coparticipado de la posesión de sus bienes.

El patrimonio del ausente es normalmente administrado por un administrador judicial, quien tiene entre sus funciones, distribuir entre los herederos forzosos del ausente, el saldo disponible de los frutos que hayan generado los bienes de éste, así como gravar o enajenar los bienes por razones de utilidad o de necesidad, previa autorización judicial. Asimismo el Código Civil permite que se satisfaga las necesidades alimentarias de los herederos forzosos del ausente (en los que mediante data reciente, se incluyó a los convivientes), mediante la asignación de una pensión alimenticia, cuyo monto es regulado en base a las condiciones económicas de los solicitantes y a la cuantía del patrimonio

afectado, esto se aplica cuando los frutos percibidos por los beneficiarios señalados en el artículo 50 del Código Civil, fueran insuficientes para satisfacer sus necesidades.

*Mutuo Acuerdo.* - Es la terminación del concubinato por acuerdo de voluntades de ambos convivientes, cuando los afectos llegan a su fin, cuando la convivencia no funciona, cuando la continuación de la vida en común ya no es posible, los concubinos pueden optar de forma bilateral, por dar fin a su unión.

A diferencia de los consortes maritales, a los convivientes no se les ha sido impuesto ningún trámite judicial, municipal, o notarial, para disolver su unión.

Sin embargo, la ley 29560 de julio del 2010, ley que amplía la ley 26662, ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, que será objeto de análisis en subsiguientes capítulos en esta misma obra, ha previsto que los convivientes pueden dejar constancia de haber puesto fin a su estado de convivencia y que el reconocimiento del cese de convivencia se inscribe en el Registro Personal.

*Decisión Unilateral.*- La unión de hecho no sólo puede llegar fin a través del acuerdo bilateral de los convivientes, sino que además llega a su fin por decisión unilateral o arbitraria, lo que sucedería en el caso que uno de los concubinos simplemente decidiera poner fin a la relación convivencial y se resistiera a seguir haciendo vida en común.

El típico caso de este supuesto que es mencionado explícitamente en la norma, es el abandono del hogar convivencial, uno de los convivientes decide no compartir más el lecho y habitación y se marcha del hogar en común, la ley no ha normado ninguna formalidad para disolverse la unión de hecho por decisión unilateral, pero sí se han regulado las consecuencias del abandono, lo que se traduce en los efectos personales del concubinato, así norma el artículo 326 del Código Civil que si la convivencia terminase por decisión unilateral, se puede conceder al abandonado a su elección, 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.

Efectos jurídicos patrimoniales y personales de las uniones de hecho.

Régimen patrimonial de las uniones de hecho.

Comunidad o sociedad de bienes convivencial:

a) Ratio Legis del Régimen Patrimonial Convivencial.- El Tribunal Constitucional haciendo una reseña histórica, nos ilustraba, manifestando las razones del legislador constitucional para acoger a las uniones de hecho, lo cual tuvo su fuente principal en conflictos de orden patrimonial, así citaba el Máximo Órgano Jurisdiccional del País, lo siguiente:

(...) la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones Libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes –en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia. Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer ésta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo pasan a ser considerados familia, por consiguiente merecedora de la protección del Estado (. i) .

Asimismo, el Tribunal Constitucional manifiesta las razones por las que la Constitución reconoció a las uniones' de hecho el régimen de gananciales, señalando que:

(. • •) 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 esto, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas (...) .

Queda claro entonces, que la voluntad del legislador al imponer a los concubinos un régimen patrimonial similar a la sociedad de gananciales, estaba dada por la idea de

proteger a uno de los concubinos, generalmente la mujer, de la desproporción patrimonial y del enriquecimiento de su pareja, 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.

El Tribunal Constitucional también reconoce esta situación al manifestar que:

(...) Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenece a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito (...).

#### b) Constitución del Régimen Patrimonial Convivencial

El artículo 5 del Texto Constitucional de 1993, cita que la unión de hecho, da lugar a una comunidad bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable; el artículo 326 del Código Civil que fue dado tiempo antes siguiendo los lineamientos de la Constitución Política de 1979, ostenta además el elemento temporal, citando que la unión de hecho origina una sociedad de bienes 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 mandato Constitucional y sin que sea necesario que se celebre el matrimonio civil, los concubinos se hallan circunscritos a un régimen patrimonial de comunidad de bienes que se rige en cuanto le fuera aplicable, por las disposiciones legales del régimen patrimonial matrimonial de sociedad de gananciales, el requisito principal que determina la ley para acceder a dicho régimen, es la estabilidad de la unión de hecho en el tiempo, es por eso que se reconocerá el régimen patrimonial de comunidad de bienes a aquellos concubinatos que hayan durado por los menos dos años continuos”.

Así pues, ha señalado la Corte Suprema lo siguiente:

(...) es de observarse que el artículo 326 señala a la letra en su primer párrafo 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 lefuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos, es decir, que una vez transcurridos dos años continuos desde la materialización de la unión de hecho, se da origen a una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, ello por imperio de la ley (..)

(...) el demandado sostiene que las reglas de la sociedad de gananciales solo son aplicables a partir de la resolución judicial que ampare la convivencia...

Sin embargo, conviene referir al recurrente que este punto quedó ampliamente desarrollado en la recurrida, cuando se estableció con claridad que las sentencias establecidas en esta clase de procesos son declarativas de derechos y no constitutivas de los mismos, desde que basta que se configuren los requisitos especiales previstos en el artículo 326 del Código Civil -particularmente el requisito temporal de dos años continuos de duración- para que se de origen automáticamente a una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales. .. queda reafirmada la naturaleza declarativa de las sentencias que se expiden en estos procesos, las que únicamente se limitan a verificar la concurrencia de los elementos configurativos de la unión de hecho, como son: que los individuos que conforman tales uniones no tengan impedimento alguno para contraer matrimonio; que se trate de una unión monogámica heterosexual; que compartan habitación, lecho y techo, esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad vida sexual en un fuerte lazo afectivo, en un clima de fidelidad y exclusividad; que se trate de una unión estable, es decir, debe extenderse por un periodo prolongado, además de ser continua e ininterrumpida; y que la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria (...) ’

Es importante lo manifestado por la Corte Suprema en los pasajes de la Casatoria 4066-2010-La Libertad, transcrita en líneas precedentes, pues como bien lo ha señalado el Supremo Tribunal, las sentencias emitidas en esta clase de procesos, son sentencias declarativas, es decir aquellas sentencias que declaran la existencia de una situación jurídica preexistente, sólo tienen como fin manifestar certeza respecto de un escenario

jurídico real; en efecto, el Órgano Jurisdiccional únicamente se limitará a constatar la existencia de la unión de hecho, constatar la concurrencia de los elementos constitutivos de la unión de hecho propia (Art. 326 del C.C.) y para efectos patrimoniales, verificará el transcurso de tiempo en el cual tuvo vigencia la comunidad de bienes convivencial, vigencia que automáticamente tiene su inicio luego de transcurridos dos años de convivencia y que tendría su término, al disolverse la unión de hecho.

Es insostenible pensar como bien lo sustenta el Colegiado, que el régimen patrimonial del concubinato empezará a regir a partir de la resolución judicial que ampare a la convivencia more uxorio, pues de mantenerse este inerte pensamiento, estaríamos sosteniendo que esta clase de procesos buscan crear una situación jurídica que no existía, o modificar una situación jurídica existente, es decir sostendríamos que esta clase de procesos se rigen por sentencias constitutivas, lo cual haría infecundo el contenido del artículo 5 de la Constitución y del artículo 326 del Código sustantivo y consecuentemente infructuoso al régimen patrimonial que estas normas han otorgado a las uniones de hecho estables.

#### Naturaleza Jurídica del Régimen Patrimonial.-

El Código Civil y el actual Texto Constitucional utilizan denominaciones distintas para designar al régimen patrimonial de las uniones de hecho. Así siguiendo los lineamientos de la Constitución de 1979, el Código Civil se refiere a este régimen patrimonial como Sociedad de bienes, mientras que el artículo 5 del Texto Constitucional vigente utiliza la denominación Comunidad de bienes, denominaciones algo confusas, que no han sido plenariamente delimitadas ni explicadas ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina.

Para Javier Peralta, 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 intermedios.

Enrique Varsi manifiesta refiriéndose a éstos 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 manifiesta este autor 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 copropiedad.

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 matrimonial.

Por lo tanto, los bienes adquiridos por los concubinos luego de transcurridos dos años de convivencia, son en esencia bienes sociales.

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 ha especulado y escrito acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, esbozándose diversas teorías y 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 término mancomunidad), en el que no existen partes alícuotas; cada parte participa en el todo. Yuri Vega Mere señalaba en sentido parecido que la primera regla a considerar es que dichos bienes (Entiéndase los adquiridos por los convivientes luego de transcurridos dos años de convivencia) son sociales (pertenecen a la sociedad o comunidad) y no bajo copropiedad, razón por la que no admiten la participación a través de cuotas ideales como en la tantas veces referida copropiedad; este mismo autor ha llevado sus concepciones más allá de la copropiedad, manifestando en alusión al concepto que a la sociedad de gananciales le ha brindado la norma adjetiva, lo siguiente: no llego al extremo de compartir o hacer mío ese disparate jurídico alojado en el Código Procesal Civil según el cual la sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo. Primero, porque en todo caso, la naturaleza jurídica objeto de discusión no es propiamente ni la sociedad de gananciales (ni la sociedad de bienes del concubinato) sino

la naturaleza de los bienes sociales (de los esposos o de los concubinos) que integran, junto con los bienes propios de la pareja, la referida sociedad de gananciales (o sociedad de bienes de los convivientes). Segundo, porque en aplicación de lo dispuesto por los artículos 301, 306, 308 y 317 (Del Código Civil) resulta evidente que no existe autonomía de los patrimonios personales ya que, llegado el caso, los derechos (no divisibles idealmente) que le corresponde a uno de los esposos sobre los bienes sociales pueden dar lugar a medidas cautelares inmediatas que afectarán -desde que se traban- los derechos que le corresponderán bajo título de propiedad exclusiva cuando se liquide la sociedad de gananciales .

Concordamos con las ideas de autores como Yuri Vega (2004) o Roxana Jiménez, quienes siguiendo la doctrina alemana y a juristas como Diez Picazo, nos han ilustrado respecto de la naturaleza jurídica de la comunidad o sociedad de bienes convivencial, 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 casos 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 los cuales se añadirían 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 por 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 sólo 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 sólo será posible luego que de que sociedad de gananciales fenezca y se liquide.

Al respecto decía (Varsi Rospligliodi, 2012) que esta comunidad de bienes recae sobre un patrimonio y le corresponde un conjunto de derechos y obligaciones. Rige para el activo y el pasivo. No hay propiedad por cuotas sino solo un derecho de liquidación final. (Resolución 003-2002-ORL/TR)

La Corte Suprema a través de diversas sentencias casatorias, también se ha apartado de la postura que establecía la naturaleza de la sociedad de gananciales desde la copropiedad, aunque en muchas de ellas erróneamente se ha asociado dicha naturaleza a la figura del patrimonio autónomo, sin que se haya deslindado el verdadero concepto y naturaleza jurídica del llamado patrimonio autónomo. Así tenemos:

La Casación Nro. 1895-98-Cajamarca, en la cual la Corte Suprema dejó asentado que: (...) Los bienes sociales son todos aquellos objetos corporales o incorporeales, que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aún después de la disolución por causa o título anterior a la misma. Los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo, distinto al patrimonio de cada cónyuge y por tanto no está sujeto a un régimen de copropiedad, es decir los cónyuges no son propietarios de alícuotas, respecto de los bienes sociales, por ello es que cuando se ejercita un acto de administración o disposición de un bien social, quien lo ejercita es la sociedad de gananciales e igualmente cuando acontece la liquidación de la sociedad de gananciales, quien transfiere las ganancias a cada cónyuge, es dicha sociedad y no se trata de una mutua transferencia de derechos entre cónyuges (...).

En conclusión, 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.

*Características propias y afines del Régimen Patrimonial Convivencial.-* La comunidad o sociedad de bienes convivencial, posee características propias o exclusivas y a la vez posee una amplia gama de características afines con el régimen patrimonial matrimonial de sociedad de gananciales, analicemos estas singularidades y también estas semejanzas:

*1. Régimen Patrimonial Único.-* Una de las pocas características propias de la comunidad de bienes convivencial, es el contar con un régimen patrimonial absoluto, en efecto, a diferencia de los consortes matrimoniales que tienen la facultad legal de elegir su propio régimen patrimonial, entre los regímenes de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios antes de celebrarse el matrimonio civil, o inclusive de sustituir convencionalmente o judicialmente durante el matrimonio, un régimen por otro, tal como lo establecen los artículos 295, 296 y 297 del Código Civil, la ley no ha hecho extensiva dicha facultad a los concubinos, éstos no pueden optar libremente por uno u otro régimen patrimonial antes de decidir hacer vida en común, ni pueden optar por sustituir un régimen patrimonial por otro durante la vigencia de la convivencia, así el único régimen patrimonial aplicable a las uniones de hecho (comunidad de bienes sujeta a las reglas de la sociedad de gananciales), es en esencia único y forzoso.

Al respecto el Tribunal Registral en sus diversas resoluciones, ha dejado asentado lo siguiente:

(...) Que de la revisión del ordenamiento jurídico se establece que no se ha identificado a 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 sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable (Tesis de la apariencia al estado matrimonial)... es decir, U unión de hecho sólo genera una comunidad o sociedad de bienes, que sí rige —en principio- por las reglas de la copropiedad y luego de cumplidos los requisitos correspondientes, resultan además aplicables 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 cuando aún 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 y las reglas aplicables son las de la Sociedad de Gananciales que resulten compatibles con su naturaleza, ello en concordancia con la Teoría de apariencia con el estado matrimonial recogida en nuestro Código sustantivo (...)<sup>2</sup>

(...) El CC 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 (artículos 295y 296 del CC); 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 sociedad de gananciales; a mayor abundamiento, debe decirse que, la posibilidad de sustituir un régimen por otro se presenta en los siguiente casos: por voluntad de los interesados antes de contraer matrimonio como se ha indicado en el considerando que antecede; la constitución voluntaria del régimen matrimonial durante el matrimonio prevista en el artículo 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 artículo 330; de lo que

---

2 Artículo 295 del Código Civil: Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Artículo 296 del Código Civil: Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

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

se colige que el régimen de separación de patrimonios constituye la excepción y está prevista solo para las sociedades conyugales” (...)

2. *Régimen “patrimonial indivisible.* - En principio, los bienes sociales son indivisos, no son susceptibles de división.

Yuri Vega citando a Díez Pícaso, se ha referido a la comunidad de bienes convivencial, como una comunidad inspirada en una visión comunitaria o colectivista del mundo, en la que no prima el derecho del individuo representado por la cuota sino el interés de la comunidad representado por el todo y, por ende, no existen comuneros con derechos individuales y distintos, los cuales no tienen, por lo demás, el derecho de disolver la comunidad mediante una acción común dividida. La aplicación del régimen de la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes del concubinato es posible en la medida en que los bienes sociales de ambas formaciones tienen condición de propiedad indivisible jurídicamente y en razón que la comunidad en cuestión (al igual que la sociedad de gananciales) se conforma de los bienes propios y con bienes sociales.

3.- *Prohibición de los concubinos de celebrar contratos entre sí respecto de los bienes sociales.*- El artículo 312 del Código Civil establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad. Esta disposición prohíbe contratar entre sí a los cónyuges, salvo para efectos de dar poderes. La razón de esta norma se justificó en el hecho de evitarse la influencia perniciosa y el aprovechamiento económico de uno de los cónyuges sobre el otro, respecto del patrimonio social, por eso la norma prohibió toda clase de actos entre los cónyuges con relación a los bienes sociales, dejando vigentes las facultades de contratación conyugal respecto de los bienes propios.

Pero esta no es la única razón por la que justificó esta prohibición de contratar, pues también se pretende con esta norma evitar la defraudación a un tercero acreedor que pudiera surgir con motivo de la colusión de los cónyuges.

(Gutiérrez, 2012) comentando esta norma, citaba que los cónyuges no pueden contratar entre sí respecto del patrimonio social, sencillamente porque ambos en materia patrimonial constituyen una sola parte, una sola voluntad, y para formar un contrato es preciso cuando menos dos partes, dos voluntades, dos centros de interés. Para este autor,

parece perfectamente coherente con el diseño legal del régimen patrimonial del matrimonio así como con la construcción jurídica del contrato que los cónyuges en principio no puedan contratar entre ellos respecto de los bienes sociales. Adicionalmente se advierte que la norma busca proteger y consolidar el patrimonio conyugal evitando su desmembración vía contractual.

Para Aníbal Torres, (2014) como los bienes sociales son de propiedad de la sociedad conyugal, si se permitiera que los cónyuges contraten entre sí sobre ellos, se estarían transfiriendo bienes que pertenecen tanto al transferente como al adquirente, por ej., un cónyuge estaría vendiendo, donando, arrendando al otro cónyuge bienes que son de propiedad de ambos.

Si la razón de esta norma es evitar el aprovechamiento económico de uno de los cónyuges sobre el otro respecto del patrimonio social y evitar el perjuicio a terceros a través de la defraudación o colusión, es que, por analogía, ¿es también aplicada a la comunidad de bienes convivencial, a fin de protegerse el patrimonio común de los concubinos.

### *3.- Bienes no integrantes de la comunidad de bienes convivencial*

*Bienes propios.* - El Código Civil ha establecido una enumeración taxativa respecto de qué bienes se deben considerar como bienes propios, tal y como se puede apreciar del art. 302.

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 necesario tener en cuenta algunos factores tales como la fecha de adquisición del bien (el elemento temporal), la forma de adquisición (si es gratuita u onerosa) el origen de los fondos empleados para la adquisición, siguiendo esta fórmula:

- (i) Serán propios todos aquellos bienes adquiridos por los concubinos unilateralmente 7 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.

- (ii) Serán propios todos aquellos bienes adquiridos unilateralmente por los concubinos a título gratuito (donaciones, herencias, legados), antes o después de cumplidos los dos años de convivencia, siendo en este caso irrelevante el elemento temporal.
- (iii) 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 ha7an empleado dinero o fondos propios, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla. El Profesor Alex Plácido de forma mu7 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 del art. 302 del Código Civil, la indemnización por accidentes o seguros de vida, teniendo en cuenta el carácter personalísimo de éstos; los derechos de autor 7 de inventor, que siguen ese mismo carácter; los libros, instrumentos 7 útiles en el ejercicio de la profesión o trabajo, es decir todo aquellos bienes utilizados por los concubinos para laborar; las acciones y participaciones de sociedades que se distribuyan gratuita-mente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio; la renta vitalicia a título gratuito u oneroso, así como los vestidos y objetos de uso personal, los diplomas y las condecoraciones.

Respecto de las acciones y participaciones de sociedades, ha citado Enrique Varsi que este criterio no ha sido discutido en su verdadera dimensión en sede judicial, cita el profesor Varsi que son propias de cada cónyuge las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente (Principio de carácter gratuito de la adquisición del bien durante el matrimonio) entre los socios por revaluación de

patrimonio social (tipo aumento de capital), cuando esas acciones o participaciones sean bien propio (principio de procedencia del derecho de origen de las nuevas adquisiciones). En razón de estos principios, las nuevas acciones son propias por su origen gratuito (sin costo de adquisición) y/o si el origen de las mismas es propio (la cría de acciones son bienes propios porque siguen la naturaleza invariable de la acción madre). La revaluación de activos, representa un mayor valor del bien propio, el mayor valor que adquiere un bien propio beneficia al cónyuge propietario del mismo modo que lo perjudicaría si pierde valor. Plusvalía y depreciación corresponden únicamente al propietario. Consideramos que, tratándose de revaluación del activo, donde no existe una contribución o aporte del socio sino actualización del valor de los activos (que se refleja en la cuenta excedente de revaluación y consecuente aumento de capital social con emisión de nuevas acciones) las acciones responden a la misma naturaleza por su origen.

3.2.- Bienes en copropiedad.- El régimen patrimonial de copropiedad también estaría presente durante la vigencia de la convivencia more uxorio, así si el bien fue adquirido a título oneroso por ambos convivientes antes de cumplirse los dos años de convivencia, entonces sobre este bien operarán las reglas de la copropiedad, rigiéndose la propiedad por lo normado por el Capítulo Quinto, Título II, Sección Tercera, del Libro V del

Código Civil (Comprendido entre los artículos del 969 al 998 del Código Sustantivo). Así el bien pertenecerá a ambos concubinos por cuotas ideales, ambos concubinos podrán adoptar decisiones sobre el bien, cualquiera de ellos podrá asumir la administración del bien, ambos podrán usar y servirse del bien común y para dar por fenecida la copropiedad, el bien común deberá partirse, salvo que exista entre ellos un pacto de indivisión.

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 copropiedad.

4.- Bienes integrantes de la comunidad de bienes convivencial

*Bienes sociales.* - La comunidad o sociedad de bienes puede estar integrada por bienes propios de cada concubino y bienes de la sociedad (Art. 301 del C.C.). 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 art. 302 del C.C.

A diferencia del régimen patrimonial matrimonial de sociedad de gananciales que establece una presunción iuris tantum en el inciso 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 bien social, 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 el artículo 302 del C.C. (Es decir que son bienes sociales, todos aquellos que no han sido considerados por la ley como bienes propios), además de aquellos 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 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 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 no guarda armonía con el criterio en que se inspiran los artículos 941, 943 y 944 in fine, 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 (Art. 310 del C.C.): 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 hacen ”.

4.2.- *Bienes “adquiridos por usucapión.”*- Se ha sostenido que el derecho está sometido invariablemente al tiempo, así el tiempo puede crear derechos como sucede con la prescripción adquisitiva de dominio, llamada por los romanos como usucapión y también puede extinguir derechos, como sucede con la prescripción extintiva.

Para Nerio Gonzáles (2007), la prescripción adquisitiva o usucapión, es el modo originario de transformar el hecho de la posesión en derecho de propiedad, con presencia o ausencia de justo título y buena fe; en el primer caso, con justo título y buena fe (prescripción corta u ordinaria o propiamente usucapión) a la culminación de un plazo corto de cinco años; y en el segundo caso, sin buena fe ni justo título (prescripción adquisitiva larga o extraordinaria), a la culminación de un plazo largo de diez años.

El Colegiado Supremo ha citado lo siguiente:

(...) la prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien, basada en la posesión del bien por un determinado período de tiempo cumpliendo con los requisitos exigidos por la Ley, lo que implica la conversión de la posesión continua en propiedad; regulándose en nuestra codificación civil, artículo 950a, una prescripción extraordinaria o larga, cuando se cumplen los requisitos de posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años;

y, otra prescripción ordinaria o corta, cuando además de los requisitos citados se satisfacen también los de justo título y buena fe (...).

Queda claro entonces que la usucapión se caracteriza por ser un modo originario de adquirir la propiedad sobre un bien que se posee por el plazo y la forma determinados por ley, cuando se dice modo originario, significa que no existe un acto previo de transmisión, por lo que esta forma de adquisición no puede calificarse dentro de los actos transmisivos onerosos, ni gratuitos, aun cuando se sostiene con toda razón, que la usucapión no es onerosa, sino más bien gratuita por ausencia de pago o ausencia de contraprestación económica. De esta característica de la prescripción adquisitiva, es que se deriva la calidad de social de los bienes que los cónyuges y concubinos adquieran mediante usucapión, teniendo como referente al Código Civil de 1936, que estableció en su art. 184.6 que son bienes comunes: Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por modo originario. Son por lo tanto sociales los bienes que los cónyuges adquieran por prescripción adquisitiva luego de celebrado el matrimonio y aquellos que los concubinos adquieran por prescripción adquisitiva luego de originada la sociedad de bienes, es decir luego de transcurridos los dos años ininterrumpidos de convivencia.

Para concluir esta parte, es importante dejar asentado que tal y como lo vienen reconociendo diversas casatorias de la Corte Suprema, las sentencias emitidas en esta clase de procesos, son sentencias declarativas, no constitutivas de derechos y además poseen efectos retroactivos, lo cual significa que sus efectos se retrotraen al momento.

Cuando el segundo párrafo del artículo 310 establece que son sociales los edificios contruidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, parece deducirse como requisito previo, que se trate de un terreno o lote sin construcción, donde se levantará un edificio a costa del caudal social; sin embargo, que pasaría si en este inmueble ya existiera una construcción, por ejemplo de un piso y los concubinos pretendieran ampliar la declaratoria de fábrica, construyendo más pisos sobre este inmueble, sobre el particular, en un reciente acuerdo adoptado por el CXXI Pleno del Tribunal Registral, en sesión ordinaria de modalidad presencial realizada el 6 de junio del 2014, se ha establecido que el tercer párrafo del artículo 79 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, que regula la calidad de social de la fábrica levantada sobre suelo propio de uno de los cónyuges, es también aplicable a la ampliación de fábrica. El citado artículo establece, en su cuarto y quinto párrafo, que: En los casos

en los que en la declaratoria de fábrica intervenga la sociedad conyugal sujeta al régimen de sociedad de gananciales y la fábrica haya sido edificada en terreno propio de uno de ellos, el registrador procederá a extender simultáneamente el asiento de dominio de la sociedad conyugal sobre el inmueble por el sólo mérito de la declaratoria. Por lo tanto, podemos concluir que se considerarán como bienes sociales los pisos construidos por la sociedad conyugal, pese a que hayan sido levantados sobre un predio inscrito como bien propio por uno de los cónyuges cuando aún era soltero.

En la Sentencia de la Corte Suprema expedida en el Casación Nro. 3199-2010-La Libertad, se determinó que las ampliaciones y las mejoras efectuadas en un inmueble propio durante el matrimonio, corresponden a la sociedad de gananciales. Así la Corte Suprema establece lo siguiente en el considerando décimo segundo y décimo tercero de la referida sentencia:

(...) A través del proceso ha quedado establecida que el inmueble sublitis, es un bien propio del demandado, y que no es materia de casación al haber consentido ese extremo la demandante, sin embargo deberá determinarse si las ampliaciones en el inmueble ubicado en el Lote 71 Mz. M con frente a la calle Los Tamarindos esquina con la callo los Horcones de la Urbanización La Capullana como son la despensa y dormitorio cinco, así como las mejoras durante el matrimonio, ambas por un valor ascendente a cuatro mil diez dólares americanos, conforme así se desprende de la pericia obrante a folios doscientos cuarenta y seis a doscientos cincuenta y seis, hecho que ha consentido el demandado en su escrito de contestación de demanda..se verifica que las ampliaciones se efectuaron durante la época del matrimonio, no encontrándose en discusión si la actora laboraba o no, pues como se ha desarrollado en el punto décimo lo percibido por las partes durante la época del matrimonio son bienes de la sociedad de gananciales, por tanto habiéndose efectuado las ampliaciones con el caudal social, estos corresponden a la sociedad de gananciales, no siendo bienes propios, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 310 del Código Civil, que a la letra dice: Son bienes sociales: También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges (...).

Para concluir esta parte, retornando al tema de acciones y participaciones en sociedades y retomando las ideas de Enrique Varsi, se debe entender que las utilidades son frutos civiles que produce el capital social y como tales son bienes gananciales por

disposición legal, aunque provengan de acciones propias. Sea en dinero o nuevas acciones, las utilidades tienen la calidad de bien social. El autor in comento agrega además que debemos distinguir entre utilidad y dividendo. La empresa genera utilidades y la acción, dividendos. El destino de las utilidades es variable, aumento de capital o reparto, en este último estamos frente a un dividendo. Esto es interesante porque cuando se habla de usufructo de acciones se entiende que el fruto de la acción es el dividendo. En la materia que analizamos existirían dos situaciones el derecho a la utilidad y el derecho al dividendo. Puede suceder que se generen utilidades, pero se acuerda no repartirlas - manteniéndose en la cuenta patrimonial- o se decide repartirlas. En tanto no suceda esto último, es decir repartirlas, no se genera ningún derecho para el cónyuge surgiendo recién el derecho al momento de repartirlas ”.

### **III- METODOLOGÍA.**

#### **3.1.- Diseño de la ejecución**

“ Diseño cuantitativo – descriptivo

#### **3.2.- Población y muestra**

Población. - La Población de la presente investigación comprende a la provincia de Chiclayo.

Muestra. - La casuística registrada en Sunarp

#### **3.3.- Variables**

##### **Independiente**

- La apertura de un registro de convivientes.

##### **Dependiente**

- El mecanismo de protección frente al crédito hipotecario realizado dentro de las uniones de hecho en el Perú.

#### **3.4.- Técnicas de investigación**

**Selección de las Técnicas, Instrumentos e informantes o Fuentes**

En esta investigación, dadas las variables, que son cruzadas en las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se requerirá aplicar o recurrir, a las siguientes:

### **La técnica del análisis documental.**

Utilizando, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: Planteamientos teóricos, normas, legislación comparada, discrepancia teórica.

### **Forma de tratamiento de los datos**

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes también ya indicados; serán incorporados o ingresados al programa computarizado Microsoft Excel; y con él se harán cuando menos, los cruces que consideran las sub-hipótesis; y, con precisiones porcentuales, ordenamiento de mayor a menor, y cronológico, serán presentados como informaciones en forma de cuadros, gráficos, etc.

### **Forma de Análisis de las Informaciones**

Con respecto a las informaciones presentadas como resúmenes, cuadros, gráficos, etc. Se formularán apreciaciones objetivas.

Las apreciaciones correspondientes a informaciones del dominio de variables que han sido cruzadas en una determinada sub-hipótesis, serán como premisas para contrastar esa sub-hipótesis.

El resultado de la contratación de la hipótesis global, (que también puede ser prueba total, prueba y disprueba parciales o disprueba total) nos dará base para formular la conclusión general de la investigación.

Las apreciaciones y conclusiones resultantes del análisis fundamentarán cada parte de la propuesta de solución al problema nuevo que dio al inicio<sup>33</sup> de la investigación.

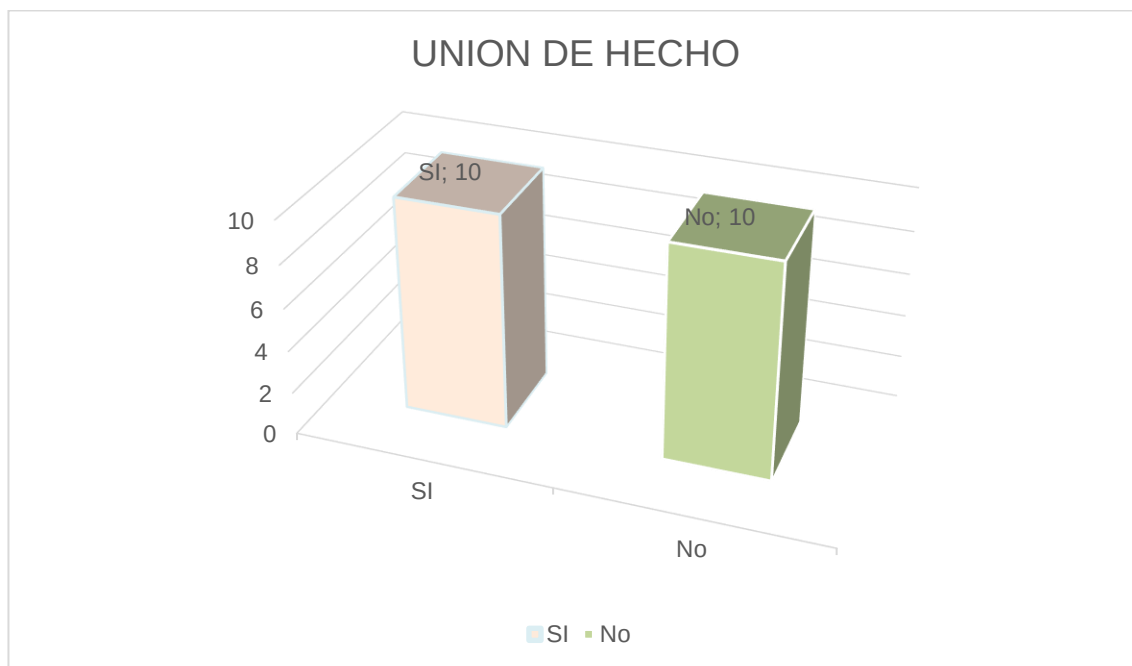


## IV.- RESULTADOS

### 4.1.- Resultados de la encuesta

01 ¿Debe considerarse jurídicamente la Unión de Hecho es igual que al matrimonio? SI NO

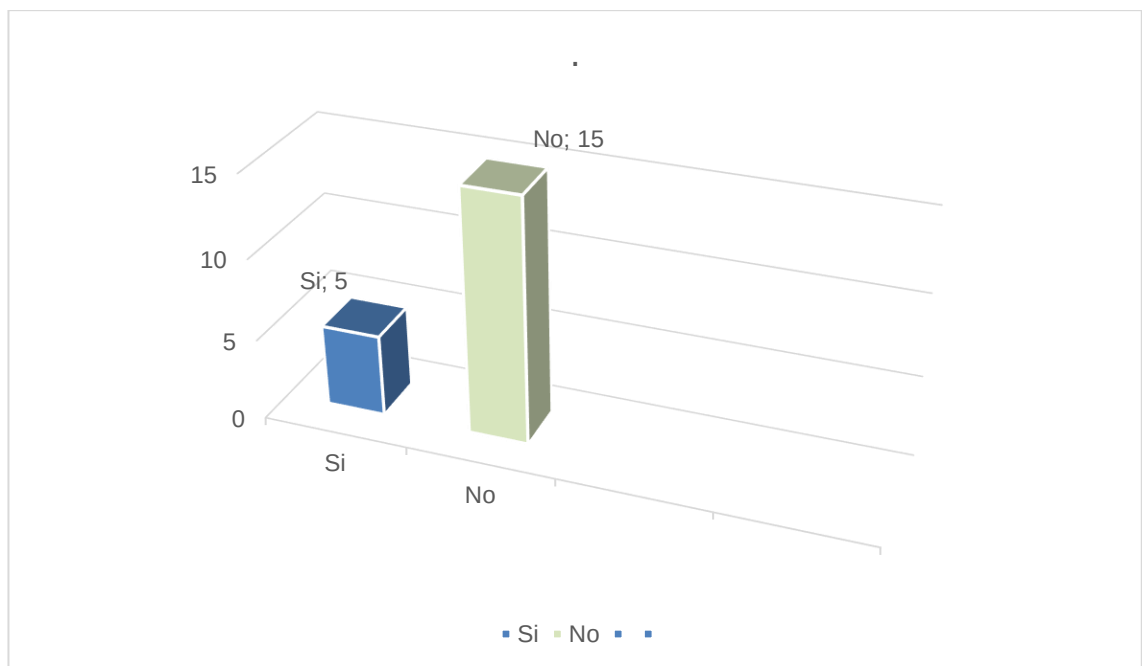
| Si | No |
|----|----|
| 10 | 10 |



En cuanto a esta interrogante los encuestados han sido parcializados en contestar 50% consideran que si, y, el otro 50% considera que no.

02 ¿Cree usted, que es innecesario los trámites ante las autoridades para formar una familia? SI -NO

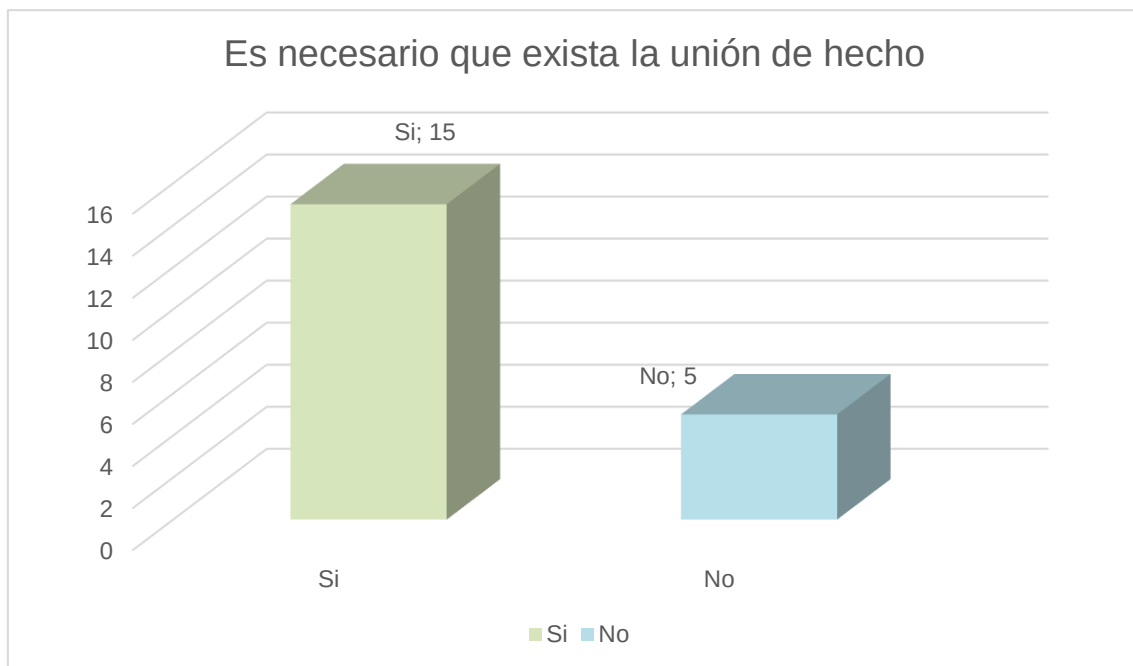
| Si | No |
|----|----|
| 5  | 15 |



Del total de encuestados el 25% considera que es innecesario realizar los trámites ante las autoridades para formar una familia, mientras un 75% (15) considera que no es necesario, pues está amparado en la constitución.

03 ¿Es necesario que exista la unión de hecho?  
 ..... SI NO

| Si | No |
|----|----|
| 15 | 5  |

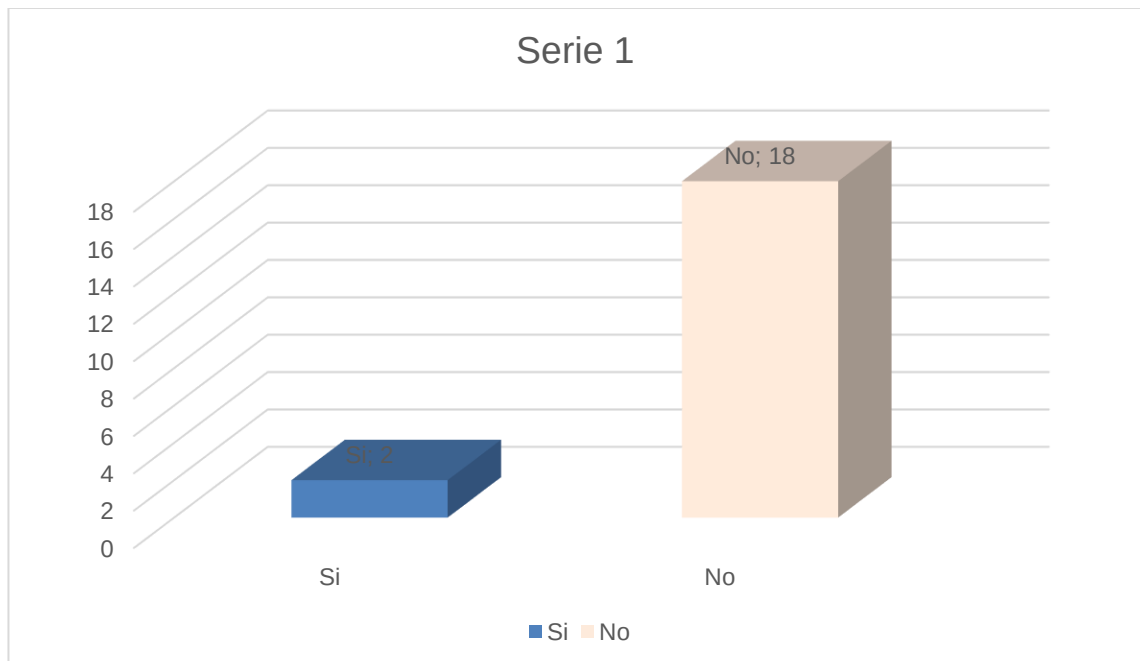


Para el 75% de los encuestados, si es necesario que exista la figura legal de unión de hecho, pues consideran que les permite obtener algunos aspectos de seguridad sobre su conviviente. Mientras que un 05%, considera que no es necesario que exista, pues igual no garantiza que la relación llegue a sostenerse en el tiempo.

04 ¿La Unión de Hecho es mejor que el matrimonio?.....

SI NO

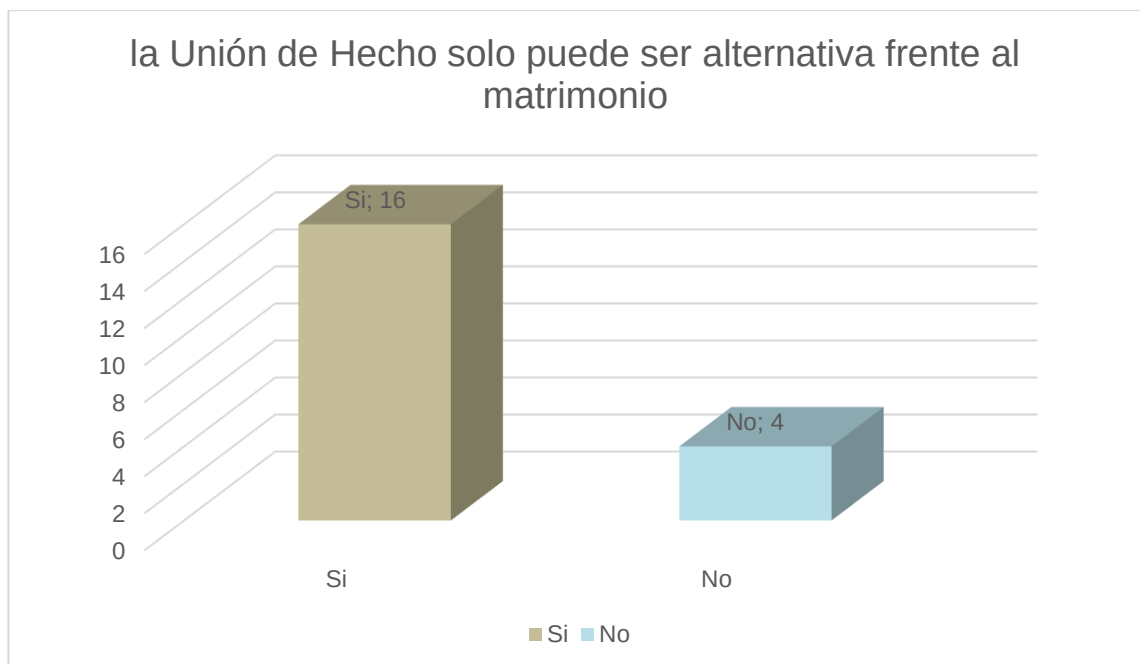
| Si | No |
|----|----|
| 02 | 18 |



En la presente pregunta, un 90% considera que definitivamente la unión de hecho no es igual que el matrimonio pues no les da seguridad de los acontecimientos familiares, como son seguridad entre la sociedad de gananciales y otros aspectos que si asegura el matrimonio.

05 ¿Cree usted, que la Unión de Hecho solo puede ser alternativa frente al matrimonio? SI NO

| Si | No |
|----|----|
| 16 | 4  |

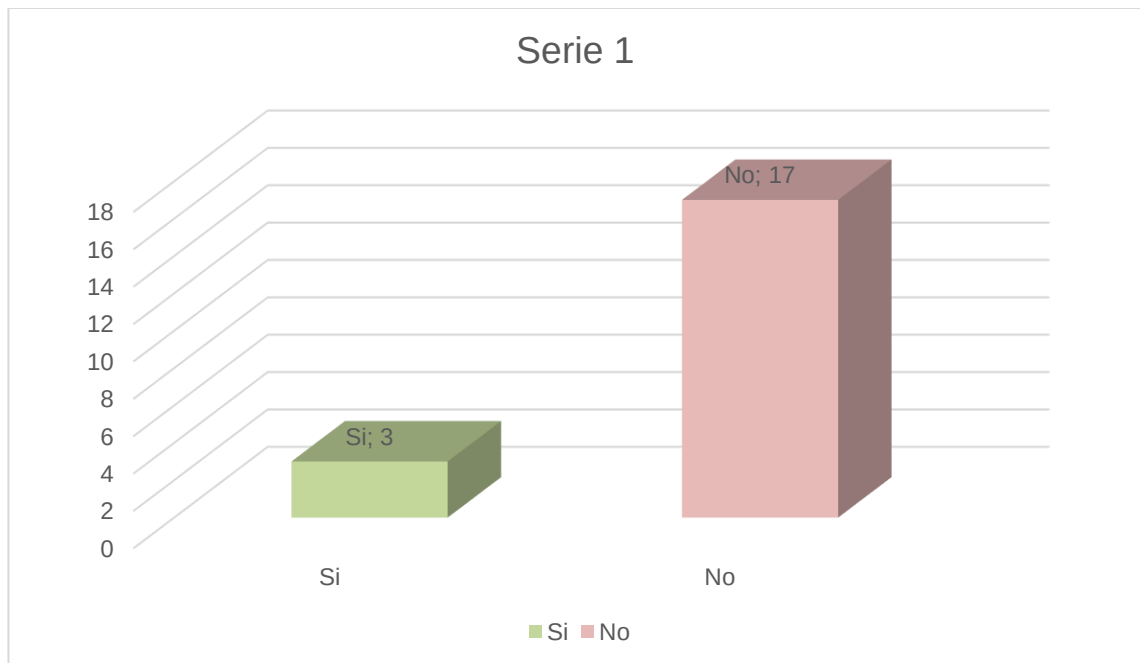


Para los encuestados un 85% considera a la unión de hecho es un alternativa que se encuentra contemplada en la Constitución política del Perú, y amparada bajo una normatividad legal que es la Ley N° 30007, que tiene sus efectos civiles, teniendo claro y en cuenta que no es igual al matrimonio, pero si es una alternativa para formar un hogar. Ya sea unión de hecho propia o unión de hecho impropia.

06 ¿Cree usted que con la unión de hecho, mejora la protección de la familia?.....

SI NO

| Si | No |
|----|----|
| 03 | 17 |

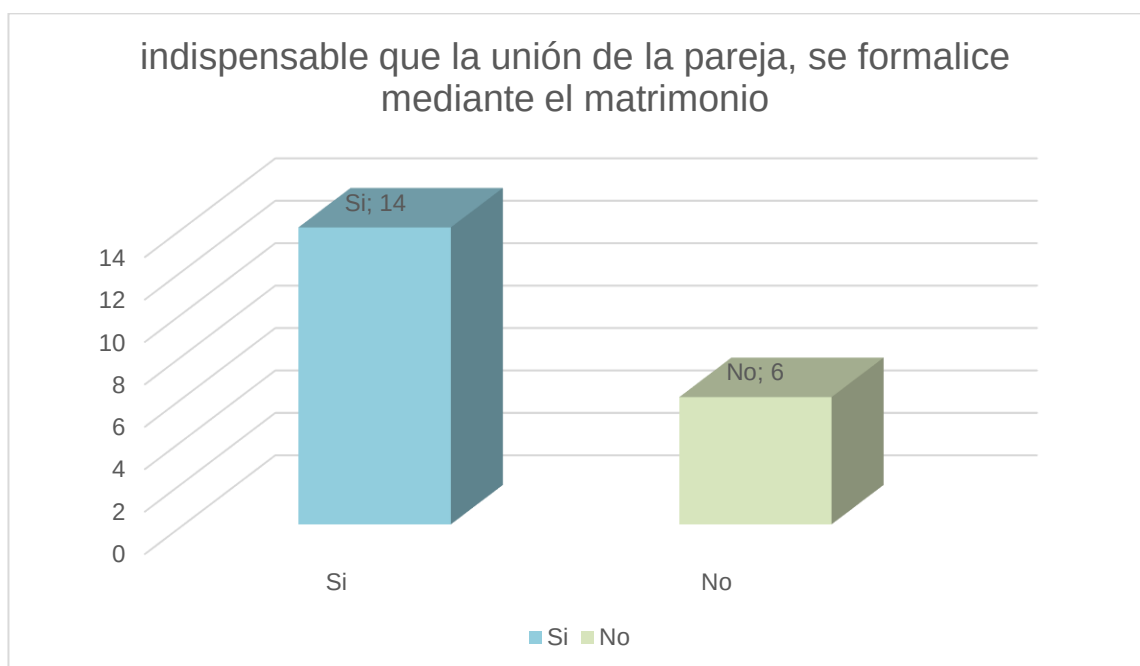


El 80% considera que la unión de hecho no mejora la unión familiar, pues lo legal debe ser el matrimonio.

07 ¿Considera usted indispensable que la unión de la pareja, se formalice mediante el matrimonio?

..... SI NO

| Si | No |
|----|----|
| 14 | 06 |

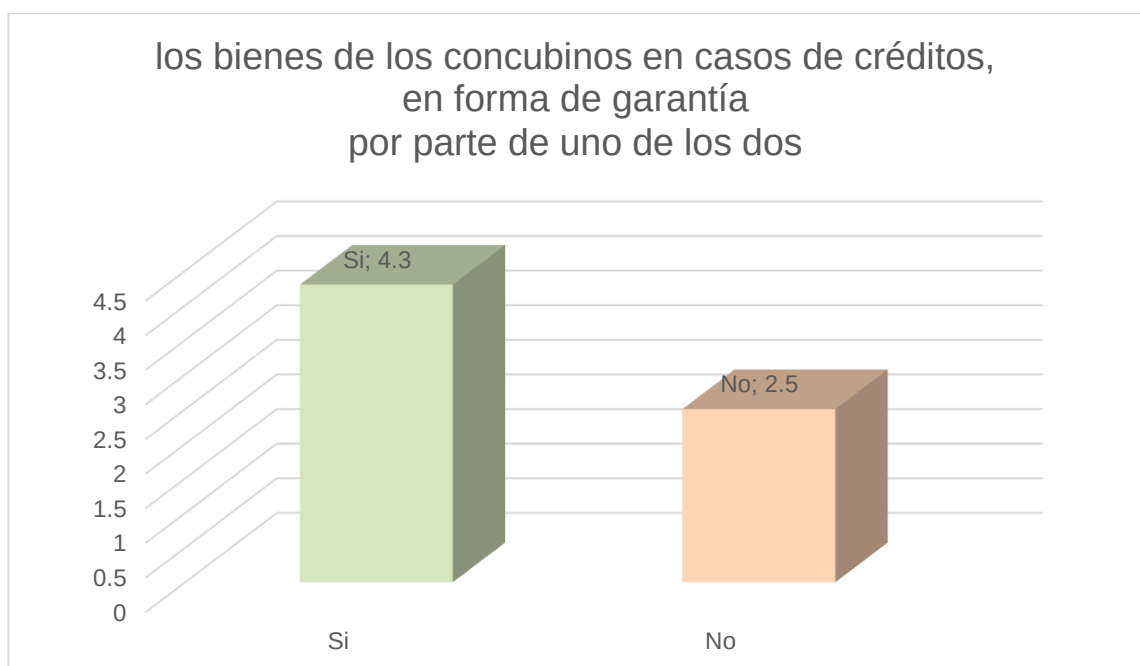


El 60% de los encuestados considera que si debe ser indispensable que la unión de la pareja sea formalizada mediante el matrimonio. Ya que la familia es protegida constitucionalmente y por las leyes civiles en el Perú.

08 ¿Se debe afectar los bienes de los concubinos en casos de créditos, en forma de garantía

por parte de uno de los dos .....  
 ..... SI NO

|    |    |
|----|----|
| Si | No |
| 06 | 14 |

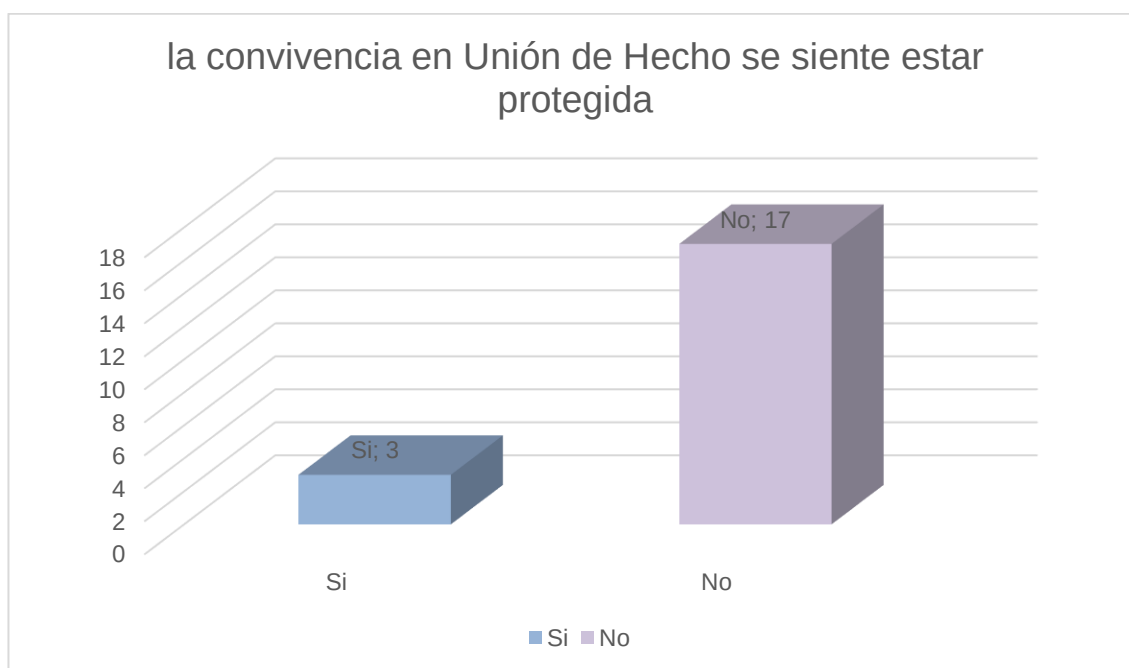


Para la presente pregunta si se debe regular Se debe afectar los bienes de los concubinos en casos de créditos, en forma de garantía por parte de uno de los dos el 75% considera que como se altera la condición civil del concubino, entonces no debe alterarse los bienes.

11 ¿Cree usted, que la convivencia en Unión de Hecho se siente estar protegida?.

..... SI NO

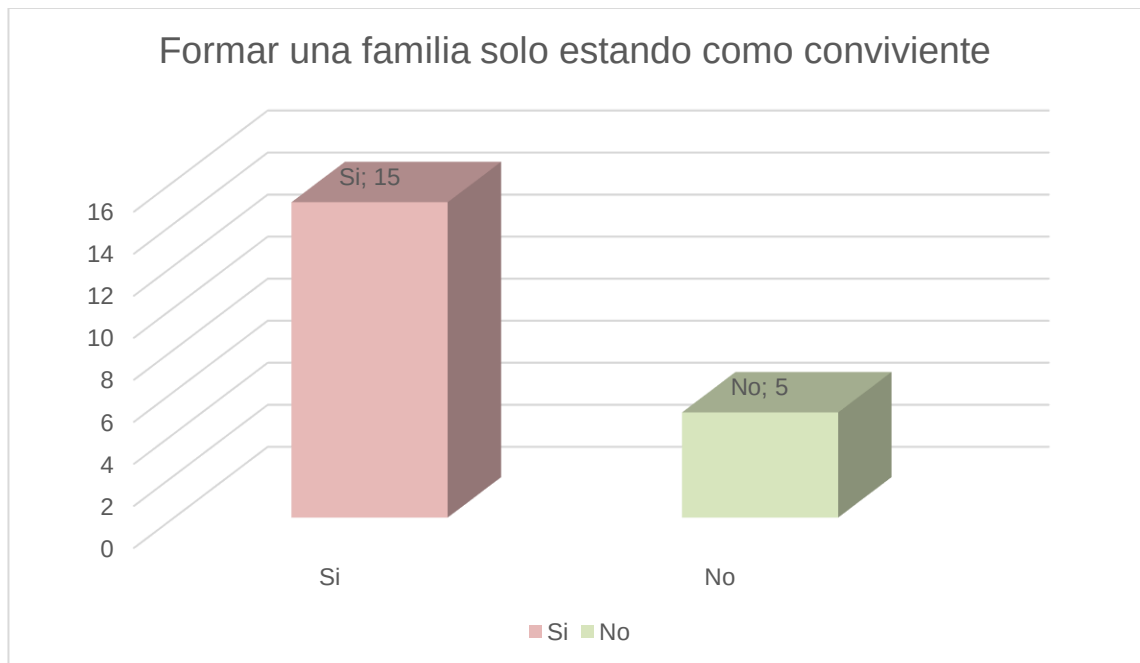
| Si | No |
|----|----|
| 03 | 17 |



El 80% de los encuestados considera que no se encuentra protegida la unión de hecho por vacíos que aún existen en la ley 30007.

12 ¿Existe confianza para formar una familia solo estando como conviviente?..... SI NO

| Si | No |
|----|----|
| 15 | 05 |

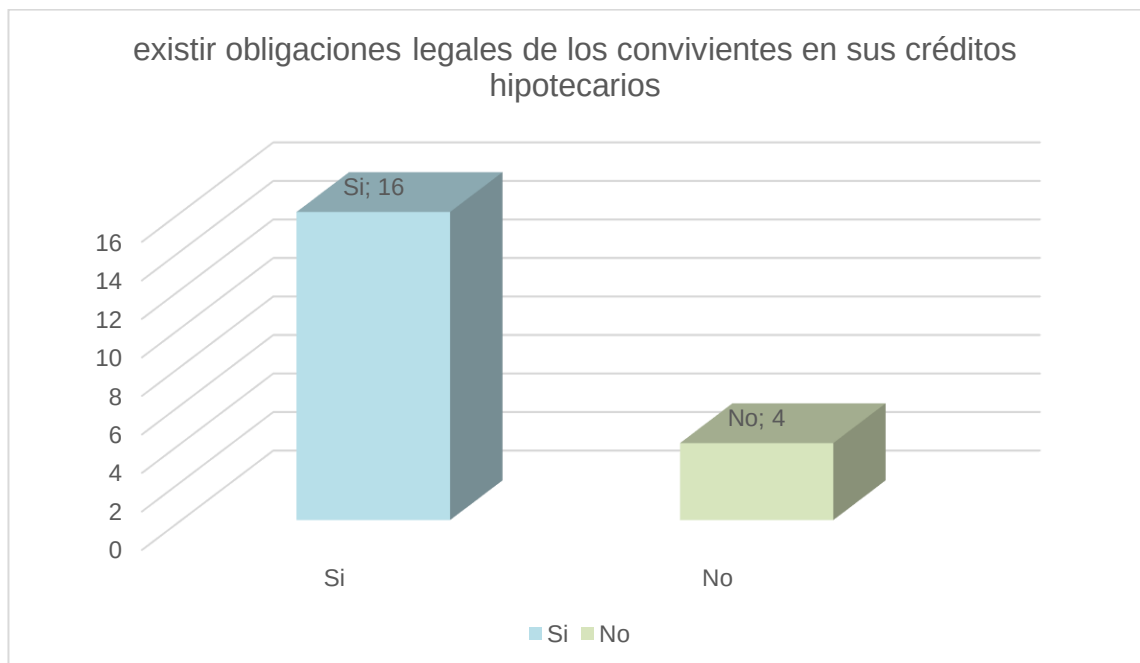


De los encuestados el 80% considera que existe confianza para formar una familia solo estando como conviviente.

13 ¿Cree Ud que debe existir obligaciones legales de los convivientes en sus créditos Hipotecarios

.....SI NO

| Si | No |
|----|----|
| 16 | 04 |

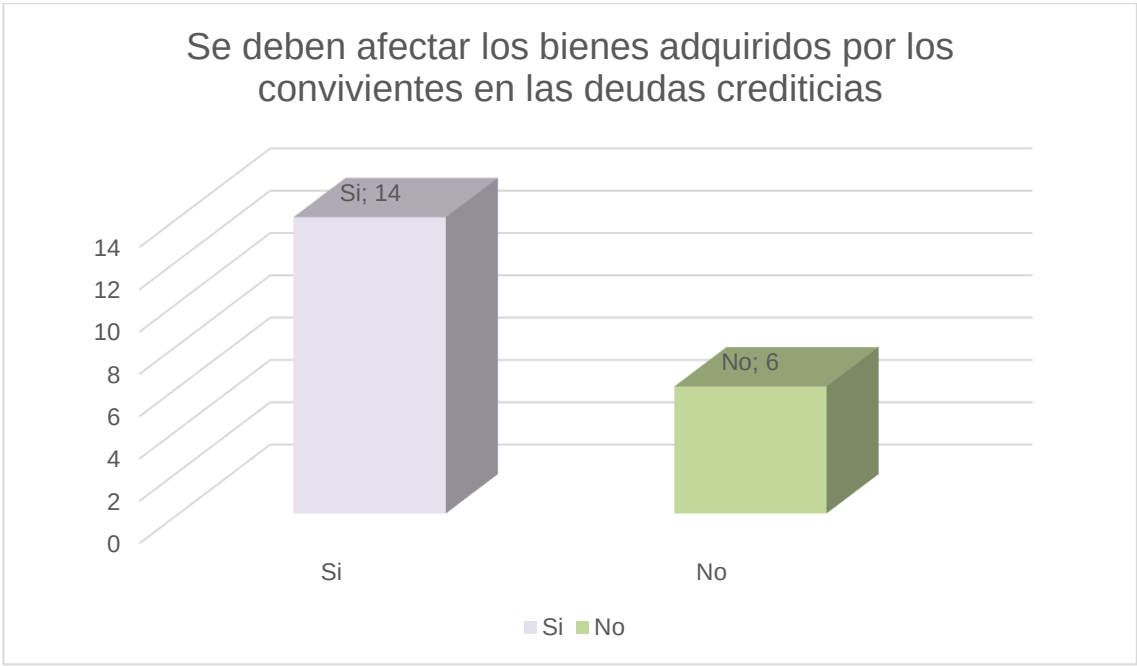


El 70 % de los encuestados considera que si debe existir obligaciones legales de los convivientes en sus créditos Hipotecarios.

14.-¿Cree Usted, que se deben afectar los bienes adquiridos por los convivientes en los créditos hipotecarios?

..... SI NO

| Si | No |
|----|----|
| 14 | 06 |



El 65% que se deben afectar los bienes adquiridos por los convivientes en los créditos hipotecarios, situación que aún no se cumple.

## CONCLUSIONES

1. Al “no contar con una normatividad que permite el buen tratamiento legal de la obligatoriedad de la conviviente de intervenir en los créditos hipotecarios realizadas por el conviviente, esto hace que la comunidad jurídica deba tomar en cuenta la legislación comparada.
2. La actual Constitución, al tratar sobre los Derechos Sociales y Económicos, reconoce el estado convivencial, otorgándole los mismos efectos legales que la Constitución precedente, pero obviando el requisito de temporalidad dispuesto por aquella (Artículo 5° de la constitución Política del Perú). Hoy no solo se reconoce con una norma de máximo rango la existencia de esta institución, sino que con ello se legitima y salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia, antes ignorada y rechazada, pero que tanta aceptación tenía de un gran sector de la sociedad”.
3. La “legislación peruana consagra la unión de hecho, estableciendo explícitamente que para ser reconocida como tal requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma constitucional y sustantiva para este tipo de uniones, los mismos que deberán ser acreditados en un procedimiento judicial o notarial, y en donde se declare el reconocimiento convivencial; por lo que no podría sostenerse que la mera declaración de una de las parejas convivenciales como parte de una convivencia será suficiente para configurar de pleno derecho la unión de hecho y, consecuentemente, la comunidad de bienes.
4. Existe una doble protección de los derechos patrimoniales de los convivientes, tanto en el modo interno (a los convivientes) como externo (a los terceros). Esa doble protección se manifiesta en dos momentos: una protección a nivel judicial o notarial cuando se declara el reconocimiento del estado convivencial y otra a nivel registral, con la oponibilidad de ese reconocimiento. Y en donde este segundo momento está condicionado a que se lleve a cabo el primer momento, es decir existe una inseparabilidad”.

## RECOMENDACIONES

1. El “reconocimiento de la unión de hecho constituye una garantía patrimonial, pues cumplido el reconocimiento previo de la unión convivencial y su posterior inscripción, podrá seguidamente inscribirse como sociales los bienes que se adquirieran dentro de la convivencia en el Registro de Propiedad Inmueble. De esta manera, los convivientes podrán proteger sus bienes y obtener oponibilidad frente a terceros en caso de que surja algún conflicto.
2. Los convivientes al inscribir la unión de hechos en el Registro de Personas Naturales de la SUNARP, garantizan la preservación de sus derechos patrimoniales o de propiedad. Es decir, se diferencian con exactitud los bienes inmuebles que le corresponde a cada uno y evita una injusta redistribución de su patrimonio”.
3. El “sistema peruano sustantivo debe asumir la inscripción como requisito fundamental del reconocimiento de las uniones de hecho, puesto que mientras no se encuentra reconocida la convivencia, no podrá producirse la protección de los efectos patrimoniales y personales que nacen de ella.
4. Es necesario que se realice previamente el reconocimiento de la declaración de unión de hecho, porque a diferencia de la figura del matrimonio, en la cual hay un cambio de estado civil que es perceptible en el documento nacional de identificación, en las uniones de hecho no se da. Por tal motivo, mientras no se encuentra reconocida la convivencia, no podrá producirse la protección de los efectos patrimoniales que nacen de ella.

## BIBLIOGRAFIA.

1. ANÍBAL TORRES, (2014) Inoponibilidad de los actos de disposición o gravamen de los bienes de la sociedad de gananciales por uno solo de los cónyuges Lima.
2. ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Edit. Gaceta Jurídica. Lima 2002. P. 266.
3. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI Eduardo A. Manual de Derecho de Familia. 6ta edición, Edit., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 423
4. CASTRO CAHUANA HUGO (2016) La Unión de hecho que se da en El Centro Comunal Familiar del Barrio de Santa Ana, Frente Al Matrimonio – Huancavelica - 2015
5. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Octava edición. Lima: Studium. 1991. U p.78
6. ENRIQUE VARSÍ ROSPLIGIOSI (2012). Tratado de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima.
7. ETNA ARCEO BARANDA (2016) tesis En Uniones de Hecho Familiares. México.
8. GONZÁLEZ LINARES, NERIO. 2007. Derecho Civil Patrimonial- Derechos Reales. Editorial Palestra. Lima
9. JENNY DOLORES BRIONES CRUZ (2012) La Unión de hecho y la Seguridad Jurídica De Los Hijos.
10. MARÍA JOSEFA MENDEZ COSTA, Derecho de Familia. Tomo Primero.
11. Martínez De Aguirre Aldaz (2007), pp. 742-744.
12. NATALY GREYDA QUISPE DE LA CRUZ (2017).- Reconocimiento de unión de hecho, por un centro de conciliación y su influencia del ordenamiento Jurídico colombiano en Huancavelica - 2016 universidad nacional de Huancavelica.
13. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (1995): DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL. Edit. IDEMSA. Segunda Edición. Perú.
14. PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL. Cuarta Edición. Editorial IDEMSA, Lima, 2008. p.131
15. PLÁCIDO V. Alex. F. El Modelo Constitucional de Familia, la Orientación Sexual de los Padres y los Derechos del Hijo. En: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edon/articulos/>

16. PLÁCIDO V. Alex. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio. Edit., Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima, 2002. p. 250
17. SOLARI, NÉSTOR E.(1999) Liquidación de Bienes en el Concubinato. Primera Edición. Edit., Ediciones Jurídicas. Buenos Aires, 1999. p. 18
18. TULLIO DEIFILIO BERMEO TURCHI (2016).- La regulación del patrimonio familiar a favor de la unión de hecho, dentro del Código Civil, y su eficacia en el respeto de los derechos fundamentales, Huánuco – 2016
19. TURNER SAELZER (2010), pp. 85-98. También Figueroa Yáñez (2005), pp. 423-446; de la misma manera Tapia Rodríguez (2007), pp. 155-202.
20. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011), Tratado de Derecho de Familia La Nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia, Tomo 1, Universidad de Lima, Gaceta Jurídica S.A
21. VEGA MERE, Yuri. En la obra colectiva. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo 2004. Tomo VI. Pág. 910.
22. VEGA MERE, Yuri. Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. 3era Edición Editorial Motivensa. Lima 2009.
23. YUNGANO, Arturo R. DERECHO DE FAMILIA (TEORÍA Y PRÁCTICA). Tercera edición. Editorial MACCHI. Buenos Aires, 2001, p. 35

#### Otras fuentes

1. **ARIAS-SCHEREIBER PESET, Max.** Exégesis del Código Procesal Civil Peruano de 1984. VII, ara. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, 342 pp.
2. **CABANELLAS, Guillermo.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual». T.11, Editorial Heliasta, 25 Ed., Buenos Aires, 1997, 468 pp.
3. **CABANELLAS, Guillermo.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.V, Editorial Heliasta, 25 Ed., Buenos Aires, 1997, 724 pp.
4. **CABANELLAS, Guillermo.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.V, Editorial Heliasta, 25 Ed., Buenos Aires, 1997, 724 pp.

5. **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCÉANO UNO.** Editorial Océano, Barcelona, 1997, pág. 380.
6. **FERRERO, Augusto.** Manual de Derecho de Sucesiones. 2da. Ed., Editorial Jurídica GRIJLEY, Lima, 1999, 3, 4,5,...y siguientes págs.
7. **FERRERO, Augusto.** Manual de Derecho de Sucesiones. 2da. Ed., Editorial Jurídica GRIJLEY, Lima, 1999, 3, 4,5,...y siguientes págs.
8. **HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto.** Derecho de Familia. 3a edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997, 421 pp.
9. **HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto.** Derecho de Familia. 3a edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997, 421 pp.
10. **HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto.** Medios Impugnatorios en el Proceso Civil. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
11. **HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto.** Medios Impugnatorios en el Proceso Civil. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
12. **LOHMAN, Guillermo** ¿Derechos Hereditarios para convivientes en legal Express, año 2 N° 19, julio del 2002, Ed. Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 6 y 7.
13. **MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy.** Derecho de Familia. Editorial San Marcos, Lima, 2001,771 pp.
14. **MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy.** Derecho de Familia. Editorial San Marcos, Lima, 2001,771 pp.
15. **PERALTA ANDÍA, Javier Rolando.** Derecho de Familia en el Código Civil. 2da. Edición. Editorial IDEMSA, Lima, 1996, 543 pp.
16. **PERALTA ANDÍA, Javier Rolando.** Derecho de Familia en el Código Civil. 2da. Edición. Editorial IDEMSA, Lima, 1996, 543 pp.

## Lincografía

1. WALTER GUTIERREZ CAMACHO (2012). Comentarios al Código Civil Peruano. Artículo 312. <https://es.scribd.com/doc/92772142/CONTRATACION-ENTRE-CONYUGES>
2. ROBERTO MAC'Lean Estenós. Sociología educacional del Perú P.231. <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/04/uniones-de-hecho-en-el-per.html>

## Sentencias/ Casaciones

1. Sentencia T.C. EXP. N.º 06572-2006-PA/TC. Fundamento 20
2. Resolución del Tribunal Registral Nro. 003-2002-ORLC/TR
3. Resolución del Tribunal Registral Nro. 003-2002-ORLC/TR
4. La Casación Nro. 1895-98-Cajamarca.
5. CÓDIGO CIVIL (1984) Artículo 295 del Código Civil.

## **ANEXOS**

## **ANEXO 01: ENCUESTA**



UNIVERSIDAD PARTICULAR  
DE CHICLAYO  
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



Nº PREGUNTAS PARA ENCUESTA

01 ¿Debe considerarse jurídicamente la Unión de Hecho igual que al matrimonio?

SI NO

02 ¿Cree usted, que es innecesario los papeleos ante las autoridades para formar una familia?

..... SI  
NO

03 ¿Es necesario que exista la unión de hecho?

..... SI NO

04 ¿La Unión de Hecho es mejor que el matrimonio?.....

SI NO

05 ¿Cree usted, que la Unión de Hecho solo puede ser alternativa frente al matrimonio? SI NO

06 ¿Cree usted que con la unión de hecho, mejora la protección de la familia?.....

SI NO

07 ¿Considera usted indispensable que la unión de la pareja, se formalice mediante el matrimonio?.....

SI NO

08 ¿se debe afectar los bienes de los concubinos en casos de créditos, en forma de garantía

por parte de uno de los dos .....  
..... SI NO

09 ¿Tiene pendiente de resolver, con su pareja anterior?.

..... SI NO

10 ¿El libre de impedimento matrimonial es controlable dentro de la unión de hecho?.. SI NO

11 ¿Cree usted, que la convivencia en Unión de Hecho se siente estar protegida?..  
..... SI NO

12 ¿Existe confianza para formar una familia solo estando como conviviente?..  
..... SI NO

13 ¿Cree ud que debe existir obligaciones legales de los convivientes  
en sus Creditos hipotecarios.....

SI NO

Cree Usted, que se deben afectar los bienes adquiridos por los convivientes en las  
deudas crediticias. ....

SI NO

14 ¿Es necesario que pase 2 años para que recién sea reconocida como familia? .....

SI NO

15 ¿Si antes de cumplir los 2 años termina dicha convivencia en unión de hecho  
(no reconocido como familia legalmente), es posible reclamar algún derecho  
adquirido?.....

SI NO